كتاب الاجارات ١	فصل واما ركن الاجارة ١	فصل واما شرائط الركن فانواع ٢	فصل واما شرائط الصحة ٤
فصل واما صفة الاجارة ١٧	فصل واما حكم الاجارة ١٧	فصل واما حكم اختلاف العاقدين ٢٨	فصل واما بيان ما ينتهي به عقد الاجارة ٣٠
كتاب الاستصناع ٣٢	فصل واما جوازه ٣٢	فصل واما شرائط جوازه ٣٢	فصل واما حكم الاستصناع واما صفة الاستصناع ٣٣
كتاب الشركة ٣٣	فصل واما بيان هذه الانواع ٣٤	فصل واما شرائط جواز هذه الانواع ٣٥	فصل واما حكم الشركة ٣٩
فصل واما شرائط العقود ٤١	فصل واما صفة عقد الشركة ٤٧	فصل واما بيان ما يبطل عقد الشركة ٤٨	كتاب المضاربة ٤٩
فصل واما ركن العقد ٤٩	فصل واما حكم المضاربة ٥٣	فصل واما صفة هذا العقد ٦٧	فصل واما حكم اختلاف المضارب ٦٢
فصل واما بيان ما يبطل به عقد المضاربة ٦٨	كتاب الغصب ٧٠	فصل واما [illegible] الاتلاف ٧٤	كتاب السرقة ٧٦
واما شرائط فانواع ٨٧	واما ما يرجع الى المسروق فانواع ٨٨	واما الذي يرجع الى المسروق منه ٩٦	واما الذي يرجع الى المسروق فيه ٩٦

واما ما يظهر به

2

فصل واما بيان ما يظهر به السرقة عند القاضي ٩٦	فصل واما حكم السرقة ٩٨	كتاب قطاع الطريق ١٠٢	فصل واما شرائط فانواع ١٠٣
فصل واما الذي الى المقطوع عليه خاصة فنوعان ١٠٣	فصل واما الذي يرجع الى القطع جميعا واما الذي يرجع الى المقطوع فيه واحد واما الذي يرجع الى المكان فنوعان ١٠٣	فصل واما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي واما حكم قطع الطريق فله حكمان ١٠٤	فصل واما صفات هذا الحكم فانواع ١٠٥
فصل واما بيان من يتغير [illegible] واما بيان ما يسقط به الحكم بعد وجوبه ١٠٦	فصل واما الحكم الذي يتعلق بالمال ١٠٦	كتاب الحدود ١٠٧	فصل واما بيان الاسباب وجوبها ١٠٧
فصل واما حد [illegible] واما شرائط وجوبها ١١١	فصل واما حد القذف واما شرائط وجوبه واما الذي يرجع الى المقذوف [illegible] ١١٢	فصل واما الذي يرجع الى [illegible] جميعا واما الذي يرجع الى المقذوف به فنوعان ١١٢	فصل واما الذي يرجع الى [illegible] واما الذي يرجع الى المقذوف فيه واما الذي يرجع الى نفس القذف ١١٥
فصل واما بيان ما يظهر به الحدود ١١٥	فصل واما بيان من تقام [illegible] ١٢٢	فصل واما صفات الحدود ١٢٢	فصل واما بيان مقدار [illegible] واما شرائط جواز [illegible] الواجب [illegible] ١٢٢
فصل واما الذي يخص البعض دون البعض ١٢٤	فصل واما كيفية اقامة الحدود ١٢٥	فصل واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه ١٢٦	فصل واما حكم المحدود ١٢٧
فصل واما التعزير واما قدر التعزير [illegible] وجوبه ١٢٨	فصل واما بيان ما يظهر به ١٢٨	كتاب الجنايات ١٢٨	فصل واما الذي يرجع الى نفس القتل فنوع واحد ١٣٢
فصل واما الذي يرجع الى الولي [illegible] القتيل وحدها ١٣٣	فصل واما كيفية وجوب القصاص ١٣٤	فصل واما بيان من يستوفي القصاص ١٣٥	فصل واما بيان ما [illegible] استيفاء القصاص ١٣٦

١	٢	٣	٤
وصل في ثبوت ولاية القصاص واما بيان ما يستوفى وكيفية الاستيفاء ١٣٧	وصل فيما يسقط واما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه ١٣٧	فصل في العمد واما شبه العمد ١٤١	وصل في الخطأ واما القتل الخطأ ١٤١
وصل في ذكر حكم هذا الذي ذكرنا حكم قتل نفس على قاتلها ١٦٤	وصل في شرائط وجوب واما شرائط وجوب القسامة والدية فانواع ١٦٥	وصل في من يجب واما بيان من يجب القسامة والدية [illegible] ١٧٠	وصل في من يبرأ واما ما يكون به البراءة عن القسامة والدية فنوعان ١٧١
وصل في الجناية على ما دون واما الجناية على ما دون النفس مطلقا ١٧١	وصل في الجناية واما ما يكون بالسلاح واما الذي فيما دون النفس فيه دية كاملة ١٩٢	وصل فيما يجب واما الذي يجب فيه ارش مقدر ١٩٤	وصل في الشجاج واما الشجاج ١٩٦
وصل في شرائط الوجوب واما شرائط وجوب [illegible] واما بيان الجناية التي [illegible] والتي في النفس	وصل في الذي يجب واما الذي يجب فيه ارش غير مقدر ٢٠٠	وصل في الحكومة واما تفسير الحكومة ٢٠١	وصل في الجناية واما الجناية على ما هو نفس من وجه دون وجه ٢٠١
كتاب البيوع ٢٠٣	وصل في الركن واما شرائط الركن ٢٠٤	وصل في الذي يرجع الى واما الذي يرجع الى نفس العقد ٢٠٤	وصل في الذي يرجع واما الذي يرجع الى مكان العقد ٢٠٦
وصل في الذي يرجع واما الذي يرجع الى المعقود عليه فانواع ٢٠٧	وصل في شرائط فانواع واما شرائط [illegible] ٢١٧	وصل في الولاية واما ترتيب الولاية ٢١٨	وصل في شرائط الصحة واما شرائط الصحة فانواع ٢٢٠
وصل في الذي يخص واما الذي يخص بعض البياعات دون بعض فانواع ٢٣٥	وصل في شرائط جريان واما شرائط جريان الربا ٢٤٥	وصل في المسلم فيه واما الذي يرجع الى المسلم فيه فانواع ٢٥٦	وصل في الذي يرجع الى البدلين واما الذي يرجع الى البدلين جميعا واما بيان ما يكون رأس السلم [illegible] ٢٦١
وصل في شرائط [illegible] واما شرائط [illegible] قبض البدلين قبل الافتراق ٢٦٣	وصل في رأس المال واما بيان رأس المال ٢٦٢	وصل في ما يلحق رأس واما بيان ما يلحق [illegible] ٢٦٧	وصل في [illegible] واما بيان [illegible] في المرابحة والتولية ٢٦٧

واما الاشتراك

١	٢	٣	٤
وصل في شرائط الحكم واما الاشتراك حكم التولية ٢٧٠	وصل في المواضعة واما المواضعة ٢٧١	وصل في شرائط [illegible] واما شرائط [illegible] البيع بعد انعقاده ٢٧١	وصل في بيان ما يكره من واما بيان ما يكره من البياعات وتحصيلها ٢٧١
وصل في التفريق واما تحصيل التفريق ٢٧٢	وصل في البيع الذي واما صفة البيع الذي يحصل به التفريق ٢٧٣	وصل في حكم البيع واما حكم البيع ٢٧٣	وصل في بيان ما يتبع واما بيان [illegible] حكم البيع ٣٢٢
كتاب القرض ٣٢٥	وصل في شرائط واما شرائط فانواع ٣٢٥	وصل في حكم القرض واما حكم القرض ٣٢٦	كتاب الشفعة ٣٢٦
وصل في تفسير السبب واما [illegible] ٣٢٦	وصل في شرائط وجوب واما شرائط وجوب الشفعة فانواع ٣٣١	وصل في بيان ما يتملك به واما بيان ما يتملك به المشفوع فيه ٣٣٩	وصل في طريق التملك واما بيان طريق التملك وبيان كيفيته بالشفعة ٣٣٩
وصل في [illegible] واما بيان [illegible] التملك ٣٤٠	وصل في ما يتملك واما بيان ما يتملك ٣٤١	وصل في ما يتملك واما بيان ما يتملك بالشفعة ٣٤٢	وصل في ما يتملك منه واما بيان ما يتملك منه الشفيع المشفوع فيه ٣٤٤
وصل في [illegible] واما بيان [illegible] الشفيع [illegible] ٣٤٤	وصل في الحيلة في واما بيان الحيلة في اسقاط الشفعة ٣٤٦	وصل في [illegible] واما الكلام في الحيلة لاسقاط [illegible] ٣٤٧	كتاب الهبة ٣٤٧
وصل في شرائط واما شرائط فانواع ٣٥٠	وصل في الهبة واما حكم الهبة ٣٥٦	وصل في ما يرجع واما بيان [illegible] حكم الهبة ٣٦١	كتاب الرهن ٣٦١
وصل في شرائط فانواع واما شرائط ٣٦١	وصل في الرهن واما حكم الرهن ٣٦٨	وصل في ما يتعلق واما الذي يتعلق بهلاك المرهون ٣٧٤	وصل في شرائط كونه واما [illegible] عند الهلاك ٣٧٥

فصل … المرهون واما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ٣٨٥	فصل في اختلاف الراهن واما حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل ٣٨٨	كتاب المزارعة ٣٨٨	فصل … المزارعة واما شرعية المزارعة واما ركن المزارعة ٣٨٩
فصل … يرجع الى واما الذي يرجع الى الزرع فنوع واحد ٣٩٠	فصل … يرجع واما الذي يرجع الى الزرع واما الذي يرجع الى الخارج من الزرع فانواع ٣٩١	فصل … يرجع واما الذي يرجع الى المعقود عليه المزارعة ٣٩١	فصل … يرجع واما الذي يرجع الى آلة المزارعة واما الذي يرجع الى مدة المزارعة ٣٩٢
فصل … المفسدة واما شرائط … للمزارعة فانواع ٣٩٢	فصل … المزارعة واما بيان حكم المزارعة الصحيحة على قول من يجيزها ٣٩٣	فصل … عذر واما التي هي عذر في فسخ المزارعة فانواع ٣٩٤	فصل … تنفسخ به واما الذي تنفسخ به عقد المزارعة بعد وجوده فانواع ٣٩٤
فصل … المزارعة واما بيان حكم المزارعة المنفسخة ٣٩٥	كتاب المعاملة ٣٩٥	فصل … الشرائط المفسدة واما شرائط … للمعاملة فانواع ٣٩٦	فصل … المعاملة واما حكم المعاملة على قول من … ٣٩٧
فصل … المعاملة واما حكم المعاملة فانواع ٣٩٧	فصل … التي هي واما المعاملة … واما عذر في فسخ المعاملة … الذي ينفسخ به عقد المعاملة ٣٩٧	كتاب الاكراه ٣٩٧	فصل … انواع واما بيان انواع الاكراه ٣٩٧
فصل … ما يقع عليه واما بيان حكم الاكراه واما بيان ما يقع عليه الاكراه ٣٩٨	فصل … حكم ما واما بيان حكم ما يقع … عند المكره … الاكراه ٤٠٧	كتاب القسمة ٤٠٨	فصل … معنى واما بيان معنى القسمة ٤٠٨
فصل … انواع واما شرائط القسمة فانواع ٤٠٩	فصل … الى واما الذي … المقسوم فواحد ٤١٣	فصل … القسمة واما صفات القسمة فانواع ٤١٤	فصل … حكم واما بيان حكم القسمة ٤١٦
فصل … ما ينقض به واما بيان ما ينقض القسمة بعد وجودها ٤١٧	فصل … ذكرنا … الذي ذكرنا … قسمة الاعيان ٤١٨	فصل … واما بيان المهايأة ٤١٨	فصل … ما يملك واما بيان ما يملك كل واحد منهما من التصرف … بعد المهايأة بالملك ٤١٩

كتاب المأذون

٤

كتاب المأذون ٤١٩	فصل … واما شرائط … فانواع ٤٢٠	فصل … ما يظهر به واما بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة ٤٢١	فصل … ما يملكه المأذون واما بيان ما يملكه وما لا يملكه من التصرف ٤٢١
فصل … ما يملكه … المأذون واما بيان … من التصرف … وما لا يملكه … ٤٢٤	فصل … الغرور واما بيان حكم … المأذون في العبد ٤٢٦	فصل … حكم الدين واما بيان حكم الدين … الذي يلحق المأذون … ٤٢٦	فصل … واما بيان … التعلق ٤٢٨
فصل … حكم واما بيان … التعلق ٤٢٨	فصل … الاذن واما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده ٤٣٠	فصل … الحجر واما حكم الحجر ٤٣٠	كتاب الاقرار ٤٣١
فصل … على واما القرينة المبنية على … الاطلاق ٤٣٤	فصل … على واما الذي … معلوم الاصل … وصف … الوصف مجهول ٤٣٥	فصل … الركن واما شرائط الركن فانواع ٤٤٠	فصل … واما … العبد ٤٤١
فصل … تعلق واما بيان … تعلق ٤٤٢	فصل … المرض واما اقرار المريض … على غيره ٤٤٣	فصل … وان اقر … على وارث … ٤٤٣	فصل … المريض واما اقرار المريض … بالابراء ٤٤٤
فصل … واما الاقرار … ٤٤٤	فصل … ما يبطل به واما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده ٤٤٦	كتاب … ٤٤٧	فصل … كيفية فرضية واما بيان كيفية فرضية الجهاد ٤٤٧
فصل … يفترض واما بيان من يفترض عليه ٤٤٧	فصل … واما بيان ما يجب … عند … الى الجهاد ٤٤٩	فصل … واما بيان ما … على الغزاة ٤٤٩	فصل … يحل واما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل ٤٥٠
فصل … واما بيان من … ممن لا … في دار الحرب … ٤٥٠	فصل … واما بيان … دار الحرب … ٤٥٠	فصل … واما بيان … من الاسباب … ٤٥١	فصل … واما بيان حكم … الكفرة على اموال المسلمين ٤٦٦

كتاب الدعوى

الملك لله دخل في حفظ عبده

الحاجي بشير آغاء دار السعادة

الشريفة لسنة ثمان وخمسين ومائة

والف

الجزء الثاني

من كتاب بدائع الصنائع

للشيخ العالم العلامة

الامام الكاشاني تغمده

الله برحمته ورضوانه

هذه النسخة الجليلة والمجلة الجميلة من وقف حضرت مولانا صاحب الخيرات الحسان ساحب ذيل الجود والاحسان
منور مصابيح المقاصد بانوار العناية مفتح معاقد المراصد بمفتاح الكفاية جامع محاسن العلم والعمل حائز مجامع البر
الاكمل الآن وهو آغاء دار السعادة الحاج بشير وفقه للخير المزيد والبر الكثير من الله انه على كل شيء قدير
حرره الفقير اليه سبحانه ... محمد ... المحترمين
عفى عنه

١٨٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الكلام في هذا الكتاب في سبع مواضع في بيان جواز الاجارة وفي ركن الاجارة وفي بيان شرايط الركن وفي بيان صفة الاجارة وفي بيان حكم الاجارة وفي بيان حكم اختلاف العاقدين في عقد الاجارة وفي بيان ما ينتهي به عقد الاجارة اما الاول فالاجارة جايزة عند عامة العلما وقال ابو بكر الاصم انها لا تجوز والقياس ما قاله لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع للحال معدومة والمعدوم لا يحتمل البيع ولا تجوز اضافة البيع الى ما يوخذ في المستقبل كاضافة البيع الى اعيان توخذ في المستقبل فاذا لا سبيل الى تجويزها لا باعتبار الحال ولا باعتبار المال فلا جواز لها راسا لكنا استحسنا الجواز بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى خبرا عن اب المراتين اللتين سقى لهما موسى عليه الصلاة والسلام قال اني اريد ان انكحك احدى ابنتي هاتين على ان تاجرني ثماني حجج اي على ان تكون اجيرا لي او على ان تجعل عوضا من انكاحي ابنتي اياك رعي غنمي ثماني حجج يقال اجره الله باجره اي عوضه واثابه وقوله تعالى خبرا عن تلك المراتين قالت احداهما يا ابت استاجره ان خير من استاجرت القوي الامين وما قص الله علينا من شرايع من قبلنا من غير نسخ يصير شريعة لنا مبتداة ويلزمنا على انه شريعتنا لا على انه شريعة من قبلنا لما عرف من اصول الفقه وقوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله والاجارة وقوله تعالى وابتغوا من فضل الله والاجارة ابتغا الفضل وقوله تعالى ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم وقد قيل نزلت الاية في حج المكاري فانه روي ان رجلا جا الى ابن عمر رضي الله عنهما فقال انا قوم نكري ونزعم ان ليس لنا حج فقال الستم تحرمون وتقفون وترمون فقال نعم قال انتم حجاج ثم قال سال رجل رسول الله صلى الله عليه وسلم عما سالتني فلم يجبه حتى انزل الله تعالى ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انتم حجاج وقوله تعالى في استيجار الظير وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم نفى الجناح عمن يسترضع ولده والمراد منه الاسترضاع بالاجرة دليله قوله تعالى اذا سلمتم ما اتيتم بالمعروف قيل الاجرة التي قبلتم وقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن وهذا نص وهو في المطلقات واما السنة فما روي عن محمد رحمه الله في الاصل عن ابي سعيد الخدري عن ابي هريرة رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا ينكح على خطبته ولا تناجشوا ولا

يبتغوا

2

تبيعوا بالقا الحجر ومن استاجر اجيرا فليعلمه اجره وهذا منه تعليم شرط جواز الجواز وهو اعلام الاجر فدل على الجواز وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه امر بالمبادرة الى اعطا اجر الاجير عقيب فراغه من العمل من غير فصل فيدل على جواز الاجارة وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يقول الله تعالى ثلث انا خصمهم يوم القيمة ومن كنت خصمه خصمته رجل اعطى بي ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر اجيرا فاستوفى منه ولم يعطه اجره وعن عايشة رضي الله عنها انها قالت استاجر رسول الله صلى الله عليه وسلم وابو بكر رجلا من الديل هاديا خريتا وهو على دين كفار قريش فدفعا اليه راحلتيهما وواعداه غار ثور بعد ثلاث فاتاهما فارتحلا وانطلق معهما عامر بن فهيرة والدليل الديلي فاخذ بهم طريق الساحل وادنى ما يستدل بفعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على رافع بن خديج وهو في حايطه فاعجبه فقال لمن هذا الحايط فقال لي يا رسول الله استاجرته فقال عليه السلام لا تستاجره بشي منه خص النهي باستيجاره ببعض الخارج منه ولو لم تكن الاجارة جايزة اصلا لعم النهي اذ النهي عن المنكر واجب وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يواجرون ويستاجرون فلم ينكر عليهم فكان ذلك تقريرا منه والتقرير احد وجوه السنة واما الاجماع فان الامة اجمعت على ذلك قبل وجود الاصم حيث يعقدون عقد الاجارة في زمن الصحابة رضي الله عنهم الى يومنا هذا من غير نكير فلا يعبا بخلافه اذ هو خلاف الاجماع وبه تبين ان القياس قد ترك ولان الله تعالى انما شرع العقود لحوايج العباد وحاجتهم الى الاجارة ماسة لان كل احد لا يكون له دار مملوكة يسكنها او ارض مملوكة يزرعها او دابة مملوكة يركبها وقد لا يمكنه تملكها بالشرا لعدم الثمن ولا بالهبة والاعارة لان نفس كل احد لا تسمح بذلك فيحتاج الى الاجارة فجوزت بخلاف القياس لحاجة الناس كالسلم ونحوه تحققه ان الشرع شرع لكل حاجة عقدا يختص بها فشرع لتملك العين بعوض عقدا وهو البيع وشرع لتملكها بغير عوض عقدا وهو الهبة وشرع لتملك المنفعة بغير عوض عقدا وهو الاعارة فلو لم تشرع الاجارة مع امتساس الحاجة اليها لم يجد العبد لدفع هذه الحاجة سبيلا وهذا خلاف موضوع الشرع والله اعلم

فصل واما ركن الاجارة ومعناها اما ركنها فالايجاب والقبول وذلك بلفظ دال عليها وهو لفظ الاجارة والاستيجار والاكرا والاكترا فاذا وجد ذلك فقد تم الركن والكلام في صيغة الايجاب والقبول وصفتهما في الاجارة كالكلام فيهما في البيع وقد ذكرنا ذلك في كتاب البيوع واما معنى الاجارة فالاجارة بيع المنفعة لغة ولهذا سماها اهل المدينة واراد به بيع المنفعة ولهذا يسمى البدل في هذا العقد اجرة وسمى الله تعالى بدل الرضاع اجرا بقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والاجرة بدل المنفعة وكذا سمي المهر في باب النكاح اجرا بقوله تعالى فانكحوهن باذن اهلهن واتوهن اجورهن بالمعروف اي مهورهن لان المهر بدل منفعة البضع وسوا اضيفت الى الدور والمنازل والبيوت والحوانيت والحمامات والفساطيط وعبيد الخدمة والدواب والثياب والحلي والاواني والظروف ونحو ذلك او الى الصناع من القصار والخياط والصباغ والصايغ والنجار فالاجير قد يكون خاصة وهو الذي يعمل لواحد وهو الذي يسمى باجير الوحد

بدل صح

وقد يكون مشتركا وهو الذي يعمل لعامة المسلمين وهو المسمى بالاجير المشترك وذكر
بعض المشايخ ان الاجارة نوعان اجارة على المنافع واجارة على الاعمال وفسر النوعين
بما ذكرنا وجعل المعقود عليه في احد النوعين المنفعة وفي الاخر العمل وهي في
الحقيقة نوع واحد لانها بيع المنفعة فكان المعقود عليه المنفعة في النوعين جميعا
الا ان المنفعة تختلف باختلاف المنفعة فيختلف استيفاوها باستيفا منافع المنازل
بالسكنى والاراضي بالزراعة والثياب والحلي باللبس وعبيد الخدمة بالخدمة
والدواب بالركوب والحمل والاواني والظروف بالاستعمال والصناع بالعمل
من الخياطة والقصارة ونحوهما وقد يقام فيه تسليم النفس مقام الاستيفا كما في
اجير الوحد حتى لو سلم نفسه في المدة ولم يعمل يستحق الاجر واذا عرف ان الاجارة
بيع المنفعة فيخرج عليه بعض المسايل فنقول لا تجوز اجارة الشجر والكرم للثمر
لان الثمر عين والاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولا تجوز اجارة الشاة للبنها
او سمنها او صوفها او ولدها لان هذه اعيان فلا تستحق بعقد الاجارة وكذا
اجارة الشاة لترضع جديا او صبيا لما قلنا ولا تجوز اجارة ماء في نهر او بير او قناة
او عين لان الماء عين فان استاجر القناة والعين والبير مع الماء لم يجز ايضا
لان المقصود منه الماء وهو عين ولا يجوز استيجار الآجام التي فيها الماء للسمك
وغيره من القصب والصيد لان كل ذلك عين فان استاجرها مع الماء فهو افسد
واخبث لان استيجارها بدون الماء فاسد فكان مع الماء افسد ولا يجوز
اجارة المراعي لان الكلاء عين فلا يحتمل الاجارة ولا تجوز اجارة الدراهم والدنانير
ولا تبرهما وكذا تبر النحاس والرصاص ولا استيجار المكيلات والموزونات
لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد استهلاك اعيانها والداخل تحت الاجارة المنفعة
لا العين حتى لو استاجر الدراهم والدنانير ليعير بها ميزانا او حنطة ليعير
بها مكيالا او زيتا ليعير به ارطالا او امنانا وقتا معلوما ذكر في الاصل انه يجوز
لان ذلك نوع انتفاع بها مع بقاء عينها فاشبه استيجار سنجات الميزان وذكر
الكرخي انه لا يجوز لعقد شرط اخر وهو كون المنفعة مقصودة والانتفاع
بهذه الاشيا من هذه الجهة ليس بمقصود عادة ولا يجوز استيجار الفحل للضراب
لان المقصود منه النسل وذلك بانزال الماء وهو عين وقد روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن عسب الفحل اي كراوه لان العسب في اللغة وان كان
اسما للضراب لكن لا يمكن حمله عليه لان ذلك ليس بمنهي لما في النهي عنه من قطع النسل
فكان المراد منه كرا عسب الفحل الا انه حذف الكرا واقام العسب مقامه
كما في قوله تعالى واسال القرية ونحو ذلك ولو استاجر كلبا معلما ليصيد به
او بازيا لم يجز لانه استيجار على العين وهو الصيد وجنس هذه المسايل
يخرج على هذا الاصل فان قيل اليس ان استيجار الظير جايز وانه استيجار على
العين وهو اللبن بدليل انها لو ارضعته بلبن شاة لم تستحق الاجر
فالجواب انه روي عن محمد ان العقد يقع على خدمة الصبي واللبن يدخل
على طريق التبع فكان ذلك استيجارا على المنفعة ايضا واستيفاوها بالقيام
بخدمة الصبي من غسله وغسل ثيابه والباسها اياه وطبخ طعامه ونحو
ذلك واللبن يدخل فيه تبعا كالصبغ في استيجار الصباغ واذا ارضعته

بلبن شاة فلم تات بما دخل تحت العقد فلا تستحق الاجر كالصباغ اذا صبغ الثوب
لونا اخر غير ما وقع عليه العقد انه لا يستحق الاجر وهذا لا يدل على ان المعقود عليه
ليس هو المنفعة كذا ها هنا ومن مشايخنا من قال ان المعقود عليه هناك العين
وهو اللبن مقصودا والخدمة تبع لان المقصود تربية الصبي ولا يتربى الا
باللبن فاجري اللبن مجرى المنافع ولهذا لا يجوز بيعه وعلى هذا يخرج استيجار الاقطع
والاشل للخياطة بنفسه وللقصارة والكتابة وكل عمل لا يقوم الا باليدين واستيجار
الاخرس لتعليم الشعر والادب والاعمى لنقط المصحف انه غير جايز لان الاجارة
بيع المنفعة والمنفعة لا تحدث عادة الا عند سلامة الالات والاسباب وكذا
استيجار الارض السبخة والنزة للزراعة وهي لا تصلح لها لان منفعة الزراعة لا يتصور
حدوثها منها عادة فلا تقع الاجارة بيع المنفعة فلم تجز وعلى هذا يخرج استيجار المصحف
انه لا يجوز لان منفعة المصحف النظر فيه وقراة القران منه والنظر في مصحف الغير
وقراة القران منه مباح والاجارة بيع المنفعة والمباح لا يكون محلا للبيع كالاعيان
المباحة كالحطب والحشيش وكذا استيجار كتب ليقرا فيها شعرا او فقها لان منافع
الدفاتر النظر فيها والنظر في دفتر الغير مباح من غير اجرة كما لو استاجر ظل حايط
خارج دار ليقعد فيه ولو استاجر شيا من الكتب ليقرا فقرا لا اجر عليه لانعدام
عقد المعاوضة وعلى هذا ايضا يخرج اجارة الآجام للسمك والقصب واجارة المراعي
للكلا وساير الاعيان المباحة انها غير جايزة لما قلنا والله اعلم فصل واما شرايط الركن
فانواع ۔ بعضها شرط الانعقاد ۔ وبعضها شرط النفاذ ۔ وبعضها شرط الصحة
وبعضها شرط اللزوم ۔ اما شرط الانعقاد فثلثة انواع ۔ نوع يرجع الى العاقد
ونوع يرجع الى نفس العقد ۔ ونوع يرجع الى مكان العقد ۔ اما الذي يرجع
الى العاقد فالعقل وهو ان يكون العاقد عاقلا حتى لا تنعقد الاجارة من المجنون
والصبي الذي لا يعقل كما لا ينعقد البيع منهما واما البلوغ فليس من شرايط الانعقاد
ولا من شرايط النفاد عندنا حتى ان الصبي العاقل لو اجر ماله او نفسه فان
كان ماذونا ينفذ وان كان محجورا يقف على اجازة المولى عندنا خلافا للشافعي وهي
من مسايل الماذون ولو اجر الصبي المحجور نفسه وعمل وسلم من العمل استحق الاجر
ويكون الاجر له اما استحقاق الاجر فلان عدم النفاد كان نظرا له والنظر بعد
الفراغ من العمل سليما من النفاذ فيستحق الاجرة ولا يهدر سعيه فيتضرر به
وكان الولي اذنا له بذلك دلالة بمنزلة قبول الهبة من الغير واما كون الاجرة
المسماة له فلانها بدل منافع هي حقه وكذا حرية العاقد ليست بشرط لانعقاد
هذا العقد ولا لنفاذه عندنا فينفذ عقد المملوك اذا كان ماذونا ويقف
على اجازة مولاه ان كان محجورا وعند الشافعي لا يقف بل يبطل واذا سلم من العمل
في اجارة نفسه او اجارة مال المولى وجب الاجر المسمى لما نذكر في الصبي لان الاجر
ها هنا يكون للمولى لان العبد ملك المولى والاجر كسبه وكسب المملوك للمالك ولو
هلك الصبي او العبد في يد المستاجر في المدة ضمن لانه صار غاصبا حيث استعملها
من غير اذن الولي والمولى ولا يجب الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان ولو قتل
العبد او الصبي خطا فعلى عاقلته الدية او القيمة وعليه الاجر في ماله لان ايجاب
الاجرة ها هنا لا يودي الى الجمع لاختلاف من عليه الواجب وللمكاتب ان يواجر

ويستاجر لانه في مكاسبه كالحر واما كون العاقد طايعا جادا عامدا فليس بشرط لا
هذا العقد ولا لنفاذه عندنا لكنه من شرايط الصحة كما في بيع العين واسلامه
ليس بشرط اصلا فتجوز الاجارة والاستيجار من المسلم والذمي والحربي المستامن
لان هذا من عقود المعاوضة فيملكه المسلم والكافر جميعا كالبياعات غير ان الذمي
اذا استاجر دارا من مسلم في المصر فاراد ان يتخذها مصلى للعامة ويضرب فيها
بالناقوس ليس له ذلك ولرب الدار وعامة المسلمين ان يمنعوه من ذلك على طريق
الحسبة لما فيه من احداث شعايرهم وانه تهاون بالمسلمين واستخفاف بهم كما
يمنع من احداث ذلك في دار نفسه في امصار المسلمين ولهذا يمنعون من احداث
الكنايس في امصار المسلمين قال النبي صلى الله عليه وسلم لا اخصا في الاسلام
ولا كنيسة اي لا يجوز اخصا الانسان ولا احداث الكنيسة في دار الاسلام
في الامصار ولا يمنع من ان يصلي فيها بنفسه من غير جماعة لانه ليس فيه ما ذكرنا
من المعنى الا ترى انه لو فعل ذلك في دار نفسه لا يمنع وان كانت الدار بالسواد
ذكر في الاصل انه لا يمنع في شي من ذلك لكن قيل ان ابا حنيفة انما اجاز ذلك
في زمانه لكن اكثر اهل السواد في زمانه كانوا اهل الذمة فكان لا يودي
ذلك الى الاهانة والاستخفاف بالمسلمين فاما اليوم بحمد الله تعالى فقد صار
السواد كالمصر فكان الحكم فيه كالحكم في المصر وهذا اذا لم يشرط ذلك في العقد
فاما اذا شرط بان استاجر ذمي دارا من مسلم في مصر من امصار المسلمين ليتخذها
مصلى للعامة لم تجز الاجارة لانه استيجار على المعصية وكذا لو استاجر ذمي من
ذمي ليفعل ذلك لما قلنا ولا باس باستيجار ظير كافرة والتي ولدت من فجور لان
الكفر والفجور لا يوثران في اللبن لان لبنهما لا يضر بالصبي ويكره استيجار
الحمقا لقوله صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقا فان اللبن يفسد والظاهر
ان المراد منه غير الام لان الولادة ابلغ من الرضاع نهى وعلل بالافساد لان حمقها
لمرض بها عادة ولبن المريضة يضر بالصبي ويحتمل ان النهي عن ذلك ليلا يتعود
الصبي بعادة الحمقا لان الصبي يتعود بعادة ظيره والله اعلم • واما الذي
يرجع الى نفس العقد ومكانه فما ذكر في كتاب البيوع • ومنها شرايط النفاذ
فانواع منها خلو العاقد عن الردة وان كان ذكر في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد ليس بشرط بنا على ان تصرفات المرتد موقوفة عند ابي حنيفة وعندهما
نافذة وتصرفات المرتدة نافذة في قولهم جميعا وهي من مسايل كتاب السير • ومنها
الملك والولاية فلا ينفذ اجارة الفضولي لعدم الملك والولاية لكنه ينعقد
موقوفا على اجازة المالك عندنا خلافا للشافعي والمسلة ذكرناها في كتاب البيوع
ثم الاجازة انما تلحق الاجارة الموقوفة بشرايط ذكرناها في كتاب البيوع منها
قيام المعقود عليه وعلى هذا يخرج ما اذا اجر الفضولي فاجاز المالك العقد انه
ان اجاز قبل استيفا المنفعة جاز وكانت الاجرة للمالك لان المعقود عليه ما فات
الا ترى انه لو عقد عليه ابتدا بامره جاز فاذا كان محلا لانشا العقد عليه
كان محلا للاجازة اذ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وان
اجاز بعد استيفا المنفعة لم تجز اجازته وكانت الاجرة للعاقد لان المنافع
المعقود عليها قد انعدمت الا ترى انها خرجت عن احتمال انشا العقد عليها

فلا

4

فلا تلحقها الاجازة وقد قالوا فيمن غصب عبدا وعقد اجره سنة للخدمة وفي رجل
اخر غصب غلاما او دارا فاقام رجل البينة انه له فقال المالك اجزت ما اجرت
ان مدة الاجارة ان كانت قد انقضت فالاجر للغاصب لما ذكرنا ان المعقود عليه قد
انعدم والاجازة لا تلحق المعدوم وان كان في بعض المدة فالاجر الماضي والباقي لرب
الغلام في قول ابي يوسف وقال محمد اجر ما مضى للغاصب واجر ما بقي للمالك فابو
يوسف نظر الى المدة فقال اذا بقي بعض المدة لم يبطل العقد فبقي محلا للاجازة ومحمد
نظر الى المعقود عليه فقال كل جزء من اجزا المنفعة معقود عليه لحياله كانه عقد
عليه عقد ابتدا فالمنافع في الزمان الماضي انعدمت فانعدم شرط لحوق الاجازة
العقد فلا تلحقه الاجازة وقد خرج الجواب عما ذكره ابو يوسف وقد قال محمد فيمن غصب
ارضا فاجرها للزراعة فاجاز صاحب الدار الاجازة ان اجرة ما مضى للغاصب واجرة
ما بقي للمالك وهو على ما ذكرنا من الاختلاف قال فان اعطاها مزارعة فاجازها صاحب
الارض جازت وان كان الزرع قد سنبل ما لم يسمن ولا شي للغاصب من الزرع لان
المزارعة بمنزلة شي واحد لا يفرد بعضها من بعض فكان اجازة العقد قبل الاستيفا
بمنزلة ابتدا العقد واما اذا سمن الزرع فقد انقضى عمل الزرع فلا يلحق العقد الاجازة
واما الاستيجار من الفضولي فهو كشرايه فان اضاف العقد الى نفسه كان المستاجر
كان المستاجر له لان العقد وجد نفاذا على العاقد فنفذ عليه وان اضاف العقد
الى من استاجر له ينظر ان وقعت الاضافة اليه في الايجاب والقبول جميعا يتوقف
على اجازته وان وقعت الاضافة اليه في احدهما دون الاخر لا يتوقف بل تنفذ على العاقد
لما ذكرنا في البيوع بخلاف الوكيل بالاستيجار انه يقع استيجاره للموكل وان اضاف العقد
الى نفسه والفرق على نحو ما ذكرنا في كتاب البيوع وعلى هذا تخرج اجارة الوكيل انها نافذة
لوجود الولاية بانابة المالك اياه مناب نفسه كما لو فعله الموكل بنفسه وله ان
يواجر من ابن الموكل وابيه لان للموكل ذلك لاختلاف ملكيهما كذا للوكيل وله ان يواجر
من مكاتبه كان للمولى ان يواجر منه لانه لا يملك ما في يده فكذا لوكيله واما العبد
الماذون فان لم يكن عليه دين فلا يملك ان يواجر منه لان المولى لا يجوز له ذلك لان
كسبه ملكه فكذا للوكيل وان عليه دين فله ذلك اما عند ابي حنيفة فلان المولى
لا يملك ما في يده فكان بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله ان يواجر منه واما على قولهما
فكسبه وان كان ملك المولى لكن تعلق به فكان بمنزلة المكاتب فيجوز لوكيله
ان يواجر منه واما على قولهما فكسبه وان كان ملك المولى لكن تعلق به حق
الغير فجعل المالك كالاجنبي ولا يجوز له ان يواجر من ابيه وابنه وكل من لا تقبل شهادته
له في قول ابي حنيفة وعندهما تجوز باجر مثله كما في بيع العين وهي من مسايل
كتاب الوكالة وله ان يواجر باقل مثل الدار وباقل عند ابي حنيفة وعندهما
ليس له ان يواجر بالاقل وهو على الاختلاف في البيع ولو اجر اجارة فاسدة نفذت
لان مطلق العقد يتناول الصحيح والفاسد كما في البيع ولا ضمان عليه لانه لم يصر مخالفا
وعلى المستاجر اجر المثل اذا انتفع لانه استوفى المنافع بعقد فاسد ولو لم يواجر
الوكيل الدار لكنه وهبها من رجل او اعارها فسكنها سنين ثم جا صاحبها فلا اجر
له على الوكيل ولا على الساكن لان المنافع على اصل اصحابنا لا تضمن الا بالعقد الصحيح او
الفاسد ولم يوجد هاهنا وكذلك الاجارة من الاب والوصي والقاضي وامينه

نافذة لوجود الانابة من الشرع وللاب ان يواجر ابنه الصغير في عمل من الاعمال لان
ولايته على الصبي كولايته على نفسه لان شفقته عليه كشفقته على نفسه وله ان
يواجر نفسه فكذا ابنه ولان فيها نظرا للصغير من وجهين احدهما ان المنافع في
الاصل ليست بمال خصوصا منافع الحر وبالاجارة تصير مالا وجعل ما ليس بمال مالا
من باب النظر والثاني ان الاجارة في الصنايع من باب التهذيب والتاديب والرياضة
وفيه نظر للصبي فيملكه الاب وكذا وصي الاب لانه مرضي الاب والجد اب الاب
لقيامه مقام الاب عند عدمه ووصيه لانه مرضيه ولا تجوز اجارة غير الاب
ووصيه والجد ووصيه من ساير ذوي الرحم المحرم اذا كان له احد ممن ذكرنا
لان من سواهم لا ولاية له على الصغير الا ترى انه لا يملك التصرف في ماله ففي نفسه
اولى الا اذا كان في حجره فتجوز اجارته اياه في قولهم لانه اذا كان في حجره كان له
عليه ضرب من الولاية لانه يربيه ويستعمله ويوديه واستعماله في الصنايع
نوع من التاديب فيملكه من حيث انه تاديب فان كان في حجر ذي رحم محرم منه
فاجره ذو رحم محرم اخر هو اقرب اليه من الذي هو في حجره بان كان الصبي في حجر
عمه وله ام فاجرته وقال ابو يوسف تجوز اجارتها اياه وقال محمد لا تجوز لان هولا
لا ولاية لهم على الصبي اصلا ومقصودا وانما يملكون الاجارة ضمنا لولاية
التربية وانها تثبت لمن كان في حجره فاذا لم يكن في حجرها كان كالاجانب ولابي
يوسف ان ذا الرحم انما يلي عليه هذا النوع بسبب الرحم فمن كان اقرب اليه
من الرحم كان اولى كالاب مع الجد وللذي في حجره ان يقبض الاجرة لان قبض
الاجرة من حقوق العقد وهو العاقد فكان له ولاية القبض له وليس له ان ينفقها
عليه لان الاجرة ماله والانفاق عليه من ماله تصرف في ماله وليس له ولاية
التصرف في المال وكذا اذا وهب له هبة فله ان يقبضها وليس له ان ينفقها
لان قبض الهبة منفعة محضة للصغير الا ترى ان الصغير يملك قبضها
بنفسه فاما الانفاق فهو من باب الولاية فلا يملكه من لا يملك التصرف في ماله
ولو بلغ الصبي في هذا كله قبل مدة الاجارة فله الخيار ان شا امضى الاجارة وان
شا فسخ لان في استيفا العقد اضرارا به لانه بعد البلوغ تلحقه الانفة من
خدمة الناس ولهذا اشار ابو حنيفة رحمه الله فقال ارايت لو تفقه فولي
القضا اكنت اتركه يخدم الناس وقد اجره قبيح ولان المنافع تحدث شيا فشيا
والعقد ينعقد على حسب حدوث المنافع فاذا بلغ فيصير كان الاب عقد على ما
تحدث من المنافع بعد البلوغ ابتدا فكان له خيار الفسخ والاجارة كما اذا عقد
ابتدا بعد البلوغ وكذا الاب والجد ووصيهما والقاضي ووصيه في اجارة عبد
الصغير وعقاره لان لهم ولاية التصرف في ماله بالبيع كذا بالاجارة ولو بلغ قبل
انتهاء المدة فلا خيار له بخلاف اجارة النفس وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب البيوع
وليس للاب ومن يملك اجارة مال الصغير ونفسه ان يواجر نفسه وماله
باقل من اجر المثل قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة ولو فعل لا ينفذ لانه ضرر
في حقه وهذه ولاية نظر فلا تثبت مع الضرر وليس لغير هولا ممن هو
في حجره ان يواجر عبده او داره لان ذلك تصرف في المال فلا يملكه الا من
يملك التصرف في المال كبيع المال وقال ابن سماعة عن محمد استحسن ان يواجروا

هذا صح

عبده

عبده لانهم يملكون اجارة نفسه فاجارة ماله اولى وكذلك استحسن ان ينفقوا عليه
ما لا بد منه لان في تاخير ذلك ضررا عليه وكذلك احد الوصيين يملك ان يواجر
اليتيم في قول ابي حنيفة ولا يواجر عبده وقال محمد يواجر عبده والصحيح قول
ابي حنيفة لان لكل واحد من الوصيين التصرف فيما يخاف الضرر بتاخيره وفي
ترك اجارة الصبي ضرر به بترك تاديبه ولا ضرر في ترك اجارة عبده ولا تجوز
اجارة الوصي نفسه للصبي وهذا على اصل محمد لا يشكل لان الوصي لا يملك بيع
ماله من الصبي اصلا فلا يملك اجارة نفسه منه واما على اصل ابي حنيفة فيحتاج
الى الفرق بين البيع وبين الاجارة ووجه الفرق انه انما يملك بيع ماله منه اذا
كان فيه نظر للصغير ولا نظر للصغير في اجارة نفسه منه لان فيها جعل ما ليس
بمال مالا فلم تجز وللوصي ان يعمل في مال الصبي مضاربة والفرق بين الاجارة
والمضاربة ان الوصي بعقد المضاربة لا يوجب حقا في مال المضاربة وانما
يوجب حقه في الربح وانه قد يكون وقد لا يكون فلا يلحقه تهمة بخلاف الاجارة
لانها توجب حقا في مال الصبي لا محالة وهو متهم فيه لما بينا واما استيجار
الصغير لنفسه فينبغي ان يجوز على قول ابي حنيفة اذا كان باجره لا يتغابن
في مثلها لانه يملك بيع ماله من نفسه اذا كان فيه نظر له وفي استيجاره اياه
لنفسه نظر له لما فيه من جعل ما ليس بمال مالا ويجوز للاب ان يواجر الصغير
او يستاجر الصغير لنفسه لان بيع مال الاب من الصغير وشرا ماله
لنفسه لا يتقيد بشرط النظر بدليل انه لو باع ماله منه بمثل قيمته او اشترى
مال الصغير لنفسه بمثل قيمته يجوز فكذا الاجارة ٭ ومنها تسليم المستاجر في
اجارة المنازل ونحوها اذا كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل بان لم يشترط التعجيل
تعجيل الاجرة في العقد ولم يوجد التعجيل ايضا من غير شرط عندنا خلافا للشافعي
بنا على ان الحكم في الاجارة المطلقة لا تثبت بنفس العقد عندنا لان العقد في حق
الحكم ينعقد على حسب حدوث المنفعة فكان العقد في حق الحكم مضافا الى حين
حدوث المنفعة فيثبت حكمه عند ذلك وعنده يجعل منافع المدة موجودة للحال
تقديرا كانها عين قايمة فيثبت الحكم بنفس العقد كما في بيع العين وهذا اصل
نذكره في بيان حكم الاجارة وكيفية انعقادها في حق الحكم ان شا الله تعالى
ونعني بالتسليم التخلية والتمكين من الانتفاع برفع الموانع في اجارة المنازل
ونحوها وعبيد الخدمة واجير الوحد حتى لو انقضت المدة من غير تسليم المستاجر
على التفسير الذي ذكرنا لا يستحق شيا من الاجر لان المستاجر لم يملك من
المعقود عليه شيا ولا يملك هو ايضا شيا من الاجر لانه معاوضة مطلقة ولو
مضى بعد العقد مدة ثم سلم فلا اجر له فيما مضى لعدم التسليم فيه ولو اجر المنزل
فارغا فسلم المفتاح الى المستاجر فلم يفتح الباب حتى مضت المدة يلزمه كل الاجر
لوجود التسليم وهو التمكين من الانتفاع برفع الموانع في جميع المدة فحدثت المنافع
على ملك المستاجر وهلكت على ملكه فلا يسقط عنه الاجر كالبايع اذا سلم المبيع
الى المشتري بالتخلية فهلك في يد البايع كان الهلاك على المشتري لانه هلك على
ملكه كذا هنا وان لم يسلم المفتاح اليه لكنه اذن له بفتح الباب فقال مر وافتح
الباب فان كان يقدر على فتح الباب بالمعالجة لزمه الكرا لوجود التسليم

وان لم ينقد ر لا يلزمه لان التسليم لم يوجد ولو استاجر دارا ليسكنها شهرا او عبدا
يستخدمه شهرا او دابة ليركبها الي الكوفة فسكن واستخدم في بعض الوقت وركب
بعض المسافة ثم حدث بها مانع يمنع من الانتفاع من غرق او مرض او اباق او غصب
او كان زرعا فانقطع شربه او رحا فانقطع ماوه لا يلزمه اجر تلك المدة لان المعقود
عليه المنفعة في تلك المدة وانها تحدث شيا فشيا فلا تصير منافع المدة مسلمة بتسليم
محل المنفعة لانها معدومة والمعدوم لا يحتمل التسليم وانما تسليمها علي حسب حدوثها
شيا فشيا فاذا اعترض مانع فقد تعذر تسليم المعقود عليه قبل القبض فلا يجب
البدل كما لو تعذر تسليم المبيع قبل القبض بالهلاك والله اعلم ومنها ان يكون العقد
مطلقا عن شرط الخيار فان كان فيه خيار لا ينفذ في مدة الخيار لان الخيار يمنع
انعقاد العقد في حق الحكم ما دام الخيار قايما لحاجة من له الخيار الي دفع الغبن
عن نفسه كما في بيع الغبن وهذا لان شرط الخيار وان كان شرطا مخالفا لمقتضي
العقد والقياس يا باه لما مر لكن تركنا اعتبار القياس لحاجة الناس ولهذا جاز
في بيع الغبن كذا في الاجارة والله الموفق

فصل

واما شرط الصحة فلصحة
هذا العقد شرايط • بعضها يرجع الي العاقد • وبعضها يرجع الي المعقود عليه
وبعضها يرجع الي ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة • وبعضها يرجع الي نفس العقد
اعني ركنه • اما الذي [يرجع صح] الي العاقد فرضا المتعاقدين لقوله تعالي يا ايها الذين
امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاجارة
تجارة لان التجارة تبادل المال بالمال والاجارة كذلك ولهذا يملكها الماذون
وانه لا يملك ما ليس بتجارة فيثبت ان الاجارة تجارة فدخلت تحت النص وقال
النبي صلي الله عليه وسلم لا يحل مال امري مسلم الا بطيب من نفسه فلا يصح مع الكره
والخطا والهزل لان هذه العوارض تنافي الرضا فيمنع صحة الاجارة ولهذا منعت
صحة البيع واما اسلام العاقد فليس بشرط فيصح من المسلم والكافر والحربي المستامن
كما يصح البيع منهم وكذا الحرية فيصح من المملوك الماذون وتنفذ ومن المحجور تنعقد
وتتوقف علي ما بينا والله الموفق • واما الذي يرجع الي المعقود فضروب
منها ان يكون المعقود عليه وهو المنفعة معلوما علما يمنع من المنازعة فان كان
مجهولا ينظر ان كانت الجهالة مفضية الي المنازعة تمنع صحة العقد والا فلا
لان الجهالة المفضية الي المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود
من العلم بالمعقود عليه من العقد فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة
واذا لم تكن مفضية الي المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود
ثم العلم بالمعقود عليه يعني المنفعة يكون بيبان اشيا منها بيان محل المنفعة حتي
لو قال اجرتك احدي هاتين الدارين او احدي هذين العبدين او قال
استاجرت احد هذين الصانعين لم يصح لان المعقود عليه مجهول لجهالة محله
جهالة مفضية الي المنازعة فيمنع صحة العقد وعلي هذا قال ابو حنيفة رحمه الله
اذا باع نصيبا له من دار غير مسمي ولا يعرفه المشتري انه لا يجوز لجهالة النصيب
وقال ابو يوسف ومحمد يجوز اذا علم به بعد ذلك وان كان عرفه المشتري وقت
العقد او عرفه في المجلس جاز سوا كان البايع يعرفه او لا يعرفه بعد ان صدق
المشتري فيما قال وجواب ابي حنيفة مبني علي اصلين احدهما ان بيع النصيب

لايجوز

لا يجوز عنده وهو قول محمد وقال ابو يوسف يجوز ان اجارة المشاع غير جايزة
عنده وان كان المستاجر معلوما من نصف او ثلث او غير ذلك فالمجهول اولي وعندهما
اجارة المشاع جايزة وانما فرق بين الاجارة والبيع حيث جوز اجارة النصيب
ولم يجوز بيع النصيب لان الاجرة لا تجب بنفس العقد علي اصل اصحابنا وانما
تجب عند استيفا المعقود عليه وهو المنفعة والنصيب عند الاستيفا معلوم
بخلاف البيع فان البدل فيه يجب بنفس العقد وعند العقد النصيب مجهول
وعلي هذا يخرج قول ابي حنيفة ما اذا استاجر من عقار ماية ذراع او استاجر من
ارض جريبا او جريبين انه لا يجوز كما لا يجوز البيع لان اسم الذراع عنده يقع
علي القدر الذي يحله الذراع من البقعة المعينة وذلك للحال مجهول وكذا
اجارة المشاع لا يجوز عنده وان كان معلوما فالمجهول اولي وعندهما الذراع كالسهم
ويجوز اجارة المبهم كذا اجارة الذراع وقد ذكرنا المسلة في كتاب البيوع
وعلي هذا يخرج اجارة المشاع من غير الشريك عند ابي حنيفة انها لا تجوز لان المعقود
عليه مجهول لجهالة محله اذ الشايع اسم لجزء من الجملة غير عين من الثلث والربع
ونحوهما وانه غير معلوم فاشبه اجارة عبد من عبدين وعندهما جايزة كبيع الشايع
وبه اخذ الشافعي وتخرج المسلة علي اصل اخر هو اولي بالتخريج عليه ونذكره الا بل
هناك ان شا الله تعالي ولو استاجر طريقا من دار ليمر فيها وقتا معلوما لم يجز
في قياس قول ابي حنيفة لان المنفعة المستاجرة غير متميزة من بقية الدار فكان
اجارة المشاع فلا تجوز عنده وعندهما تجوز ولو استاجر ظهر بيت ليبيت عليه
شهرا او ليضع متاعه عليه اختلف المشايخ فيه لاختلاف نسخ الاصل ذكر في بعضها
انه لا يجوز وفي بعضها يجوز وهو الصحيح لان المعقود عليه وذكر في الاصل اذا استاجر
علو منزل ليبني عليه لا يجوز في قياس قول ابي حنيفة لان البنا عليه يختلف
في الخفة والثقل والثقيل منه يضر بالعلو والضرر لا يدخل في العقد لان الاجير
لا يرضي به فكان مستثنا من العقد دلالة ولا ضابط له فكان محل المعقود عليه
مجهولا بخلاف ما اذا استاجر ارضا ليبني عليها انه يجوز لان الاراضي لا تتاثر لثقل
البنا وخفته ولا يجوز في قياس قول ابي حنيفة لان البنا المذكور ينصرف
الي المعتاد والجواب ما ذكرنا انه ليس لذلك حد معلوم وعلي هذا ما اذا استاجر
شربا من نهر او مسيل ما في ارض انه لا يجوز لان قدر ما يستغل الما من النهر والارض
غير معلوم ولو استاجر نهرا ليسوق منه الما الي ارض له ليسقيها لم يجز
وذكر في الارضين اذا استاجر نهرا يابسا يجري فيه الي ارضه او رحا له لا يجوز
في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وقال ارايت لو استاجر ميزابا
ليسيل ما المطر علي سطح المواجر لم يكن فاسدا وذكر هشام عن محمد فيمن استاجر
موضعا معلوما من ارض موقتا بوقت معلوم يسيل فيه ماه انه لا يجوز فصار
عن محمد روايتان وجه هذه الرواية ان المانع جهالة البقعة وقد زالت الجهالة
بالتعيين ووجه الرواية المشهورة وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ان مقدار
ما يسيل من الما والنهر والسيل يختلف والكثير منه مضر بالنهر والسطح والمضر
منه مستثنا من العقد دلالة وغير المضر غير مضبوط فصار محل المعقود عليه مجهولا
ولو استاجر ميزابا ليركبه في داره كل شهر بشي مسمي جاز لان الميزاب المركب في

دار لا تختلف منفعته بكثرة ما يسيل فيه وقلته فكان محل المعقود عليه معلوما
ولو استاجر بالوعة ليصب فيها وضوء لم يجز لان مقدار ما يصب
فيها من الما مجهول والضرر يختلف بقلته وكثرته فكان محل المعقود عليه مجهولا وعلى
هذا يخرج ما اذا استاجر حايطا ليضع عليه جذوعا او يبني عليه سترة او يضع فيه
ميزابا انه لا يجوز لان وضع الجذوع وبنا السترة يختلف باختلاف الثقل والخفة
والثقيل منه يضر بالحايط والضرر مستثنى من العقد دلالة وليس لذلك المضر
حد معلوم فيصير محل المعقود عليه مجهولا وكذلك لو استاجر من الحايط موضع
كوة ليدخل عليه الضوء او موضعا من الحايط ليبند فيه وتدا لم يجز لما قلنا فان
قيل اليس انه لو استاجر دابة بغير عينها يجوز وان كان المعقود عليه مجهولا لجهالة
محله فالجواب ان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة لحاجة الناس الى سقوط اعتبارها
لان المسافر لو استاجر دابة بعينها فربما تموت الدابة في الطريق فتبطل الاجارة
بموتها ولا يمكنه المطالبة بدابة اخرى فيبقى في الطريق بغير حموله فيتضرر به
فدعت الضرورة الى الجواز واعتبار اسقاط هذه الجهالة لحاجة الناس فلا تكون هذه
الجهالة مفضية الى المنازعة كجهالة المدة وقدر الما الذي يستعمل في الحمام وقال
هشام سالت محمدا عن الاطلا بالنورة بان قال اطليك بدانق ولا يعلم بما يطليه
من غلظه ونحافته قال هو جايز لان مقدار البدن معلوم بالعادة والتفاوت فيه
يسير لا يفضي الى المنازعة ولان الناس يتعاملون ذلك من غير نكير فسقط اعتبار
تلك الجهالة بتعامل الناس ومنها بيان المدة في اجارة الدور والمنازل والبيوت
والحوانيت وفي استيجار الظير لان المعقود عليه لا يصير معلوم القدر بدونه
فترك بيانه يفضي الى المنازعة وسوا قصرت المدة او طالت من يوم او شهر او سنة
او اكثر من ذلك بعد ان كانت معلومة وهو ظاهر اقوال الشافعي وفي بعضها انه لا
يجوز اكثر من سنة وفي بعضها انه لا يجوز اكثر من ثلثين سنة والقولان لا معنى لهما
لان المانع ان كان هو الجهالة فلا جهالة وان كان عدم الحاجة فالحاجة قد تدعوا
الى ذلك وسوا عين اليوم او الشهر او السنة او لم يعين او يتعين الزمان
الذي يعقب العقد لثبوت حكمه وقال الشافعي لا يصح العقد ما لم يعين الزمان
الذي يلي العقد نصا وجه قوله ان قوله يوما او شهرا او سنة مجهولا لانه اسم
لوقت منكر وجهالة الوقت توجب جهالة المعقود عليه وليس في نفس العقد ما
يوجب تعين بعض الاوقات دون بعض فيبقى مجهولا فلا بد من التعيين ولنا
ان التعيين قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد وجد هاهنا دلالة التعيين من
وجهين احدهما ان الانسان انما يعقد عقد الاجارة للحاجة والحاجة عقيب
العقد قايمة والثاني ان العاقل يقصد بتصرفه الصحة ولا صحة لهذا العقد
الا بالصرف الى الشهر الذي يعقب العقد فيتعين بخلاف ما اذا قال لله علي ان اصوم
شهرا او اعتكف شهرا ان له ان يصوم ويعتكف اي شهر شا ولا يتعين الشهر الذي
يلي النذر لان تعيين الوقت ليس بشرط لصحة النذر فوجب المنذور به في وقت
منكر فله ان يعين اي شهر شا ولو اجر داره شهرا او شهورا معلومة فان وقع
العقد في غرة الشهر يقع على الاهلة بلا خلاف حتى لو نقص الشهر يوما كان عليه كمال
الاجرة لان الشهر اسم للهلال وان وقع بعد ما مضى بعض الشهر ففي اجارة الشهر

يقع

يقع على ثلثين يوما بالاجماع لتعذر اعتبار الاهلة فيعتبر بالايام واما في اجارة
الشهور ففيها روايتان عن ابي حنيفة في رواية اعتبر الشهور كلها بالايام وفي رواية
اعتبر تكميل هذا الشهر بالايام من الشهر الاخير والباقي بالاهلة وهكذا ذكر في
الاصل فقال اذا استاجر سنة اولها هذا اليوم لو وهذا اليوم لاربعة عشر
من الشهر فانه يسكن بقية هذا الشهر واحد عشر بالاهلة وستة عشر يوما من
الشهر الاخر وهذا غلط وقع من الكاتب والصحيح ان يقال واربعة عشر يوما لان ستة
عشر يوما قد سكن فلم يبق لتمام الشهر بالايام الا اربعة عشر يوما وهكذا ذكر في
بقية النسخ وانما يسكن ستة عشر يوما اذا كان سكن اربعة عشر يوما وهو قول
ابي يوسف ومحمد ووجهه ما ذكرنا في كتاب الطلاق ان اسم الشهور للاهلة اذ الشهر
اسم للهلال لغة الا انه لا يمكن اعتبار الاهلة في الشهر الاول فاعتبر فيه الايام ويمكن
فيما بعده ولان كل جزء من اجزا المنفعة معقود عليه لانه يتجدد ويحدث شيا فشيا
فيصير عند تمام الشهر الاول كانه عقد الاجارة ابتدا فيعتبر بالاهلة بخلاف العدة
انه يعتبر فيها الايام على احدى الروايتين لان كل جزء من اجزا العدة ليس بعدة ولان
العدة فيها حق الله فاعتبر فيها زيادة العدد احتياطا والاجارة حق العبد فلا يدخله
الاحتياط وجه الرواية الاخرى ان الشهر الاول يكمل بالايام بلا خلاف وانما يكمل
بالايام من الشهر الثاني واذا كمل بالايام من الشهر الثاني يصير اول الشهر الثاني
بالايام فيكمل من الشهر الثالث هكذا الى اخر الشهور ولو قال اجرتك هذه الدار
سنة كل شهر بدرهم جاز بالاجماع لان المدة معلومة والاجرة معلومة فيجوز ولا يملك
احدهما الفسخ قبل تمام السنة من غير عذر ولو لم يذكر السنة فقال اجرتك هذه
الدار كل شهر بدرهم جاز في شهر واحد عند ابي حنيفة وهو الشهر الذي يعقب
العقد كما في بيع العين بان قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم انه لا
يصح الا في قفيز واحد عنده لان جملة الشهور مجهولة واما الشهر الاول فمعلوم
وهو الذي يعقب العقد وذكر القدوري ان الصحيح من قول ابي يوسف ومحمد انه لا
يجوز ايضا وفرقا بين الاجارة وبيع العين من حيث ان كل شهر لا نهاية له فلا يكون
المعقود عليه معلوما بخلاف الصبرة لانه يمكن معرفة الجملة بالكيل وعامة مشايخنا
قالوا تجوز هذه على قولهما كل شهر بدرهم كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم وعند ابي
حنيفة لا يجوز البيع في المذروع في الكل لا في ذراع واحد ولا في الباقي وفي المكيل
والموزون يجوز في واحد ولا يجوز في الباقي في الحال الا اذا علم المشتري جملته
في المجلس لان بيع قفيز من صبرة جايز لان جهالته لا تفضي الى المنازعة لعدم التفاوت
بين قفيز وقفيز فاما بيع ذراع من ثوب فلا يجوز التفاوت في اجزا الثوب فيفضي
الى المنازعة وقال الشافعي هذه الاجارة فاسدة واعتبرها ببيع كل ثوب من هذه
الاثواب بدرهم وهذا اعتبار غير سديد لان الثياب تختلف في انفسها اختلافا
فاحشا ولا يمكن تعيين واحد منها لاختلافها فاما الشهور فانها لا تختلف فيتعين واحد
منها للاجارة عند ابي حنيفة وهو الشهر الاول لما بينا واذا جاز في الشهر الاول
لا غير عند ابي حنيفة فلكل واحد منهما ان يترك الاجارة عند تمام الشهر الاول فاذا
دخل الشهر الثاني ولم احدهما انعقدت الاجارة في الشهر الثاني لانه اذا مضى الشهر
الاول ولم يترك احدهما فقد تراضيا على انعقاد العقد في الشهر الثاني فصار كانهما

على الفور صح

جدد العقد وكذا هذا عند مضي كل شهر بخلاف ما اذا اجر شهرا وسكت ولم يقل كل شهر
لان هناك لم يبق منه شي يبني عليه العقد في الشهر ثم اختلف مشايخنا في وقت
الفسخ وكيفيته قال بعضهم اذا اهل الهلال يقول احدهما فسخت الاجارة فاذا قال
ذلك لا ينعقد في الشهر الثاني وان سكتا عنه انعقدت وقال بعضهم يفسخ احدهما
الاجارة في الحال فاذا جا راس الشهر عمل ذلك الفسخ السابق وقال بعضهم يفسخ احدهما
ليلة او يومها وان سكتا حتي غربت الشمس من اليوم الاول انعقدت الاجارة في الشهر
الثاني لانه رفع العقد الموجود من الاجر ولو استاجر دلوا وبكرة ليسقي غنمه ولم يذكر
المدة لم يجز لان قدر الزمان الذي يسقي فيه الغنم غير معلوم فكان قدر المعقود عليه
مجهولا وان بين المدة جاز لانه صار معلوما ببيان المدة والله اعلم ❊ واما بيان ما يستاجر
له في هذا النوع من الاجارة اعني اجارة المنازل ونحوها فليس بشرط حتي لو استاجر شيا
من ذلك ولم يسم ما يعمل فيه جاز وله ان يسكن فيه بنفسه ومع غيره وله ان يسكن
فيه غيره بالاجارة والاعارة وله ان يضع فيه متاعا او غيره غير انه لا يجعل فيه حدادا
ولا قصارا ولا طحانا ولا ما يضر بالبنا ويوهنه وانما كان كذلك لان الاجارة شرعت
للانتفاع والدور والمنازل والبيوت ونحوها معدة للانتفاع بها بالسكني ومنافع
العقار المعد للسكني غير متفاوتة لان الناس لا يتفاوتون في السكني فكانت معلومة من
غير تسمية وكذا المنفعة لا تتفاوت بكثرة السكان وقلتهم الا تفاوتا يسيرا وانه ملحق
بالعدم ووضع المتاع من توابع السكني وقيل ان هذا الجواب علي عادة اهل الكوفة
والجواب فيه يختلف باختلاف العادة فان كان في موضع جرت العادة بذلك له ذلك
والا فلا ولم يكن ان يقعد فيه من يضر بالبنا ويوهنه من القصار والحداد والطحان
لان ذلك اتلاف العين ولم يدخل تحت العقد اذ الاجارة بيع المنفعة لا بيع العين ولان
مطلق العقد ينصرف الي المعتاد والظاهر ان الحانوت الذي يكون في صف البزازين
لا يواجر لعمل الحدادة والقصارة والطحن فلا ينصرف المطلق اليه اذ المطلق محمول
علي العادة فلا يدخل غيره في العقد الا بالتسمية او بالرضا حتي لو اجر حانوتا في صف
الحدادين من حداد يدخل عمل الحدادة فيه من غير تسمية للعادة وانما كان له ان يواجر
من غيره ويعير لانه ملك المنفعة فكان له ان يملك من غيره بعوض وبغير عوض
واما في اجارة الارض فلا بد فيها من بيان ما يستاجر له من الزراعة والغرس والبنا
وغير ذلك فان لم يبين كانت الاجارة فاسدة الا اذا جعل له ان ينتفع بها بما شا وكذا
اذا استاجرها للزراعة فلا بد من بيان ما يزرع او يجعل له ان يزرع فيها ما شا
والا فلا يجوز العقد لان منافع الارض تختلف باختلاف البنا والغرس والزراعة
وكذا المزروع تختلف منه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فكان المعقود عليه
مجهولا جهالة مفضية الي المنازعة فلا بد من البيان بخلاف السكني فانها لا تختلف
واما في اجارة الدواب فلا بد فيها من بيان احد شيين المدة او المكان فان لم يبين
احدهما فسدت لان ترك البيان يفضي الي المنازعة وعلي هذا يخرج ما اذا استاجر
دابة يشيع عليها رجلا او يتلقاه لان الاجارة فاسدة الا ان يسمي موضعا معلوما
وكذا اذا استاجرها الي الجبانة لان الجبانة تختلف اولها واوسطها واخرها
لانه موضع واسع يتباعد اطرافها وجوانبها بخلاف ما اذا استاجر دابة الي الكوفة
انه يصح العقد وان كان اطرافها وجوانبها متباعدة لان المكان هناك معلوم بالعادة

وهو

وهو منزله الذي بالكوفة لان الانسان اذا استاجر الي بلد فانما يستاجر الي بيته
الا تري انه ما جرت من العادة من المكارين بطرح الحمولات علي اول بلد جزء
من البلد فصار منزله بالكوفة مذكورا دلالة فكان كالمذكور نصا ولا عادة في الجبانة
علي موضع معين بعينه حتي يحمل العقد عليه حتي لو كان في الجبانة موضع لا يركب
الا اليه يصح العقد وينصرف اليه كما يصح الي الكوفة ولو تكاراها بدرهم يذهب
عليها الي حاجة لم يجز ما لم يبين المكان لان الحوايج تختلف منها ما ينقضي بالركوب
الي موضع قريب ومنها ما ينقضي الا بعد مسافة بعيدة فكانت المنافع مجهولة
فتفسد الاجارة وذكر في الاصل اذا تكاري دابة من الفرات الي جعفي وجعفي
قبيلتان بالكوفة ولم احداهما والي الكناسة وفيها كناستان ولم يسم احداهما
او الي بجيلة وهما بجيلتان الظاهرة والباطنة ولم يسم احداهما ان الاجارة فاسدة
لان المكان مجهول ولا بد فيها من بيان ما يستاجر له من الحمل والركوب لانهما منفعتان
مختلفتان وبعد بيان ذلك لا بد من بيان ما يحمل عليها ومن يركبها لان الحمل
يتفاوت بتفاوت المحمول والناس متفاوتون فترك البيان يفضي الي المنازعة
وذكر في الاصل اذا استاجر بعيرين من الكوفة الي مكة يحمل الي احدهما محملا
فيه رجلان وما يصلحهما من الوطا والدثر وقدر الرجلين ولم ير الوطا والدثر
واحدهما زاملة يحمل عليه كذا كذا مختوما من السويق والدقيق وما يصلحهما
من الزيت والخل والمعاليق ولم يبين ذلك واشترط ما يكتفي به من الما ولم يبين
ذلك فهذا فاسد كله في القياس ولكن قال ابو حنيفة استحسن ذلك ووجه
القياس انه شرط حملا مجهولا لان قدر الكسوة والدثار يختلف باختلاف
الناس فصارت المنافع مجهولة وجه الاستحسان ان الناس يفعلون ذلك من
لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم الي يومنا هذا فكان ذلك اسقاطا منهم
اعتبار هذه الجهالة فلا تفضي الي المنازعة وان استاجر اشترط المستاجر
ان يحمل ان يحمل عليه من هدايا مكة من صالح ما يحمل الناس فهو جايز لان قدر
الهدايا تعلم بالعادة وهذا مما يتعامله الناس في ساير الاعصار من غير نكير وان
بين وزن المعاليق ووصف ذلك والهدايا احب الينا انه يجوز قياسا واستحسانا
وذلك يكون ابعد من الخصومة لذلك قال احب الينا ولكل محمل قربتين من ما
واداوتين من اعظم ما يكون لان هذا كله يصير معلوما بالعادة وذكر الفضل
لما قلنا وفي استيجار العبد للخدمة والثوب للبس والقدر للطبخ لا بد من بيان
المدة لما قلنا والقياس ان يشترط بيان نوع الخدمة في استيجار العبد للخدمة
لان الخدمة تختلف فكانت مجهولة وفي الاستحسان لا يشترط وينصرف الي
المتعارف وليس له ان يسافر به ولا بد بيان من يلبس او يطبخ في القدر
لان اللبس يختلف باختلاف اللابس والقدر يختلف باختلاف المطبوخ فلا بد
من البيان ليصير المعقود عليه معلوما فان اختصما حين وقعت الاجارة في هذه
الاشيا قبل ان تزرع او تبني او تغرس او قبل ان يحمل علي الدابة او يركبها او قبل
ان يلبس الثوب او يطبخ في القدر قال القاضي تنفسخ الاجارة لان العقد
وقع فاسدا ورفع الفساد واجب حقا للشرع فان زرع الارض وحمل علي الدابة
ولبس الثوب وطبخ في القدر ومضت المدة فله ما سمي استحسانا والقياس ان

يكون له اجر المثل لانه استوفي المنفعة بعقد فاسد واستيفا المنفعة بعقد فاسد
يوجب اجر المثل لا المسمي وجه الاستحسان ان المفسد جهالة المعقود عليه والمعقود
عليه قد تعين بالزراعة والحمل واللبس والطبخ فزالت الجهالة فقد استوفي المعقود
عليه في عقد صحيح فيجب كال المسمي كما لو كان معينا في الابتدا ولو فسخ القاضي الاجارة
ثم زرع او حمل او غير ذلك لا يجب شي لان القاضي لما نقض العقد فقد بطل العقد فصار
مستعملا مال الغير من غير عقد غاصبا والمنافع علي اصلنا لا تتقوم الا بعقد صحيح او
فاسد ولم يوجد   ومنها بيان العمل في استيجار الصناع والعمال لان جهالة العمل في
الاستيجار علي الاعمال جهالة مفضية الي المنازعة فيفسد العقد حتي لو استاجر
عاملا ولم يسم له العمل من القصارة والخياطة والرعي ونحو ذلك لم يجز العقد وكذا
بيان المعمول في الاجير المشترك اما بالاشارة والتعيين او ببيان الجنس والنوع
والقدر والصفة في ثوب القصارة والخياطة وبيان الجنس والقدر في اجارة
الرعي من الخيل او الابل او البقر او الغنم وعددها لان العمل يختلف باختلاف المعمول
وعلي هذا يخرج ما اذا استاجر حفارا ليحفر له بيرا انه لا بد من بيان مكان الحفر
وعمق البير وعرضها لان عمل الحفر يختلف باختلاف عمق المحفور وعرضه ومكان
الحفر من الرخاوة والصلابة فيحتاج الي البيان ليصير المعقود عليه معلوما
وهل يشترط فيه بيان المدة اما في استيجار الراعي المشترك فيشترط لان قدر
المعقود عليه لا يصير معلوما بدونه واما في استيجار القصار المشترك والخياط
المشترك فلا يشترط حتي لو دفع الي خياط او قصار اثوابا معلومة ليخيطها
او ليقصرها جاز من غير بيان المدة لان المعقود عليه يصير معلوما بدونه واما في
الاجير الخاص فلا يشترط بيان جنس المعلوم فيه المعمول فيه ونوعه وقدره
وصفته وانما يشترط بيان المدة فقط وبيان المدة في استيجار الظير شرط جوازه
بمنزلة استيجار العبد للخدمة لان المعقود عليه هو الخدمة فما جاز فيه جاز
في الظير وما لم يجز فيه لم يجز فيها الا ان ابا حنيفة رحمه الله استحسن في الظير
ان يستاجر بطعامها وكسوتها لما نذكر في موضعه ان شا الله تعالي ولو استاجر
انسانا ليبيع له ويشتري ولم يبين المدة لم يجز لجهالة قدر منفعة البيع والشرا
ولو بين المدة بان استاجره شهرا ليبيع له ويشتري جاز لان قدر المنفعة صار
معلوما ببيان المدة وما روي عن بعض الصحابة انه قال كنا نتبايع في اسواق المدينة
ونسمي انفسنا السماسرة فخرج علينا رسول الله صلي الله عليه وسلم وسمانا باحسن
الاسما فقال يا معشر التجار ان بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب فشوبوه بالصدقة
والسمسار هو الذي يبيع او يشتري لغيره بالاجرة فهو محمول علي ما اذا كانت
المدة معلومة وكذا اذا قال بع لي هذا الثوب ولك درهم ولم يبين المدة فباع
واشتري فله اجر مثل عمله لانه استوفي منفعته بعقد فاسد قال الفضل بن غانم
سمعت ابا يوسف يقول لا باس ان يستاجر القاضي رجلا مشاهرة علي ان يضرب
الحدود بين يديه وان كان غير مشاهرة فالاجارة فاسدة لانها اذا كانت مشاهرة
كان المعقود عليه معلوما ببيان الوقت ويستحق الاجرة فيها بتسليم النفس عمل او لم
يعمل واذا لم يذكر الوقت يبقي المعقود عليه مجهولا لان قدر الحدود التي سماها
غير معلوم وكذا محل الاقامة مجهول وذكر محمد في السير الكبير اذا استاجر الامام

رجلا ليقتل المرتدين والاساري لم يجز عند اصحابنا وان استاجره لقطع اليد جاز ولا
فرق بينهما عندي والاجارة فيهما جايزة هكذا ذكر محمد رحمه الله واراد بقوله
اصحابنا ابا حنيفة وابا يوسف وعلي هذا الخلاف اذا استاجر رجل رجلا لاستيفا
القصاص في النفس وجه قوله انه استاجره لعمل معلوم وهو القتل ومحله معلوم
وهو العنق اذ لا يباح له العدول عنه فيجوز كما لو استاجره لقطع اليد او لذبح الشاة
ولهما ان محله من العنق غير معلوم بخلاف القطع فان محله من اليد معلوم وهو المفصل
وكذا محل الذبح الحلقوم والودجان وذلك وقال ابن رستم عن محمد في رجل قال لرجل
اقتل هذا الذيب او هذا الاسد ولك درهم وهما صيد ليسا للمستاجر فقتله قال
له اجر مثله لا اجاوز به درهما لان الاسد والذيب اذا لم يكونا في يده فيحتاج في قتلهما
الي المعالجة فكان العمل مجهولا وانما وجب عليه اجر المثل لانه استوفي المنفعة بعقد
فاسد ويكون الصيد للمستاجر لان قتل الصيد سبب لتملكه وعمل الاجير يقع للمستاجر
فصار كانه قتله بنفسه وعلي هذا يخرج ما اذا قال لرجل استاجرتك لتخيط هذا
الثوب او لتقصر هذا الثوب اليوم او لتخبز قفيز خبز دقيق او قال استاجرتك
هذا اليوم لتخيط هذا الثوب او لتقصر او لتخبز قدم اليوم او اخر ان الاجارة
فاسدة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد جايزة وعلي هذا الخلاف اذا استاجر
الدابة الي الكوفة ايا ما مسماة فالاجارة فاسدة عنده وعندهما جايزة وجه
قولهما ان المعقود عليه هو العمل لانه هو المقصود والعمل معلوم فاما ذكر المدة
فهو للتعجيل فلم تكن المدة معقودا عليها فذكرها لا يمنع جواز العقد واذا وقعت
الاجارة علي العمل فان فرغ منه قبل تمام اليوم فله كمال الاجر وان لم يفرغ منه في اليوم
فعليه ان يعمل في الغد كما اذا دفع الي خياط ثوبا ليقطعه قميصا علي ان يفرغ منه
في يومه هذا او اكتري من رجل ابلا الي مكة علي ان يدخله الي عشرين ليلة كل بعير
بعشرة دنانير مثلا ولم يرد هذا ان الاجارة جايزة ثم ان وفا بالشرط اخذ المسمي
وان لم يف به فله اجر مثله لا يزاد علي ما شرطه ولابي حنيفة ان المعقود عليه
مجهول لانه ذكر امرين كل واحد منهما يجوز ان يكون معقودا عليه اعني العمل والمدة
اما العمل فظاهر وكذا ذكر المدة بدليل انه لو استاجر يوما للخبازة من غير بيان
قدر ما يخبز جاز وكان الجواب باعتبار انه جعل المعقود عليه المنفعة والمنفعة
مقدرة بالوقت ولا يمكن الجمع بينهما في كون كل واحد منهما معقودا عليه لان حكمهما
مختلف لان العقد علي المدة يقتضي وجوب الاجر من غير عمل لانه يكون اجيرا
خاصا والعقد علي العمل يقتضي وجوب الاجر بالعمل لانه يصير اجيرا مشتركا فكان
المعقود عليه احدهما وليس احدهما باولي من الاخر فكان مجهولا وجهالة المعقود
عليه توجب فساد العقد بخلاف تلك المسلة لان قوله علي ان يفرغ منه في يومي
هذا ليس جعل الوقت معقودا عليه بل هو بيان صفة العمل بدليل انه لو لم
يعمل في اليوم وعمل في الغد يستحق اجر المثل ولو قال اجرتك هذه الدار
شهرا بخمسة دراهم وهذه الاخري شهرا بعشرة دراهم او قال هذا القول في حانوتين
او عبدين او مسافتين مختلفتين بان قال اجرتك هذه الدابة الي واسط بكذا
او الي مكة بكذا فذلك جايز عند اصحابنا الثلاثة استحسانا وعند زفر
والشافعي لا يجوز قياسا وعلي هذا اذا خيره بين ثلثة اشيا وان ذكر اربعة

لم يجز وعلى هذا انواع الخياطة والصبغ انه ان ذكر ثلثة جاز عندنا ولا يجوز ما زاد عليها
كما في بيع العين وجه القياس انه يضاف العقد الى احد المذكورين وهو مجهول فلا يصح
اذا اضيف الى احد الاشيا الاربعة ولنا انه خيره بين عقدين معلومين في محلين
متقومين ببدلين معلومين كما لو قال ان رددت الابق من موضع كذا فلك كذا وان
رددته من موضع كذا فلك كذا وكما لو قال ان خطت هذا الثوب فبدرهم وان خطت
هذا الاخر فبدرهم وعملهما سوا وكما لو قال ان سرت على هذه الدابة الى موضع كذا فبدرهم
وان سرت الى موضع كذا فبدرهم والمسافة سوا واما قولهما ان العقد اضيف الى احد
المذكورين غير عين فنعم لكن فوض خيار التعيين الى المستاجر ومثل هذه الجهالة لا يفضي الى
المنازعة كجهالة قفيز من الصبرة ولهذا جاز البيع فالاجارة اولى لانها اوسع من البيع لانها تقبل
انها تقبل من الخطر ما لم يقبله البيع ولهذا جوزوا هذه الاجارة من غير شرط الخيار ولم يجوزوا
البيع الا بشرط الخيار وكذلك اذا دفع الى خياط ثوبا وقال ان خطته فارسيا فلك درهم
وان خطته روميا فلك درهمان او قال لصباغ ان صبغت هذا الثوب بعصفر
فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك لانه خيره بين ايفا منفعتين
معلومتين فلا جهالة ولان الاجر على اصل اصحابنا لا يجب الا بالعمل وحين ما اخذ في احد
العملين تعين ذلك الاخر وهذا قول اصحابنا الثلاثة فاما عند زفر فالاجارة فاسدة
لان المعقود عليه مجهول والجواب ما ذكرنا ولو قال اجرتك هذه الدار شهرا على انك
ان قعدت حدادا فعشرة وان بعت فيها الخز فخمسة فالاجارة جايزة في قول ابي حنيفة
الاخير وقال ابو يوسف ومحمد الاجارة فاسدة وجه قولهما ان الاجر لا يجب الا بالسكنى
وانما يجب بالتسليم وهو التخلية وحالة التخلية لا ندري ما يسكن فكان البدل عنده
مجهول بخلاف الرومي والفارسي لان البدل هناك يجب بابتدا العمل ولا بد وان يبتدي
باحد العملين وعند ذلك يتعين ذلك ويصير معلوما عند وجوده ولابي حنيفة انه
خيره بين منفعتين معلومتين فيجوز كما في خياطة الرومية والفارسية وهذا لان السكنى
وعمل الحدادة يختلفان والعقد على كل واحد منهما صحيح على الانفراد فكذا على الجمع وقولهم ان الاجر
هاهنا يجب بالتسليم من غير عمل مسلم لكن العمل يوجد ظاهرا وغالبا لان التمكن من الانتفاع
هو الغالب فلا يجب الاحتراز عنه على ان عند العقد التخلية وهو التمكن من الانتفاع يجب
اقل الضررين لان الزيادة تجب بزيادة الضرر ولم توجد زيادة الضرر واقل الاجرين
معلوم فلا يودي الى الجهالة وهذا جواب امام الهدى الشيخ ابي منصور الماتريدي رحمه الله
وعلى هذا الخلاف كل ما كان اجره يجب بالتسليم ولا يعلم الواجب به وقت التسليم فهو باطل
عندهما وعند ابي حنيفة العقد جايز واي المنفعتين استوفى وجب اجر ذلك كما سمي
وان امسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه اقل المسميين لما قلنا ان الزيادة
انما تجب باستيفا منفعة زايدة ولم يوجد ذلك فلا يجب بالتسليم وهو التخلية الا اقل الاجرين
وعلى هذا الخلاف اذا استاجر دابة الى الحيرة على انه ان حمل عليها شعيرا فبنصف درهم وان حمل
عليها حنطة فبدرهم فهو جايز في قول ابي حنيفة الاخر وعلى قولهما لا يجوز وكذلك ان استاجر
دابة الى الحيرة بدرهم او الى القادسية بدرهمين فهو جايز عنده وعلى قولهما ينبغي ان لا
يجوز لما ذكرنا ولو استاجر دابة من بغداد الى القصر بخمسة او الى الكوفة بعشرة قال
محمد ان كانت المسافة الى القصر النصف من الطريق الى الكوفة فالاجارة جايزة وان كانت
اقل او اقل فهي فاسدة وعلى اصلهما لان المسافة اذا كانت النصف فحال ما يسيره يصير

البدل معلوما لانه ان سار الى القصر او الى الكوفة فالاجرة الى القصر خمسة فاما اذا كانت
المسافة الى القصر اقل من النصف او اكثر فالاجرة حال ما يسير مجهولة لانه ان سار الى القصر
فالاجرة خمسة وان سار الى الكوفة فالاجرة الى القصر حصته من المسافة وجهالة الاجرة
عند وجود سبب وجوبها يفسد العقد عندهما فاما على قول ابي حنيفة فالعقد جايز
لانه سمى منفعتين معلومتين لكل واحدة منهما بدل معلوم ولو اعطى خياطا ثوبا فقال ان
خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم قال ابو حنيفة الشرط الاول
صحيح والشرط الثاني فاسد حتى لو خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غدا فله اجر مثله ان
على ما نذكر تفسيره وقال ابو يوسف ومحمد الشرطان جايزان وقال زفر الشرطان باطلا
وبه اخذ الشافعي فنتكلم مع زفر والشافعي في اليوم الاول لانهما خالفا اصحابنا الثلاثة
فيه والوجه لهما ان المعقود عليه مجهول ولنا انه سمى في اليوم الاول عملا معلوما وبدلا
معلوما وفساد الشرط الثاني لا يوثر في الشرط الاول كمن عقد اجارة صحيحة واجارة فاسدة
واما اليوم الثاني فوجه قول ابي يوسف ومحمد على نحو ما ذكرنا في اليوم الاول انه سمى في اليوم
الثاني عملا معلوما وبدلا معلوما كما في اليوم الاول فلا معنى لفساد العقد فيه كما لا يفسد
في اليوم الاول ولابي حنيفة انه اجتمع في اليوم الثاني بدلان متفاوتان في القدر لان
البدل المذكور في اليوم الاول جعل مشروطا في اليوم الثاني بدليل انه لو لم يذكر لليوم
الثاني بدلا اخر وعمل في اليوم الثاني يستحق المسمى في اليوم الاول فلو لم يجعل المذكور من البدل
في اليوم الاول مشروطا في الثاني لما استحق المسمى واذا اجتمع البدلان في اليوم الثاني صار
كانه قال في اليوم الثاني فلك درهم او نصف درهم فصار الاجر مجهولا فيوجب فساد العقد
فاذا خاطه في اليوم الثاني فله اجر مثله لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم هكذا ذكر
في الاصل وفي الجامع الصغير وذكر محمد رحمه الله في الاملا وهو احدى روايتي ابن سماعة في
نوادره عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في رواية اخرى ان له في اليوم الثاني اجر مثله لا يزاد
على نصف درهم وذكر القدوري ان هذه الرواية الصحيحة ووجهها ان الواجب في الاجارة
الفاسدة لا اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني نصف درهم لا درهم انما الدرهم
سمي في اليوم الاخر وذلك عقد اخر فلا يعتبر به وجه رواية الاصل انه اجتمع في الغد تسميتان
لان التسمية الاولى عند مجي الغد قايمة لما ذكرنا فتعتبر الاولى لمنع الزيادة والثانية لمنع
النقصان فان خاط نصفه في اليوم الاول ونصفه في الغد فله نصف المسمى لاجل خياطته في اليوم
الاول واجر المثل لاجل خياطته في الغد لا يزاد على درهم ولا ينقص عن نصف درهم وان خاطه
في اليوم الثالث فقد روي ابن سماعة عن محمد عن ابي حنيفة ان له اجر مثله لا يجاوز به
نصف درهم لان صاحب الثوب لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من النصف فتاخيره الى
اليوم الثالث اولى وان قال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلا اجر لك
ذكر محمد رحمه الله في املايه انه ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني
فله اجر مثله لا يزاد على درهم لان اسقاطه في اليوم الثاني لا ينفي وجوبه في اليوم الاول
ونفي التسمية في اليوم الثاني لا ينفي اصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد لا تسمية فيه
فيجب اجر المثل ولو قال ان خطته انت فاجرك درهم وان خاطه تلميذك فاجرك نصف
درهم فهذا والخياطة الرومية والفارسية سوا ولو استاجر دارا شهرا بعشرة دراهم
على انه ان سكنها يوما ثم خرج فعليه عشرة دراهم فهو فاسد لان المعقود عليه مجهول وهو
سكنى شهر او يوم والله اعلم ومنها ان يكون مقدور الاستيفا حقيقة وشرعا لان العقد

فيعمل بهما

لا يقع وسيلة الى العقود بدونه فلا يجوز استيجاره الا بقي لانه لا يقدر على استيفا منفعته حقيقة لكونه يجوز التسليم حقيقة ولهذا لم يجز بيعه ولا يجوز اجارة المغصوب من غير الغاصب كما لا يجوز بيعه من غيره كما قلنا لما قلنا وعلى هذا تخرج اجارة المشاع من غير الشريك انها غير جايزة عند زفر وابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي انها جايزة وجه قولهم ان الاجارة احد نوعي البيع فيعتبر بالنوع الاخر وهو بيع العين وانه جايز في المشاع كذا هذا فلو امتنع انما يمتنع لتعذر استيفا منفعته بسبب الشياع والمشاع مقدور الانتفاع بالمهاياه ولهذا جاز بيعه وكذا يجوز من الشريك او من الشركا في صفقة واحدة فكذا من الاجنبي والدليل عليه ان الشيوع الطاري لا يفسد الاجارة فكذا المقارن لان الطاري في باب الاجارة مقارن لان المعقود عليه المنفعة وانها تحدث شيا فشيا فكان كل جزء يحدث معقودا عليه مبتدا ولابي حنيفة ان منفعة المشاع غير مقدور الاستيفا لان استيفاها بتسليم المشاع والمشاع غير مقدور التسليم بنفسه لانه اسم لسهم غير معين وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة وانما يتصور تسليمه بتسليم الباقي وذلك غير معقود عليه فلا يتصور تسليمه شرعا اما قولهما انه يمكن استيفا منفعة المشاع بالتهايي فنقول لا يمكن على الوجه الذي يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالنصف في كل المدة لان التهايي بالزمان انتفاع بالكل في نصف المدة وذلك ليس بمقتضى العقد والتهايي بالمكان انتفاع بربع المستاجر في كل المدة لان نصف هذا النصف له بالملك ونصفه على طريق البدل عما في يد صاحبه وانه ليس بمقتضى العقد ايضا فاذا لا يمكن تسليم المعقود عليه على الوجه يقتضيه العقد اصلا وراسا فلا يكون المعقود مقدور الاستيفا حقيقة وشرعا ولان تجويز هذا العقد بالمهاياه يودي الى الدور لان لا مهاياة الا بعد ثبوت الملك ولا ملك الا بعد وجود العقد ولا عقد الا بعد وجود شرطه وهو القدرة على التسليم فيتعلق كل واحد بصاحبه فلا يتصور وجوده بخلاف البيع لان كون المبيع مقدور الانتفاع ليس بشرط لجواز البيع فان بيع المهر والجحش والارض السبخة جايز وان لم يكن منتفعا ولهذا يدخل الشرب والطريق في الاجارة من غير تسمية ولا يدخلان في البيع الا بالتسمية لان كون المستاجر منتفعا به بنفسه شرط صحة الاجارة ولا يمكن الانتفاع بدون الشرب والطريق بخلاف البيع واما الاجارة من الشريك فعن ابي حنيفة فيه روايتان ولين سلمنا على الرواية المشهورة فلان المعقود عليه هناك مقدور الاستيفا بدون المهاياة لان منفعة كل الدار تحدث على ملك المستاجر لكن بسببين مختلفين بعضها بسبب الملك وبعضها بسبب الاجارة وكذا الشيوع الطاري فيه روايتان عن ابي حنيفة في رواية تفسد الاجارة كالمقارن وفي رواية لا تفسد وهي الرواية المشهورة عنه ووجهها ان عدم الشيوع عنده شرط هذا العقد فليس كل ما يشترط لابتدا العقد يشترط لبقايه كالخلو عن العدة فان العدة تمنع ابتدا العقد ولا تمنع البقا كذا هذا وسوا كانت الدار كلها لرجل فاجر نصفها من رجل او كانت بين اثنين فاجر احدهما نصيبه من رجل كذا ذكر الكرخي في جامعه نصا عن ابي حنيفة ان الاجارة لا تجوز في الوجهين جميعا وذكر ابو طاهر الدباس ان اجارة المشاع انما لا تجوز عند ابي حنيفة اذا اجر الرجل بعض ملكه

فاما اذا اجر احد الشريكين نصيبه فالعقد جايز بلا خلاف لان في الصورة الاولى تقع المهاياة بين المستاجر وبين الموجر فتكون الدار في يد المستاجر مدة وفي يد الموجر مدة ولا يجوز ان يستحق الموجر الاجر مع كون الدار في يده والمهاياة في الصورة الثانية انما تقع بين المستاجر وبين غير المواجر وهذا لا يمنع استحقاق الاجر لجواز ان تكون الدار في يد غير المستاجر واجرتها عليه كما لو اعارها ثم اجرها والصحيح ما ذكره الكرخي لان ما ذكرنا من المانع يعم الوجهين وسوا كانت المستاجر محتملا القسمة او لا لان المانع من الجواز لا يوجب الفصل بينهما بخلاف الهبة فان المانع ثمه خص المحتمل للقسمة وهو ما ذكرنا في كتاب الهبة ولو اجر مشاعا يحتمل القسمة فقسم وسلم جاز لان المانع قد زال كما لو باع الجذع في السقف ثم نزع وسلم وكما لو وهب مشاعا يحتمل القسمة فقسم وسلم جاز ثم قسم وسلم فان اختصما قبل القسمة فابطل الحاكم الاجارة ثم قسم وسلم بعد ذلك لم يجز العقد لان العقد انفسخ من الاصل بابطال الحاكم فلا يحتمل الجواز الا باستيناف وتجوز اجارة الاثنين من واحد لان المنافع تدخل في يد المستاجر جملة واحدة من غير شيوع ويستوفيها من غير مهاياة ولو مات احد المواجرين حتى انفضت الاجارة في حصته لا تنتقض في حصة الحي وان صارت المشاعة وهو المسمى بالشيوع الطاري لما ذكرنا وكذا يجوز رهن الاثنين من واحد وهبة الاثنين من واحد لعدم الشيوع عند القبض وكذا تجوز اجارة الواحد من اثنين لان المنافع تخرج من ملك الاجر جملة واحدة من غير شياع ثم يثبت الشياع لضرورة تفرق ملكيهما في المنفعة وانه يوجب قسمة المنافع بالتهايي فينعدم به الشيوع ولو مات احد المستاجرين حتى انتقضت الاجارة في حصته بقيت في حصة الحي كما كانت ويجوز رهن الواحد من اثنين ايضا لان الرهن شرع وثيقة بالدين فجميع الرهن يكون وثيقة لكل واحد من المرتهنين الا ترى انه اذا قضى الراهن دين احدهما لم يكن له ان ياخذ بعض الرهن واما هبة الواحد من اثنين فانها لا تجوز عند ابي حنيفة لان الملك في باب الهبة يقع بالقبض والشيوع ثابت عند القبض وانه يمنع من القبض فيمنع من وقوع الملك على ما ذكرنا في كتاب الهبة وان استاجر ارضا فيها زرع للاجر او اجر او قصب او كرم او ما يمنع من الزراعة لم يجز لانها مشغولة بمال المواجر فلا يتحقق تسليمه فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفا وكذا لو استاجر ارضا فيها رطبة فالاجارة فاسدة لانه لا يمكن تسليمها الا بضرر وهو قطع الرطبة ولا يجبر على الاضرار بنفسه فلم تكن المنفعة مقدورة الاستيفا شرعا فلم يجز كما لو اشترى جذعا في سقف فان قلع رب الارض الرطبة فقال للمستاجر اقبض الارض فقبضها فهو جايز لان المانع قد زال فصار كمشتري الجذع في السقف اذا نزعه البايع وسلمه الى المشتري فان اختصما قبل ذلك فابطل الحاكم الاجارة ثم قلع الرطبة بعد ذلك لم يصح العقد لان العقد قد بطل بابطال الحاكم فلا يحتمل العود فان مضى من مدة الاجارة يوم او يومان قبل ان يختصما ثم قلع الرطبة فالمستاجر بالخيار ان شا قبضها على تلك الاجارة وطرح عنه ما لم يقبض وان شا لم يقبض فرق بين هذا وبين الدار اذا لم يسلمها المواجر في بعض المدة ان المستاجر لا يكون له خيار الترك ووجه الفرق ان المقصود من اجارة الارض الزراعة والزراعة لا تمكن في جميع الاوقات بل في بعض الاوقات دون بعض وتختلف بالتقديم والتاخير فالمدة المذكورة فيها يقف

بعضها على بعض ويكون الكل كمدة واحدة واذا مضى بعضها فقد تغير عليه صفة العقد
لاختلاف المقصود فكان له الخيار بخلاف اجارة الدار لان المقصود منها السكنى
وسكنى كل يوم لا تعلق له بيوم اخر فلا يقف بعض المدة فيها على بعض فلا يوجب خللا
في المقصود من الباقي فلا يثبت الخيار ولو اشترى اطراف الرطبة ثم استاجر الارض
لتبقية ذلك لم تجز الاجارة لان اصل الرطبة ملك المواجر فكانت الارض مشغولة
بملك المواجر واستيجار بقعة مشغولة بمال المواجر لا يصح لان كونها مشغولة
بماله يمنع التسليم فيمنع استيفا المعقود عليه كاستيجار ارض فيها زرع المواجر
ولو اشترى الرطبة باصلها ليقلعها ثم استاجر الارض مدة معلومة ليبقيها جاز
لان الارض هاهنا مشغولة بمال المستاجر وذا لا يمنع الاجارة كما لو استاجر ما هو
في يده وكذلك لو استاجر فيها ثمرة بثمرتها على ان يقلعها ثم استاجر الارض
فبقاها فيها جاز لما قلنا قال محمد رحمه الله وان استعار الارض في ذلك كله فهو
جائز لان المالك بالاعارة اباح الانتفاع بملكه فيجوز وعلى هذا ايضا يخرج ما ذكرنا
من استيجار الفحل للانزال واستيجار الكلب المعلم والبازي المعلم للاصطياد
انه لا يجوز لان المنفعة المطلوبة منه غير مقدور الاستيفا اذ لا يمكن اجبار الفحل
على الضراب والانزال ولا اجبار الكلب والبازي على الصيد فلم تكن المنفعة
التي هي معقود عليها مقدور الاستيفا في حق المستاجر فلم يجز وعلى هذا ايضا
يخرج استيجار الانسان للبيع والشرا انه لا يجوز لان البيع والشرا لا يتم بواحد
بل بالبايع والمشتري ولا يقدر الاجير على ايفا المنفعة بنفسه فلا يقدر
المستاجر على الاستيفا فصار كما لو استاجر رجلا ليحمل خشبة بنفسه وهو لا يقدر
على حملها بنفسه ولو ضرب لذلك مدة بان استاجره شهرا ليبيع له ويشتري
جاز لما مر وعلى هذا يخرج الاستيجار على تعليم القران والصنايع انه لا يجوز لان
الاجير لا يقدر على ايفا العمل بنفسه فلا يقدر المستاجر على الاستيفا وان شيت
افردت بجنس هذه المسايل شرطا فقلت ومنها ان يكون العمل المستاجر له مقدور
الاستيفا من العامل بنفسه ولا يحتاج فيه الى غيره وخرجت المسايل عليه
والاول اقرب الى الصناعة فافهم وعلى هذا يخرج الاستيجار على المعاصي انه لا يصح
لانه استيجار على منفعة غير مقدورة الاستيفا شرعا كاستيجار الانسان للعب
واللهو وكاستيجار المغنية والنايحة للغنا والنوح بخلاف الاستيجار لكتابة
الغنا والنوح انه جايز لان الممنوع عنه نفس الغنا والنوح لا كتابتهما وكذا لو
استاجر رجلا ليقتل له رجلا او ليسجنه او ليضربه ظلما وكذا كل اجارة وقعت
لمظلمة لانه استيجار لفعل المعصية فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفا
شرعا فان كان ذلك بحق فان استاجر انسانا ليقطع عضوا جاز لانه مقدور الاستيفا
لان محله معلوم فيمكنه ان يضع السكين عليه فيقطعه وان استاجره لقصاص
في النفس لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف ويجوز عند محمد هو يقول استيفا
القصاص بطريق مشروع هو حز الرقبة والرقبة معلومة فكان المعقود عليه
مقدور الاستيفا فاشبه الاستيجار لذبح الشاة وقطع اليد وهما يقولان ان
القطع بضرب العنق يقع على سبيل التجافي عن المضروب فربما يصيب العنق وربما
يعدل عنه الى غيره فان اصاب كان مشروعا وان عدل كان محظورا لانه يكون

مثله وانه غير مشروعة بخلاف الاستيجار على تشقيق الحطب وان كان يقع ذلك على سبيل
التجافي فكله مباح وهاهنا بخلافه فلم يكن هذا النوع من المنفعة مقدور الاستيفا
وليس كذلك القطع والذبح لان القطع يقع بوضع السكين على موضع معلوم من البدن
وهو المفصل وامراره عليه وكذلك الذبح فهو الفرق ولو استاجر ذمي من مسلم بيعة
ليصلي فيها لم يجز لانه استيجار لفعل المعصية وكذا لو استاجر ذمي من ذمي لما قلنا
وكذا ولو استاجر الذمي دارا من مسلم واراد ان يصلي فيها بغير جماعة او يتخذها مصلى
للعامة فقد ذكرنا حكمه فيما تقدم ولو استاجر ذمي مسلما ليخدمه ذكر في الاصل انه
يجوز واكره للمسلم خدمة الذمي اما الكراهة فلان الاستخدام استذلال فكان
اجارة المسلم نفسه منه اذلالا لنفسه وليس للمسلم ان يذل نفسه خصوصا بخدمة
الكافر واما الجواز فلانه عقد معاوضة فيجوز كالبيع وقال ابو حنيفة اكره ان يستاجر
الرجل امراة حرة يستخدمها ويخلو بها وكذلك الامة وهو قول ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله اما الخلوة فلان الخلوة بالمراة الاجنبية معصية واما الاستخدام فلانه لا يومن
معه الاطلاع عليها والوقوع في المعصية ويجوز الاستيجار لنقل الميتات والجيف
والنجاسات لان فيه دفع اذيتها عن الناس فلو لم تجز لتضرر بها الناس وقال ابن رستم
عن محمد انه قال لا باس باجرة الكناس ارايت لو استاجره ليخرج حمارا ميتا اما يجوز
ذلك ويجوز الاستيجار على نقل الميت الكافر الى المقبرة لانه جيفة فيدفع اذيتها
عن الناس كساير الانجاس واما الاستيجار على نقله من بلد الى بلد فقد قال محمد ابتلينا
بمسالة ميت مات من المشركين فاستاجروا له من يحمله الى موضع فيدفنه فيه
غير الموضع الذي مات فيه اراد بذلك اذا استاجروا له من ينقله من بلد الى بلد
فقال ابو يوسف لا اجر له وقلت انا ان كان الحمال الذي حمله يعلم انه جيفة
فلا اجر له وان لم يعلم فله الاجر وجه قوله ان الاجير اذا علم انه جيفة فقد
نقل ما لا يجوز له نقله فلا يستحق الاجر واذا لم يعلم فقد غروه بالتسمية والغرور
يوجب الضمان ولابي يوسف ان الاصل ان لا يجوز نقل الجيفة وانما رخص نقلها
للضرورة وهي ضرورة دفع اذيتها ولا ضرورة في النقل من بلد الى بلد فبقي على اصل
الحرمة كنقل الميتة من بلد الى بلد ومن استاجر حمالا يحمل له الخمر فله الاجر في قول
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا اجر له كذا ذكر في الاصل الجامع الصغير انه
يطيب له الاجر في قول ابي حنيفة وعندهما يكره لهما ان هذه اجارة على المعصية
لان حمل الخمر معصية لكونه اعانة وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان
ولهذا لعن الله في الخمر عشرة منهم حاملها والمحمول اليه ولابي حنيفة ان نفس
الحمل ليس بمعصية بدليل ان حملها للاراقة والتخلل مباح وكذا ليس بسبب
للمعصية وهو الشرب لان ذلك يحصل بفعل فاعل وليس الحمل من ضرورات الشرب
فكان سببا محضا فلا حكم له كعصر العنب وقطفه والحديث محمول على الحمل
بنية الشرب وبه نقول لان ذلك معصية ويكره اكل اجرته فلا تجوز اجارة
الاما للزنا لانها اجارة على المعصية وقيل فيه نزل قوله تعالى ولا تكرهوا فتياتكم
على البغا ان اردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا وروي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البغي وهو اجر الزانية على الزنا وتجوز الاجارة
للحجامة واخذ الاجر عليها لان الحجامة امر مباح وما ورد من النهي عن كسب الحجام

وسلم

فهو محمول على الكرامة لدناة الفعل للدليل عليه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
لما قال ذلك اتاه رجل من الانصار فقال ان لي حجاما وناضحا افاعلف واضحي من كسبه
قال نعم وروي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام دينارا ولا يجوز استيجار الرجل
اباه ليخدمه لانه مامور بتعظيم ابيه وفي الاستخدام استخفاف به فكان حراما
فكان هذا استيجارا على المعصية وسوا كان الاب حرا او عبدا استاجره ابنه من
مولاه ليخدمه انه لا يجوز استخدام الاب حرا كان او عبدا وسوا كان الاب
مسلما او ذميا لان تعظيم الاب واجب وان اختلف الدين قال الله تعالى وصاحبهما
في الدنيا معروفا وهذا في الابوين الكافرين لانه معطوف على قوله تعالى وان جاهداك
على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا وان شيت
افردت بجنس هذه المسايل شرطا وخرجتها عليه فقلت ومنها ان تكون المنفعة
مباح الاستيفا فان كان محظور الاستيفا لم تجز الاجارة لكن في هذا شبهة التداخل
في الشروط والصناعة تمنع من ذلك وعلى هذا تخرج ما اذا استاجر رجلا على العمل
في شي هو فيه شريكه نحو ما اذا كان بين اثنين طعام فاستاجر احدهما صاحبه على
ان يحمل نصيبه الى مكان معلوم والطعام غير مقسوم فحمل الطعام كله او استاجر
غلام صاحبه او دابة صاحبه على ذلك انه لا يجوز هذه الاجارة عند اصحابنا واذا
حمل لا اجر له وعند الشافعي هذه الاجارة جايزة واذا حمل له الاجر وجه قوله
ان الاجير بايع نصف منفعة الحمل الشايع من شريكه لان الاجارة بيع المنفعة فتصح
في الشايع كبيع العين وهذا لان عمله وهو الحمل وان صادف محلا مشتركا وهو لا
يستحق الاجرة بالعمل في نصيب نفسه يستحقها بالعمل في نصيب شريكه ولنا
انه اجر ما لا يقدر على ايفايه لتعذر تسليم الشايع بنفسه فلم يكن المعقود
مقدور الاستيفا وانما لا يجب الاجر اصلا لانه لا يتصور استيفا المعقود عليه
اذ لا يتصور حمل نصف الطعام شايعا ووجوب اجر المثل يقف على استيفا
المعقود عليه فلم يوجد فلا يجب بخلاف ما اذا استاجر من رجل بيتا ليضع
فيه طعاما مشتركا بينهما او سفينة او جوالقا ان الاجارة جايزة لان التسليم
ثمه يتحقق بدون الوضع بدليل انه لو سلم السفينة والبيت والجوالق ولم
يضع وجب الاجر وها هنا لا يتحقق بدون العمل وهو الحمل والمشاع غير مقدور
الحمل بنفسه وذكر ابن سماعة عن محمد في طعام بين رجلين ولاحدهما سفينة واراد
ان يخرجا الطعام من عندهما الى بلد اخر فاستاجر احدهما نصف سفينة صاحبه
او ارادا ان يطحنا الطعام فاستاجر احدهما نصف الرحا الذي عليه لشريكه
او استاجر انصاف جوالقه ليحمل عليه الطعام الى مكة فهو جايز وعلى هذا قول
من يجيز اجارة المشاع والاصل ان كل موضع لا يستحق فيه الاجرة الا بالعمل
لا تجوز الاجارة فيه على العمل في محل مشترك وما يستحق فيه الاجرة من غير عمل
تجوز الاجارة فيه بوضع العين المشتركة في المستاجر وفقه هذا الاصل ما
ذكرنا ان ما لا يجب الاجرة فيه الا بالعمل فلا بد من امكان ايفا العمل ولا يمكن
في العين المشتركة فلا يكون المعقود عليه مقدور التسليم فلا يكون مقدور
الاستيفا فلم تجز الاجارة وما لا يقف وجوب الاجارة فيه على العمل كان
المعقود عليه مقدور التسليم والاستيفا بدونه فتجوز الاجارة وعلى هذا

يخرج

يخرج ما اذا استاجر رجلا على ان يحمل له طعاما بعينه الى مكان معلوم بقفيز منه او استاجر
غلامه او دابته على ذلك انه لا يصح لانه لو صح لبطل من حيث صح لان الاجير يصير شريكا باول
جزء من العمل وهو الحمل فكان عمله بعد ذلك فيما هو شريك فيه وذا لا يجوز لما بينا واذا حمل
له اجر مثله لانه استوفى المنافع بعقد فاسد فيجب اجر المثل ولا يجاوز به قفيزا لان الواجب
في الاجارات الفاسدة اقل من المسمى ومن اجر المثل لما نذكر في بيان حكم الاجارة الفاسدة
ان شا الله تعالى ومنها ان لا يكون العمل المستاجر له فرضا ولا واجبا على الاجير قبل
الاجارة فان كان فرضا او واجبا قبل الاجارة لم تصح الاجارة لان من اتى بعمل مستحق عليه
لا يستحق الاجرة كمن قضى دينا عليه ولهذا قلنا ان الثواب على العبادات والقرب والطاعات
افضال من الله تعالى غير مستحق عليه لان وجوبها على العبد بحق العبودية لمولاه لان
خدمة المولى على العبد مستحقة وبحق شكر النعم السابقة لان شكر النعمة
واجب عقلا وشرعا ومن قضى حقا مستحقا عليه لغيره لا يستحق قبله الاجرة كمن
قضى دينا عليه في الشاهد وعلى هذا يخرج الاستيجار على الصوم والصلاة والحج انه
لا يصح لانها من فروض الاعيان ولا يصح الاستيجار على تعليم العلم لانه فرض عين ولا على
تعليم القران عندنا وقال الشافعي الاجارة على تعليم القران جايزة لانه استيجار
لعمل معلوم ببدل معلوم فيجوز ولنا انه استيجار لعمل مفروض فلا يجوز كالاستيجار
للصوم والصلاة ولانه غير مقدور الايفا في حق الاجير لتعلقه بالمتعلم فاشبه الاستيجار
لحمل خشبة لا يقدر على حملها بنفسه وقد روي ان ابي بن كعب رضي الله عنه اقرا
رجلا فاعطاه قوسا فسال النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال اتحب ان يقوسك
الله تعالى بقوس من نار قال لا فقال عليه السلام فرده ولا على الجهاد لانه فرض عين
عند عموم النفير وفرض كفاية في غير تلك الحالة واذا شهد الوقعة فيتعين عليه
فيقع عن نفسه وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل من يغزوا
من امتي وياخذ الجعل عليه كمثل ام موسى ترضع ولدها وتاخذ عليه اجرا ولا على
الاذان والاقامة لانها واجبة وقد روي عن عثمن ابن ابي العاص الثقفي رضي
الله عنه انه قال اخر ما عهد الي رسول الله صلى الله عليه وسلم ان اصلي بالقوم
صلاة اضعفهم وان اتخذ موذنا لا ياخذ على الاذان اجرا ولان الاستيجار على الاذان
والاقامة والامامة وتعليم العلم والقران سبب لتنفير الناس عن الصلاة بجماعة
وعن تعلم العلم والقران لثقل الاجر يمنعهم عن ذلك ولهذا اشار الرب جل جلاله
وعلى في قوله تعالى ام تسالهم اجرا فهم من مغرم مثقلون فيودي الرغبة عن هذه
الطاعات وهذا لا يجوز وقال تعالى وما تسالهم عليه من اجر اي على ما يبلغ اليهم اجرا
وهو كان يبلغ بنفسه وبغيره الا فليبلغ الشاهد الغايب فكان كل معلم مبلغا
فاذا لم يجز له اخذ الاجر على ما يبلغ بنفسه لما قلنا فكذا لمن يبلغ بامره لان ذلك
تبليغ منه معنى ويجوز الاستيجار على تعليم اللغة والادب لانه ليس بفرض ولا واجب
وكذا الاستيجار على غسل الميت ذكره في الفتاوي لانه واجب ويجوز الاستيجار على
حفر القبور واما على حمل الجنازة فذكر في بعض الفتاوي انه جايز على الاطلاق وفي بعضها
انه ان كان يوجد غيرهم يجوز وان كان لا يوجد غيرهم لا يجوز لان الحمل عليهم واجب
وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر الرجل ابنه وهو حر بالغ ليخدمه انه لا يجوز لان خدمة
الاب الحر واجبة على الابن الحر فان كان الولد عبدا والاب حرا فاستاجر ابنه من

مولاه جاز لانه اذا كان عبدا لا يجب عليه خدمة الاب وكذلك الابن مكاتبا لانه
لا يلزمه خدمة ابيه فكان كالاجنبي ولو استاجر امراته لتخدمه كل شهر باجر مسمى
لم يجز لان خدمة البيت عليها فيما بينها وبين الله تعالى لما روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم قسم الاعمال بين علي وفاطمة رضي الله عنهما فجعل ما كان داخل البيت على
فاطمة وما كان خارج البيت على علي رضي الله عنهما فكان هذا استيجارا على عمل واجب
فلم يجز ولانها تنتفع بخدمة البيت والاستيجار على عمل ينتفع به الاجير غير جايز ولا
يجوز استيجار الزوجة على رضاع ولده منها لان ذلك استيجار على خدمة الولد
وانما اللبن يدخل فيه تبعا على ما ذكرنا فكان استيجارا على امر عليها فيما بينها وبين الله
تعالى ولان الزوجة مستحقة النفقة على زوجها واجرة الرضاع تجري مجرى النفقة
فلا تستحق نفقتين على زوجها حتى لو كان للولد مال فاستاجرها لارضاع ولدها
منه من مال الولد جاز كذا روى ابن رستم عن محمد لانه لا نفقة لها على الولد فلا
يكون فيه استحقاق نفقتين ولو استاجر لولده من ذوات الرحم المحرم اللاتي لهن
حضانته جاز لانه ليس عليهن خدمة البيت ولا نفقة لهن على اب الولد ويجوز
استيجار الزوجة لارضاع ولده من غيرها لانه ليس عليها خدمة ولد غيرها ولو
استاجر على رضاع ولده خادم امه فخادمها بمنزلتها فما جاز فيها جاز في خادمها
وما لم يجز فيها لم يجز في خادمها لانها هي المستحقة لنفقة خادمها فصار كنفقتها
وكذا مدبرتها لانها تملك منافعها فان استاجر مكاتبتها جاز لانها لا تملك منافع
المكاتبة فكانت كالاجنبية ولو استاجرت المراة زوجها ليخدمها في البيت
باجر مسمى فهو جايز لان خدمة البيت غير واجبة على الزوج فكان هذا استيجارا
على امر غير واجب على الاجير وكذلك لو استاجرته لرعي غنمها لان رعي الغنم
لا يجب على الزوج وان شيت عبرت عن هذا فقلت ومنها ان لا ينتفع الاجير
بعمله فان كان ينتفع به لم يجز لانه حينيذ يكون عاملا لنفسه فلا يستحق
الاجر ولهذا قلنا ان الثواب على الطاعات من طريق الافضال لا الاستحقاق
لان العبد فيما يعمله من القربات والطاعات عامل لنفسه قال الله تعالى
من عمل صالحا فلنفسه ومن عمل لنفسه لا يستحق الاجر على غيره وعلى هذه العبارة
ايضا يخرج الاستيجار على الطاعات فرضا كانت او واجبة او تطوعا لان
الثواب موعود للمطيع على الطاعة فينتفع الاجير بعمله فلا يستحق الاجر
وعلى هذا يخرج ما اذا استاجر رجلا ليطحن له قفيزا من حنطة بربع من دقيقها
او ليعصر له قفيزا من سمسم بجزء معلوم من دهنه انه لا يجوز لان الاجير
ينتفع بعمله من الطحن والعصر فيكون عاملا لنفسه وقد روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان ولو دفع الى حايك غزلا لينسجه بالنصف
فالاجارة فاسدة لان الحايك ينتفع بعمله وهو الحياكة وكذا هو في معنى قفيز الطحان
فكان الاستيجار عليه منهيا واذا حاكه فللحايك اجر مثل عمله لاستيفايه المنفعة
باجارة فاسدة وبعض مشايخ بلخ جوز هذه الاجارة وهو محمد بن سلمة ونصر بن يحيى
ومنها ان تكون المنفعة مقصودة معتادا استيفاوها بعقد الاجارة ويجري
بها التعامل لانه عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل
للناس فيه فلا يجوز استيجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستظلال بها

لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر واذا اشترى ثمرة شجرة ثم استاجر الشجرة
لتبقيه ذلك فيه لم يجز لانه لا يقصد من الشجر هذا النوع من المنفعة وهو
تبقية الثمر عليها فلم تكن منفعة مقصودة عادة وكذا لو استاجر الارض التي فيها
ذلك الشجر يصير مستاجرة باستيجار الارض ولا يجوز استيجار الشجر وقال
ابو يوسف اذا استاجر ثيابا ليبسطها في بيت يتزين بها ولا يجلس عليها فالاجارة
فاسدة لان بسط الثياب من غير استعمال ليس منفعة مقصودة عادة وقال عمرو
عن محمد في رجل استاجر دابة ليجنبها يتزين فلا اجر عليه لان قود الدابة
للتزين ليس بمنفعة مقصودة ولا يجوز استيجار الدراهم والدنانير لتزين
الحانوت ولا استيجار العود والمسك وغيرهما من المشمومات للشم لانه ليس
بمنفعة مقصودة الا ترى انه لا يعتاد استيفاوها بعقد الاجارة والله الموفق
واما الذي يرجع الى محل المعقود عليه فهو ان يكون مقبوض المواجر اذا كان منقولا
فان لم يكن في قبضه فلا تصح اجارته لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما لم يقبض
والاجارة نوع بيع فيدخل تحت النهي ولان فيه غرر انفساخ العقد لاحتمال هلاك
المبيع قبل القبض فينفسخ البيع فلا تصح الاجارة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن بيع فيه غرر وان لم يكن منقولا فهو على الاختلاف المعروف في بيع العين انها
تجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا تجوز عند محمد وقيل في الاجارة لا تجوز بالاجماع
واما الذي يرجع الى ما يقابل المعقود عليه وهو الاجرة فالاجرة في الاجارات معتبرة
بالثمن في البياعات لان كل واحد من العقدين معاوضة المال بالمال فما يصلح
ثمنا في البياعات يصلح اجرة في الاجارات وما لا فلا وهو ان تكون الاجرة مالا متقوما
معلوما وغير ذلك مما ذكرناه في كتاب البيوع والاصل شرط العلم بالاجرة قول
النبي صلى الله عليه وسلم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره والعلم بالاجرة لا يحصل
الا بالاشارة والتعيين او بالبيان وجملة الكلام فيه ان الاجر لا يخلو اما
ان كان شيا بعينه واما ان كان بغير عينه فان كان بعينه فانه يصير معلوما
بالاشارة ولا يحتاج فيه الى ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر سواء كان مما
يتعين بالتعيين او مما لا يتعين كالدراهم والدنانير ويكون تعيينها كناية
عن ذكر النوع والجنس والصفة والقدر على اصل اصحابنا الا ان المشار اليه
اذا كان مما له حمل ومونة يحتاج الى بيان مكان الايفاء عند ابي حنيفة وان
كان بغير عينه فان كان مما يثبت دينا في الذمة في المعاوضات المطلقة
كالدراهم والدنانير والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة
والثياب لا يصير معلوما الا ببيان الجنس والنوع من ذلك الجنس والصفة والقدر
الا ان في الدراهم والدنانير اذا لم يكن في البلد الا نقد واحد ووزن واحد لا
يحتاج فيها الى ذكر النوع والوزن ويكتفى بذكر الجنس ويقع على نقد البلد ووزن
البلد وان كان في البلد نقود مختلفة يقع على النقد الغالب وان كان فيه
نقود غالبة لا بد من البيان فان لم يبين فسد العقد ولا بد من بيان مكان
الايفاء فيما له حمل ومونة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا
يشترط ذلك ويتعين مكان العقد للايفاء وقد ذكرنا المسالة في كتاب البيوع
وهل يشترط الاجل ففي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة لا يشترط

لان هذه الاشيا كما تثبت دينا في الذمة موجلا بطريق السلم تثبت دينا في الذمة مطلقا
لا بطريق السلم بل بالقرض فكان لثبوتها اجلان فان ذكر الاجل جاز وثبت الاجل كالسلم
وان لم يذكر جاز كالقرض واما في الثياب فلابد من الاجل لانها لا تثبت دينا في الذمة
الا موجلا فكان لثبوتها اجل واحد وهو السلم فلابد فيها من الاجل وهو السلم وان
كان مما لا يثبت دينا في الذمة في عقود المعاوضات المطلقة كالحيوان فانه لا يصير
معلوما بذكر الجنس والنوع والصفة والقدر الا ترى انه لا يصلح ثمنا في البياعات
فلا يصلح اجرة في الاجارات وحكم التصرف في الاجرة قبل القبض اذا وجبت في الذمة
حكم التصرف في الثمن قبل القبض اذا كان دينا وقد بينا ذلك في كتاب البيوع
واذا لم يجب بان لم يشترط فيها التعجيل فحكم التصرف نذكره في بيان حكم الاجارة
ان شا الله تعالى وما كان منها عينا مشارا اليها فحكمها حكم الثمن اذا كان عينا
حتى لو كان منقولا لا يجوز التصرف فيه قبل القبض وان كان عقارا فعلى الاختلاف
المعروف في البيوع انه يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز
وهي مسايل البيوع ولو استاجر عبدا باجر معلوم وبطعامه او استاجر دابة
باجر معلوم وبعلفها لم يجز لان الطعام او العلف يصير اجرة وهو مجهول
فكانت الاجرة مجهولة والقياس في استيجار الظير بطعامها وكسوتها انه لا يجوز
وهو قول ابي يوسف ومحمد لجهالة الاجرة وهي الطعام والكسوة الا ان ابا
حنيفة استحسن الجواز بالنص وهو قوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن
بالمعروف من غير فصل بينما اذا كانت الوالدة منكوحة او مطلقة وقوله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك اي الرزق والكسوة وذلك يكون بعد موت المولود
له وقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم
ما اتيتم بالمعروف نفى الجناح عن الاسترضاع مطلقا وقولهما الاجرة مجهولة
مسلم لكن الجهالة لا تمنع صحة العقد لعينها بل لافضايها الى المنازعة وجهالة
الاجرة في هذا الباب لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت بالمسامحة
مع الاظار والتوسع عليهن شفقة على الاولاد فاشبهت جهالة القفيز من
الصبرة ولو استاجر دارا باجرة معلومة وشرط الاجر تطيين الدار ومرمتها
او تعليق باب عليها او ادخال جذع في سقفها على المستاجر فالاجارة فاسدة
لان المشروط يصير اجرة وهو مجهول فتصير الاجرة مجهولة وكذا اذا اجر
ارضا وشرط كري نهرها وحفر بيرها او ضرب مسناة عليها لان ذلك كله على الموجر
فاذا شرط على المستاجر فقد جعله اجرة وهو مجهول فصارت الاجرة مجهولة
ومنها ان تكون الاجرة مجهولة منفعة هي من جنس المعقود عليه كاجارة السكنى
بالسكنى والخدمة بالخدمة والركوب بالركوب والزراعة بالزراعة
حتى لا يجوز شي من ذلك عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط ويجوز هذه
الاجارة وان كانت الاجرة من خلاف الجنس جاز كاجارة السكنى بالخدمة
والخدمة بالركوب ونحو ذلك والكلام فرع الكلام في كيفية انعقاد هذا
العقد فعندنا ينعقد شيا فشيا على حسب حدوث المنفعة فلم تكن كل
واحدة من المنفعتين معينة بل هي معدومة وقت العقد فيتاخر قبض
احد المستاجرين فيتحقق ربوا النسا والجنس بانفراده يحرم النسا عندنا

كالسلام

15

كالسلام الهروي في الهروي والى هذا اشار محمد رحمه الله فيما حكى ابن سماعة كتب اليه
يساله عن هذه المسلة انه كتب اليه في الجواب انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة وجالست
الحبائي فكانت منك زلة اما علمت ان بيع السكنى بالسكنى كبيع الهروي بالهروي
بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة لان الربوا لا يتحقق في جنسين وعند الشافعي
منافع المدة تجعل موجودة وقت العقد كانها اعيان قايمة فلا يتحقق معنى النسية
فلو تحقق فالجنس بانفراده لم يحرم النسا عنده وتعليل من علل في هذه المسلة ان
هذا في معنى بيع الدين بالدين لان المنفعتين معدومتان وقت العقد فكان بيع الكالي
بالكالي غير سديد لان الدين اسم لموجود في الذمة اخر بالاجل المضروب بتغيير
مقتضى مطلق العقد فاما ما لا وجود له وتاخر وجوده الى الوقت فلا يسمى دينا
وحقيقة الفقه في المسلة ما ذكر امام الهدى الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمه الله
وهي ان الاجارة عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة تقع عند اتحاد
الجنس فبقي على اصل القياس والحاجة تتحقق عند اختلاف الجنس فتجوز ويستوي
في ذلك العبد والامة حتى لو استاجر عبدا ليخدمه شهرا بخدمة شهرا بخدمة
امة لاتحاد جنس المنفعة ثم في اجارة الخدمة بالخدمة اذا خدم احدهما ولم يخدمه
الاخر روي عن ابي يوسف انه لا اجرة عليه وذكر الكرخي وقال الظاهر ان له اجر
المثل وجه رواية ابي يوسف انه لما قابل المنفعة بجنسها ولم تصح هذه المقابلة
فقد جعل بازا المنفعة ما لا قيمة له فكان راضيا ببدل بلا بدل ووجه ما ذكره
الكرخي انه استوفى المنافع بعقد فاسد والمنافع تتقوم بالعقد الصحيح والفاسد
لما نذكره بحققه انها تتقوم بالعقد الفاسد الذي لم يذكر فيه بدل راسا بان
استاجر شيا ولم يسم عوضا اصلا فاذا سمى العوض وهو المنفعة اولى وقالوا في
عبد مشترك بين اثنين تهايا الشريكان فيه الخدمة فخدم احدهما يوما ولم يخدم الاخر
انه لا اجر له لان هذا ليس بمبادلة بل هو افراز ويجوز استيجار العبد بين لعملين
مختلفين كالخياطة والصباغة لان الجنس قد اختلف وذكر الكرخي في الجامع
اذا كان عبد بين اثنين اجر احدهما نصيبه من صاحبه يخيط معه شهرا
على ان يخيط بصوغ نصيبه في الشهر الداخل ان هذا لا يجوز في العبد الواحد
وان اختلف وانما يجوز في العملين المختلفين اذا كانا في عبدين لان هذه مهاياة
منهما لانهما فعلا ما يستحق عليهما من غير اجارة والمهاياة من شرط جوازها ان تقع على
المنافع المطلقة فاما ان يعين احد الشريكين على الاخر المنفعة فلا يجوز والله اعلم
واما الذي يرجع الى ركن العقد فخلوه عن شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه
حتى لو اجر داره على ان يسكنها شهرا ثم يسلمها الى المستاجر او ارضا على ان
يزرعها ثم يسلمها اليه او دابة على ان يركبها شهرا او ثوبا على ان يلبسه شهرا
ثم يسلم الى المستاجر فالاجارة فاسدة لان هذا شرط لا يقتضيه العقد
وانه شرط لا يلايم العقد وزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض
في معاوضة المال بالمال يكون ربوا او فيها شبهة الربوا وكل ذلك مفسد للعقد
وعلى هذا ايضا يخرج شرط تطيين الدار واصلاح ميزابها وما وهي منها واصلاح
بير الما والبالوعة والمخرج وكري الانهار في اجارة الارض وطعام العبد
وعلف الدابة في اجارة العبد والدابة ونحو ذلك لان ذلك كله شرط يخالف

كان فاسدا صح

العمل صح

مقتضي العقد ولا يلايمه وفيه منفعة لاحد العاقدين وذكر في الاصل انه اذا استاجر دارا
مدة معلومة باجرة مسماة على ان لا يسكنها فالاجارة فاسدة ولا اجر على المستاجر ان لم يسكنها
وان سكنها فعليه اجر مثلها لا تنقص مما سمي اما فساد العقد فظاهر لان شرط ان لا يسكن
شرط نفي موجب العقد وهو الانتفاع بالمعقود عليه وانه شرط يخالف مقتضي العقد
ولا يلايم العقد فكان شرطا فاسدا واما عدم وجوب الاجر اسا ان لم يسكن ووجوب
اجر المثل ان سكن فظاهر ايضا لان اجر المثل في الاجارات الفاسدة انما تجب باستيفا
المعقود عليه لا بنفس التسليم وهو التخلية كما في النكاح الفاسد لان التخلية هي
التمكين وانه لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فاشبه المنع
الحسي من العباد وهو الغصب بخلاف الاجارة الصحيحة لانه لا منع هناك فتحقق
التسليم فان لم ينتفع به المستاجر فقد اسقط حق نفسه في المنفعة فلا يسقط
حق الاجر في الاجر واذا اسكن فقد استوفي المعقود عليه بعقد فاسد وانه
يوجب اجر المثل واما قوله لا ينقص من المسمي ففيه اشكال لانه قد صح من مذهب
اصحابنا الثلاثة ان الواجب في الاجارة الفاسدة بعد استيفا المعقود عليه
الاقل من المسمي ومن اجر المثل اذا كان الاجر مسمي وقد قال في هذه المسئلة انه لا
ينقص من المسمي من المشايخ من قال المسئلة مأولة تاويلها انه لا ينقص من
المسمي اذا كان اجر المثل والمسمي واحدا ومنهم من اجري الرواية على ظاهرها
فقال ان العاقدين لم يجعلا المسمي بمقابلة المنافع حيث شرط المستاجر ان لا
يسكن ولا نفا التسليم لما ذكرنا انه لا يتحقق مع فساد العقد فاذا سكن فقد
استوفي منافع ليس في مقابلتها بدل فيجب اجر المثل بالغا ما بلغ كما اذا لم يكن في العقد
تسمية اصلا الا انه قال لا ينقص من المسمي لان المستاجر رضي بالمسمي بدون الانتفاع
فعند الانتفاع اولي ولو اجر داره او ارضه او عبده او دابته وشرط تسليم
المستاجر جاز لان تسليم المستاجر من مقتضيات العقد الا تري انه
يثبت بدون الشرط فكان هذا شرطا مقررا مقتضي العقد لا مخالفا له فصار
كما لو اجره على ان يملك المستاجر منفعة المستاجر ولو اجر بشرط تعجيل الاجرة
وشرط على المستاجر ان يعطيه بالاجرة رهنا او كفيلا جاز اذا كان الرهن معلوما
والكفيل حاضرا لان هذا شرط يلايم العقد وان كان لا يقتضيه لما ذكرنا في البيوع
فيجوز كما في بيع العين واما شرط اللزوم فنوعان نوع هو شرط انعقاد العقد
لازما من الاصل ونوع هو شرط بقايه على اللزوم اما الاول فانواع منها
ان يكون العقد صحيحا لان العقد الفاسد غير لازم بل هو مستحق القبض والفسخ رفعا
للفساد حقا للشرع فضلا عن الجواز ومنها ان لا يكون عيب وقت العقد
او وقت القبض يخل بالانتفاع به فان كان لم يلزم العقد حتي قالوا في العبد
المستاجر للخدمة اذا ظهر انه سارق له ان يفسخ الاجارة لان السلامة مشروطة
دلالة فيكون كالمشروط نصا كما في بيع العين ومنها ان يكون المستاجر مري
المستاجر حتي لو استاجر دارا لم يرها ثم راها فلم يرض بها له ان يردها لان
الاجارة بيع المنفعة فيثبت فيها خيار الروية كما في بيع العين فان رضي بها
بطل خياره كما في بيع العين واما الثاني فنوعان احدهما سلامة المستاجر عن
حدوث عيب به يخل بالانتفاع به فان حدث به عيب يخل بالانتفاع به لم يبق

العقد

عن صح

العقد لازما حتي لو استاجر عبدا يخدمه او دابة يركبها او دارا يسكنها فمرض العبد
او عرجت الدابة او انهدم بعض بنا الدار فالمستاجر بالخيار ان شا مضي على الاجارة
وان شا فسخ بخلاف البيع اذا حدث بالمبيع عيب بعد القبض انه ليس للمشتري ان
يرده لان الاجارة بيع المنفعة والمنافع تحدث شيا فشيا فكان كل جزء من اجزا
المنافع معقودا عليه مبتدا فاذا حدث العيب بالمستاجر كان هذا عيبا حدث
بعد العقد قبل القبض وهذا يوجب الخيار في بيع العين كذا في الاجارة ولا فرق
بينهما من حيث المعني واذا ثبت الخيار للمستاجر فان لم يفسخ ومضي على ذلك
الي تمام المدة فعليه كال الاجر لانه رضي بالمعقود عليه مع العيب فيلزمه جميع
البدل كما في بيع العين اذا اطلع المشتري على عيب فرضي به وان زال العيب
قبل ان يفسخ بان صح العبد وزال العرج عن الدابة وبني المواجر ما سقط من الدار
بطل خيار المستاجر لان الموجب للخيار قد زال والعقد قايم فيزول الخيار
هذا اذا كان العيب مما يضر بالانتفاع بالمستاجر فان كان لا يضر بالانتفاع به
بقي العقد لازما ولا خيار للمستاجر كالعبد اذا ذهبت احدي عينيه
وذلك لا يضر بالخدمة او سقط شعره او سقط من الدار المستاجرة حايط
لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة لا على العين اذ الاجارة بيع
المنفعة لا بيع العين ولا نقصان في المنفعة بل في العين والعين غير معقود
عليها في باب الاجارة وتغير غير المعقود عليه لا يوجب الخيار بخلاف ما اذا كان
العيب الحادث مما يضر بالانتفاع لانه اذا كان يضر بالانتفاع فالنقصان
يرجع الي المعقود عليه فاوجب الخيار فله ان يفسخ ثم انما يلي الفسخ اذا كان المواجر
حاضرا فان كان غايبا فحدث بالمستاجر ما يوجب حق الفسخ فليس للمستاجر ان يفسخ
لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين او من يقوم مقامهما وقال هشام
عن محمد في رجل استاجر ارضا سنة يزرعها شيا ذكره فزرعها فاصاب الزرع افة
من برد وغيره فذهب به وقد تاخر وقت زراعة ذلك النوع فلا يقدر ان يزرع قال
ان اراد ان يزرع غيره مما ضرره على الارض اقل من ضرره او مثل ضرره فله ذلك والا
فسخت عليه الاجارة والزمته اجر ما مضي لانه اذا عجز عن زراعة ذلك النوع
كان استيفا الاجارة اضرارا به واذا نقص الما عن الرحا حتي صار يطحن اقل من نصف
طحنه فذلك عيب لانه لا يقدر على استيفا العقد الا بضرر وهو نقصان الانتفاع
ولو انهدمت الدار كلها او انقطع الشرب عن الارض فقد اختلفت اشارة
الروايات فيه ذكر في بعضها ما يدل على ان العقد ينفسخ فانه ذكر في اجارة
الاصل اذا سقطت الدار كلها فله ان يخرج كان صاحب الدار شاهدا او غايبا
فهذا دليل الانفساخ حيث جوز للمستاجر الخروج من الدار مع غيبة المواجر ولو لم
تنفسخ لوقف جواز الفسخ على حضوره والوجه فيه ان المنفعة المطلوبة من الدار
قد بطلت بالسقوط اذ المطلوب منها الانتفاع بالسكني وقد بطل ذلك فقد هلك
المعقود عليه فينفسخ العقد فقد ذكر في بعضها ما يدل على ان العقد لا ينفسخ
لكن يثبت حق الفسخ فانه ذكر في كتاب الصلح اذا صالح على سكني دار فانهدمت
لم ينفسخ الصلح وروي هشام عن محمد فيمن استاجر بيتا وقبضه ثم انهدم
فبناه الاخر فقال المستاجر بعد ما بناه لا حاجة لي فيه قال محمد ليس للمستاجر

المستاجر

ذلك وكذلك لو قال اخذه وابى الاخر ليس للاجر ذلك وهذا يجري مجرى النص على ان الاجارة
لم تنفسخ ووجهه ان الدار بعد الانهدام بقيت منتفعا بها منفعة السكنى في الجملة
بان يضرب فيها خيمة فلم يفت المعقود عليه راسا فلا ينفسخ العقد على انه ان فات كله لكن
فات على وجه يتصور عوده وهذا البقا العقد كمن اشترى عبدا فابق قبل القبض
والاصل فيه ان العقد المنعقد بيقين يبقى لتوهم الفايدة لان الثابت بيقين لا يزال
بالشك كما ان غير الثابت لا يثبت بالشك وذكر القدوري وقال الصحيح ان العقد
ينفسخ لما ذكرنا ان المنفعة المطلوبة من الدار قد بطلت وضرب الخيمة في الدار ليس
بمنفعة مطلوبة من الدار عادة فلا يعتبر بقاوه لبقا العقد وقال فيما ذكر محمد
في البيت اذا بناه المواجر انه لما بناه تبين ان العقد لم ينفسخ حقيقة وان حكم
بفسخه ظاهرا فيجبر على التسليم والقبض وليس يمتنع الحكم بانفساخ عقد في الظاهر
مع التوقف في الحقيقة كمن اشترى شاة فماتت في يد البايع فدبغ جلدها انه يحكم
ببقا العقد بعد الحكم بانفساخه ظاهرا بموت الشاة كذا هاهنا واذا بقي العقد
يجبر على التسليم والتسلم وقبل البنا لا يعلم ان العقد لم ينفسخ حقيقة فيجب العمل
بالظاهر وذكر محمد رحمه الله في السفينة اذا نقضت وصارت الواحا ثم بناها
المواجر انه لا يجبر على تسليمها الى المستاجر فقد فرق بين السفينة وبين البيت
ووجه الفرق ان العقد في السفينة قد انفسخ حقيقة لان الاصل فيها الصناعة وهي
التركيب والالواح تابعة للصناعة بدليل ان من غصب خشبة فعملها سفينة
ملكها فكان تركيب الالواح بمنزلة اتخاذ سفينة اخرى فلم يجبر على تسليمها الى
المستاجر بخلاف الدار لان عرصة الدار ليست بتابعة للبنا بل العرصة فيها
اصل فاذا بناها فقد بقيت تلك الدار بعينها فيجبر على التسليم وقال محمد فيمن استاجر رحا
ما بسنة فانقطع الما بعد ستة اشهر فامسك الرحا حتى مضت السنة فعليه
الاجرة لستة الماضية ولا شي عليه لما بقي لان منفعة الرحا قد بطلت فانفسخ العقد
قال فان كان البيت ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقي شي من
المعقود عليه له حصة بالعقد فاذا استوفاه لزمه حصته فان سلم المواجر
الدار الا بيتا منها ثم منعه رب الدار او غيره بعد ذلك من البيت فلا اجر على
المستاجر في البيت لانه استوفى بعض المعقود عليه دون بعض فلا يكون عليه
حصة ما لم يستوف وللمستاجر ان يمتنع من قبول الدار بغير البيت وان
يفسخ الاجارة اذا حدث ذلك بعد قبضه لان الصفقة تفرقت في المعقود عليه
وهو المنافع وتفرق الصفقة يوجب الخيار ولو استاجر دارا اشهرا مسماة فلم
يسلم اليه الدار حتى مضى بعض المدة ثم اراد ان يسلم الدار فيما بقي من المدة
فله ذلك وليس للمستاجر ان يابى ذلك وكذلك لو كان المستاجر طلبها من المواجر
فمنعه اياها ثم اراد ان يسلمها فذلك له وليس للمستاجر ان يمتنع لان الخيار انما
يثبت بحدوث تفرق الصفقة بعد حصولها مجتمعة والصفقة هاهنا حين
ما وقعت وقعت متفرقة لان المنافع تحدث شيا فشيا فكان كل جزء من المنافع
كالمعقود عليه عقدا مبتدا فكان اول جزء من المنفعة مملوكا بعقد والثاني
مملوكا بعقد اخر وما ملك بعقدين فتعذر التسليم في احدهما لا يوثر في الاخر
فان استاجر دارين فسقطت احدهما او منعه مانع من احدهما او حدث في

احدهما

احدهما عيب فله ان يتركهما جميعا لان العقد وقع عليهما صفقة واحدة وقد تفرقت
عليه فيثبت له الخيار والله اعلم والثاني عدم حدوث عذر باحد المعاقدين وبالمستاجر
فان حدث باحدهما او بالمستاجر عذر لا يبقى العقد لازما وله ان يفسخ وهذا عند
اصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط لبقا العقد لازما ولقب المسئلة ان الاجارة
تفسخ بالاعذار عندنا خلافا له ووجه قوله ان الاجارة احد نوعي البيع فيكون لازما
كالنوع الاخر بيع الاعيان والجامع بينهما ان العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ
الا باتفاقهما ولنا ان الحاجة تدعوا الى الفسخ عند العذر لانه لو لزم العقد عند
تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد لما نذكره في تفصيل
الاعذار الموجبة للفسخ فكان الفسخ في الحقيقة امتناعا من التزام الضرر
وله ولاية ذلك وقد خرج الجواب عن قوله ان هذا بيع لانا نقول نعم لكنه عجز عن
المضي في موجبه الا بضرر يلحقه لم يلتزمه بالعقد فكان محتملا للفسخ في هذه الحالة
كما في بيع العين اذا اطلع المشتري على عيب بالمبيع وكما لو حدث عيب بالمستاجر
ولذا عن قوله العقد انعقد باتفاقهما فلا ينفسخ الا باتفاقهما لان هذا هكذا
اذا لم يعجز عن المضي على موجب العقد الا بضرر غير مستحق بالعقد وقد عجز
هاهنا فلا يشترط التراضي على الفسخ كما في بيع العين وحدوث العيب بالمستاجر
ثم انكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع لانه يقتضي ان من
اشتكى ضرسه فاستاجر رجلا ليقلعه فسكن الوجع يجبر على القلع ومن وقعت
في يده اكلة فاستاجر رجلا ليقطعها ثم برات يجبر على قطعها وهذا قبيح عقلا
وشرعا واذا ثبت ان الاجارة تفسخ بالاعذار فلا بد من بيان الاعذار المثبتة
للفسخ فنقول وبالله التوفيق ان العذر قد يكون في جانب المستاجر وقد يكون
في جانب المواجر وقد يكون في جانب المستاجر اما الذي في المستاجر فنحو ان
يفلس فيقوم من السوق او يريد سفرا او ينتقل من الحرفة الى الزراعة او من
الزراعة الى التجارة او ينتقل من حرفة الى حرفة لان المفلس لا ينتفع بالحانوت
فكان في ابقا العقد من غير استيفا العقد اضرار به ضررا لم يلتزمه بالعقد
فلا يجبر على عمله واذا عزم على السفر ففي ترك السفر مع العزم عليه ضرر به
وفي ابقا العقد مع خروجه الى السفر ضرر به ايضا لما فيه من لزوم الاجرة من
استيفا المنفعة والانتقال من عمل لا يكون الا للاعراض عن الاول ورغبته عنه
فان منعناه من الانتقال اضررنا به وان ابقينا العقد بعد الانتقال لالزمناه
الاجرة من غير استيفا المنفعة وفيه ضرر به ولو اراد ان ينتقل من حانوت
الى حانوت ليعمل ذلك العمل بعينه في الثاني لما ان الثاني ارخص واوسع
عليه لم يكن ذلك عذرا لانه يمكنه استيفا المنفعة من الاول من غير ضرر
وانما يطلب زيادة المنفعة وقد رضي بالقدر الموجود منها في الاول وعلى هذا
اذا استاجر رجلا لما لا يصل الى الانتفاع به من غير ضرر يدخل في ملكه او بدنه
ثم بدا له ان له ان يفسخ الاجارة بان استاجر رجلا ليفصل له ثيابا او ليقطعها
او يخيطها او يهدم دارا له او يقطع شجرا له او ليقلع ضرسه او ليحجم او ليفصد
او ليزرع ارضا او يحدث في ملكه شيا من بنا او تجارة او حفر ثم بدا له ان لا
يفعل فله ان يفسخ الاجارة ولا يجبر على شي من ذلك لان القصارة والقطع نقصان

عاجل في المال بالغسل والقطع وفيه ضرر وهدم الدار وقطع الشجر اتلاف
المال والزراعة اتلاف البذور وفي البنا اتلاف الالة وقلع الضرس والحجامة
والفصد اتلاف جزء من البدن وفيه ضرر الا انه استاجره لها المصلحة تاملها
ترتبوا على المضرة فاذا بدا له علم انه لا مصلحة فيه فبقي الفعل ضررا في نفسه فكان
له الامتناع من الضرر بالفسخ اذ الانسان لا يجبر على الاضرار بنفسه وكذلك لو
استاجر ابلا ثم بدا للمستاجر ان لا يخرج فله ذلك ولا يجبر على السفر لانه لما بدا له علم
ان السفر ضرر فلا يجبر على تحمل الضرر وكذا كل من استاجر دابة ليسافر ثم قعد
عن السفر فله ذلك لما قلنا وقد قالوا ان الجمال اذا قال للحاكم هذا لا يريد ان يترك
السفر وانما يريد ان يفسخ الاجارة قال له الحاكم انتظر فان خرج فقل الجمال
معه فاذا فعلت ذلك فلك الاجر فان قال صاحب الدار للحاكم هذا لا يريد سفرا
وانما يقول ذلك لتنفسخ الاجارة استحلفه الحاكم بالله انه يريد السفر الذي عزم
عليه لانه يدعي سبب الفسخ وهو ارادة السفر ولا يمكنه اقامة البينة عليه فلا يقبل
قوله الا مع يمينه وقالوا لو خرج من المصر فراسخ ثم رجع فقال صاحب الدار انما
ظهر الخروج لفسخ الاجارة وقد عاد استحلفه الحاكم بالله لقد خرجت الى الموضع
الذي ذكرت لان المواجر يدعي ان الفسخ وقع بغير عذر وقد عزم السفر الى موضع
معلوم ولا يمكنه اقامة البينة عليه لان عزم المشتري المستاجر لا يعلم الا من
جهته فكان القول قوله مع يمينه واما الجمال اذا بدا له من الخروج فليس له
ان يفسخ الاجارة لان خروج الجمال مع الجمال ليس بمستحق بالعقد فان له ان
يبعث غيره مع الجمال فلا يكون وجوده عذرا بخلاف خروج المستاجر لان غرضه
يتعلق بخروجه بنفسه فكان قعوده عذرا ولو استاجر رجلا ليحفر بيرا فحفر
بعضها فوجدها صلبة او خرج حجرا او وجدها رخوة بحيث يخاف التلف كان
عذرا لانه يعجز عن المضي في موجب العقد الا بضرر لم يلتزمه وقال هشام
عن ابي يوسف في امراة ولدت يوم النحر قبل ان تطوف فابى الجمال ان يقيم
بها قال هذا عذر لانه لا يمكنها الخروج من غير طواف ولا سبيل الى الزام الجمال
الاقامة مدة النفاس لانه يتضرر به اذ هي مدة ما جرت العادة باقامة القافلة
قدرها فيجعل عذرا في فسخ الاجارة وان كانت قد ولدت قبل ذلك وقد بقي
من مدة نفاسها كمدة الحيض او اقل اجبر الجمال على المقام معها لان مثل المدة قد جرت
بمقام الحاج فيها بعد الفراغ من الحج والله اعلم واما الذي في جانب المواجر
فنحو ان يلحقه دين فادح لا يجد قضاه الا من ثمن المستاجر من الابل والعقار
ونحو ذلك اذا كان الدين ثبت قبل عقد الاجارة بالبينة او بالاقرار او ثبت
بالبينة بعد عقد الاجارة ولو ثبت بعد عقد الاجارة بالاقرار فكذلك عند
ابي حنيفة واما عندهما فالدين الثابت بالاقرار بعد عقد الاجارة لا تنفسخ به
الاجارة لانه متهم في هذا الاقرار ولابي حنيفة ان الظاهر ان الانسان لا يقر
بالدين على نفسه كاذبا وهذا من جانب المواجر بنا على ان بيع المواجر لا ينفذ
عندنا من غير اجازة المستاجر خلافا للشافعي على ما ذكروا اذا لم يجز البيع مع قيام
عقد الاجارة جعل الدين عذرا في فسخ الاجارة الا ان ابقا الاجارة مع لحوق
الدين الفادح العاجل اضرار بالمواجر لانه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر

غير مستحق بالعقد فان قيل كيف يحبسه القاضي وهو غير قادر على قضا الدين بالمواجر
لتعلق حق المستاجر به فينبغي ان لا يحبسه القاضي فالجواب ان القاضي لا يصدقه انه
لا مال له سوى المواجر فيحبسه الى ان يظهر حاله وفي الحبس ضرر على انه ان لم يكن له
مال اخر غير المواجر لكن حق المستاجر انما تعلق بالمنفعة لا بالعين وقضا الدين يكون
من بدل العين وهو الثمن فيحبس حتى يبيع وكذلك لو اشترى شيا فاجره ثم اطلع
على عيب به له ان يفسخ الاجارة ويرده بالعيب على بايعه وان رضي المستاجر بالعيب
ويجعل حق الرد بالعيب عذرا له في فسخ الاجارة لانه لا يقدر على استيفايها الا بضرر
وهو التزام المبيع المعيب ولو اراد المواجر السفر او النقلة وقد اجر عقارا له
فليس ذلك بعذر لان منفعة العقار مع غيبته لا ضرر عليه فيه قال ابو يوسف
ان مرض المواجر واصاب ابله دا فله ان يفسخ اذا كانت بعينها اما اذا اصاب
الابل دا لان استعمال الدابة مع ما بها من الدا اجحاف بها وفيه ضرر بصاحبها
والضرر لا يستحق بالعقد فيثبت له حق الفسخ وكذا للمستاجر لان المنافع تنتقص بمرض
الابل فصار ذلك عيبا فيها واما اذا مرض الجمال فظاهر رواية الاصل يقتضي ان لا
يكون عذرا لان اثر المرض في المنع من الخروج وخروج الجمال بنفسه مع الجمال
غير مستحق بالعقد واما وجه رواية ابي يوسف وهو الفرق بين مرض الجمال
وبين قعوده ان الجمال يقوم على جماله بنفسه فاذا مرض لا يقوم غيره مقامه الا بضرر
وليس كذلك اذا بدا له من الخروج لانه يقدر على الخروج واذا ترك ذلك باختياره
كان عليه ان يقيم غيره مقامه ولو اجر صانع من الصناع او عامل من العمال نفسه
لعمل او صياغة ثم قال قد بدا لي ان اترك هذا العمل وانتقل الى غيره قال محمد ان كان
ذلك من عمله بان كان حجاما فقال انفت من عملي واريد تركه لم يكن له ذلك لانه
من اهل تلك الحرفة وان كان ذلك العمل ليس من عمله ولا صنعته بل اسلم نفسه فيها
وذلك مما يعاب به او كانت امراة اجرت نفسها ظيرا وهي ممن تعاب بذلك فلاهلها
ان يخرجوها وكذلك ان ابت ان ترضعه لان من لا يكون من اهل الدنيه اذا دخل
فيها يلحقه العار فاذا اراد الترك فهو لا يقدر على ايفا المنافع الا بضرر وكذلك الظير
اذا لم تكن ممن يشتهي مثلها فلاهلها الفسخ لانهم يعيرون بها بذلك وفي المثل
السائر تجوع الحرة ولا تاكل بثديها فاذا لم يمكن ايفا العقد الا بضرر فلا يقدر
على تسليم المنفعة الا بضرر بخلاف ما اذا زوجت نفسها من غير كفو انه لا يثبت
لها حق الفسخ ويثبت للاوليا لان النكاح لا ينفسخ بالعذر فقد لزمها العقد
والاجارة تفسخ بالعذر وان وقعت لازمة وان انهدم منزل المواجر ولم يكن
له منزل اخر سوى المنزل المواجر فاراد ان ينقض الاجارة ويسكنها ليس له
ذلك لانه يمكنه ان يستاجر منزلا اخر او يشتري فلا ضرورة في فسخ الاجارة
وكذا اذا اراد التحول من هذا المصر لانه يمكنه ان يترك المنزل في الاجارة
ويخرج بخلاف المستاجر اذا اراد ان يخرج لما ذكرنا ولو استاجر ثم اشترى
المستاجر منزلا فاراد التحول اليه لم يكن ذلك عذرا في الدار المستاجرة
والله اعلم واما الذي في جانب المستاجر فمنها عتق العبد المستاجر فانه عذر
في فسخ الاجارة حتى لو اجر رجل عبده سنة فلما مضت ستة اشهر اعتقه
فهو بالخيار ان شا مضى على الاجارة وان شا فسخها اما العتق فلا شك في نفاذه

لصدور الاعتاق من الاهل في المحل المملوك المرقوق والعارض وهو حق المستاجر لا يوثر
الا في المنع من التسليم ونفاذ العتق لا يقف على امكان التسليم بدليل ان اعتاق الابق
نافذ واما الخيار فلان العقد على المنافع ينعقد شيا فشيا على حسب حدوثها فيصير
بعد الحرية كانه عقد عليه ابتدا فكان له خيار الاجازة والفسخ فان فسخ بطل العقد
فيما بقي وسقط عن المستاجر الاجر فيما بقي وكان اجر ما مضى للمولى لانها بدل منفعة
استوفيت على ملك المولى بعقده وان اجازه ومضى على الاجارة فيما يستقبل الى تمام
السنة يكون للعبد لانها بدل منفعة استوفيت بعد الحرية فكانت له كما لو اجر نفسه
من انسان بغير اذن مولاه فاعتقه المولى في المدة فلا خيار له بخلاف العبد الماذون
اذا اجر نفسه ثم اعتقه المولى في المدة لان اجارة المحجور وقعت فاسدة وخيار الامضا
في العقد الفاسد لا يثبت شرعا فبطل العقد بنفس الاعتاق بخلاف الماذون ومنها
بلوغ الصبي المستاجر اجره ابوه او وصي ابيه او جده او وصي جده او القاضي او امينه
فبلغ في المدة فهو عذر ان شا امضى الاجارة وان شا فسخ لان في ابقا العقد بعد
البلوغ ضررا بالصبي لما بينا فيما تقدم فيعجز عن المضي فيما يقتضي موجب العقد
الا بضرر لم يلتزمه فكان عذرا ولو اجر من مولاه شيا من ماله فبلغ قبل تمام المدة
لا خيار له والفرق بين اجارة النفس والمال قد ذكرناه في كتاب البيوع ان اجارة
ماله تصرف نظر في حقه فلا يملك ابطاله بالبلوغ فاما اجارة النفس فهو في وضعها
اضرار وانما يملكها الولي او الوصي من حيث هي تاديب وقد انقطعت ولاية
التاديب بالبلوغ فاما غلا اجر مثل فليس بعذر تفسخ به الاجارة الا في اجارة الوقف
حتى لو اجر داره ملكه ثم غلا اجر مثل الدار ليس له ان يفسخ العقد الا في الوقف
فانه يفسخ نظرا للوقف ويجدد العقد في المستقبل على اجرة معلومة وفيما مضى
يجب المسمى بقدره وقيل هذا اذا ازداد اجر مثل الدور فاما اذا جا واحد وزاد
في الاجرة تعنتا على المستاجر الاول فلا يعتبر ذلك ثم انما تفسخ منه الاجارة
اذا امكن الفسخ فاما اذا لم يمكن فلا يفسخ بان كان في الارض زرع لم يستحصد
لان في القلع ضررا بالمستاجر فلا يفسخ بل يترك الى ان يستحصد الزرع باجر
المثل فالى وقت الزيادة يجب المسمى بقدره وبعد الزيادة الى ان يستحصد
يجب اجر المثل هذا اذا غلا اجر مثل الوقف فاما اذا رخص فان الاجارة لا تنفسخ لان
المستاجر رضي بذلك القدر وزيادة ولان الفسخ في الوقف عند الغلا لمعنى
النظر للوقف وفي هذا ضرر فلا يفسخ واما القدر في استيجار الظير فنحو ان لا ياخذ
الصبي من لبنها لانه لم يحصل بعد ما دخل تحت العقد او يقي من لبنها لان الصبي
يتضرر به او تحبل الظير لان لبن الحامل يضر بالصبي او تكون سارقة
لانهم يخافون على متاعهم او تكون فاجرة بينة الفجور لانها تتشاغل بالفجور
عن حفظ الصبي او اراد وان يسافروا بصبيهم وابت الظير ان تخرج معهم
لان في الزامهم ترك المسافرة اضرارا بهم وفي ابقا العقد بعد السفر اضرارا بها
او تمرض الظير لان الصبي يتضرر بلبن المريضة والمراة تتضرر بالارضاع
في حال المرض ايضا فيثبت حق الفسخ من الجانبين فان كانوا يوذونها بالسنتهم
امروا ان يكفوا عنه فان لم يكفوا كان لها ان تخرج لان الاذية محظورة فعليهم
تركها فان لم يتركوا كان في ابقا العقد ضرر غير ملتزم بالعقد فكان عذرا

وللزوج

وللزوج ان يخرجها من الرضاع ان لم تكن الاجارة برضاه وقيل هو على التفصيل ان كان ممّا
يشينه ذلك لم يكن له ان يفسخ لان المملوك له بالنكاح منافع بضعها لان منافع ثديها
فكانت هي بالاجارة متصرفة في حقها وقيل له الفسخ في الوجهين لانها ان ارضعت الصبي
في بيتهم فللزوج ان يمنعها من الخروج من منزله وان ارضعت في بيته فله ان يمنعها
من ادخال الصبي الى بيته ثم اذا اعترض شي من هذه الاعذار التي وصفناها فالاجارة
تنفسخ بنفسها او يحتاج الى الفسخ قال بعض مشايخنا تنفسخ بنفسها وقال بعضهم
لا تنفسخ والصواب انه ينظر الى العذر ان كان يوجب العجز عن المضي في موجب
العقد شرعا بان كان المضي فيه حراما فالاجارة تنتقض بنفسها كما في الاجارة على قلع
الضرس اذا اشتكت ثم سكنت وعلى قطع اليد المتاكلة اذا برات ونحو ذلك ان
كان العذر بحيث لا يوجب العجز عن ذلك لكنه يتضمن نوع ضرر لم يوجبه الفسخ
لا ينفسخ الا بالفسخ وهل يحتاج فيه الى فسخ القاضي او التراضي ذكر في الاصل وفي الجامع
الصغير انه لا يحتاج اليه بل للعاقد فسخها وذكر في الزيادات انها لا تنفسخ الا بفسخ
القاضي او التراضي وجه ما ذكر في الزيادات ان هذا خيار ثبت بعد تمام العقد
فاشبه الرد بالعيب بعد القبض وجه المذكور في الاصل والجامع الصغير ان المنافع
في الاجارة لا تملك واحدة بل شيا فشيا فكان اعتراض العذر فيها بمنزلة عيب
حدث قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض في باب البيع يوجب للعاقد حق الفسخ
ولا يقف ذلك على القضا والرضا ومن مشايخنا من فصل في ذلك تفصيلا فقال
ان كان العذر ظاهرا لا حاجة الى القضا وان كان خفيا كالدين يشترط القضا ليظهر
العذر ويزول الاشتباه وهذا حسن وينبغي ان يبيع المستاجر ثم يفسخ الاجارة
والله اعلم

فصل

واما صفة الاجارة فالاجارة عقد لازم اذا وقعت صحيحة عرية عن
خيار الشرط والعيب والرؤية عند عامة العلما فلا تفسخ من غير عذر وقال شريح
انها غير لازمة وتفسخ بلا عذر لانها اباحة المنفعة فاشبهت الاعارة ولنا انها تمليك
المنفعة بعوض فاشبهت البيع وقال الله تعالى اوفوا بالعقود والفسخ ليس من الايفا
بالعقد وقال عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار جعل البيع نوعين نوعا لا
خيار فيه ونوعا فيه خيار والاجارة بيع فيجب ان يكون نوعين نوعا ليس فيه
خيار الفسخ ونوعا فيه خيار الفسخ ولان هذه معاوضة عقدت مطلقة فلا ينفرد
احد العاقدين فيها بالفسخ الا عند العجز عن المضي في موجب العقد من غير تحمل ضرر كالبيع
والله اعلم

فصل

واما حكم الاجارة فالاجارة لا تخلو اما ان كانت صحيحة واما
ان كانت فاسدة واما ان كانت باطلة اما الصحيحة فلها احكام بعضها اصلي
وبعضها من التوابع اما الحكم الاصلي فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان
اصل الحكم وفي بيان وقت ثبوته وفي بيان كيفية ثبوته اما الاول
فهو ثبوت الملك في المنفعة للمستاجر وثبوت الملك في الاجرة المسماة للاجر لانها عقد
معاوضة اذ هي بيع المنفعة والبيع عقد معاوضة فيقتضي ثبوت الملك في
العوضين واما وقت ثبوته فالعقد لا يخلو اما ان كان عقد مطلقا عن شرط
تعجيل الاجرة واما ان شرط فيه تعجيل الاجرة او تاجيلها فان عقد مطلقا فالحكم
يثبت في العوضين في وقت واحد فيثبت الملك للمواجر في الاجرة وقت ثبوت
الملك للمستاجر في المنفعة وهذا قول اصحابنا وقال الشافعي حكم الاجارة

المطلقة هو ثبوت الملك في العوضين عقيب العقد بلا فصل واما كيفية ثبوت حكم العقد
فعندنا يثبت شيا فشيا على حسب حدوث محله وهو المنفعة لانها تحدث شيا فشيا وعنده
يجعل منافع المدة موجودة تقديرا كانها اعيان قايمة ويثبت الحكم فيها في الحال وعلى هذا
ينبني ان الاجرة لا تملك بنفس العقد المطلق عندنا وعنده تملك وجه قوله ان الاجارة
عقد معاوضة وقد وجدت مطلقة والمعاوضة المطلقة تقتضي ثبوت الملك في العوضين
عقيب العقد كالبيع الا ان الملك لابد له من محل يثبت فيه ومنافع المدة معلومة للحال حقيقة
فيجعل موجودة حكما تصحيحا للعقد وقد يجعل المعدوم حقيقة موجودا تقديرا عند
تحقق الحاجة والضرورة ولنا المعاوضة المطلقة اذا لم يثبت الملك فيها في احد
العوضين لا يثبت في العوض الاخر اذ لو ثبت لا يكون معاوضة حقيقة لانه لا يقابله
عوض ولان المساواة في العقود المطلقة مطلوب العاقدين ولا مساواة اذا لم يثبت
الملك في احد العوضين والملك لم يثبت في احد العوضين وهو منافع المدة لانها معدومة
حقيقة فلا يثبت في الاخر في الحال تحقيقا للمعاوضة المطلقة ثم في اي وقت يثبت فقد
كان ابو حنيفة رحمه الله اولا يقول ان الاجر لا يثبت الا بعد مضي المدة في الاجارة
التي تقع على المدة مثل استيجار الارض سنة او عشر سنين وهو قول زفر ثم رجع عنها
فقال يجب يوما فيوما وفي الاجارة على المسافة مثل ان يستاجر بعيرا الى مكة ذاهبا
وجاييا كان قوله الاول انه لا يلزمه تسليم الاجرة حتى يعود وهو قول زفر ثم رجع
فقال يسلم حالا فحالا وذكر الكرخي انه يسلم اجره كل مرحلة اذا انتهى اليها وهو قول
ابي يوسف ومحمد وجه قول ابي حنيفة الاول ان منافع المدة او المسافة من حيث
انها معقود عليها شي واحد فما لم يستوفها كلها لا يجب شي من بدلها كمن استاجر خياطا
يخيط ثوبا فخاط بعضه انه لا يستحق الاجر حتى يفرغ منه وكذا القصار والصباغ وجه
قوله الثاني وهو المشهور ان ملك البدل بمقابلة ملك المبدل وهو المنفعة وانها
تحدث شيا فشيا على حسب حدوث الزمان فيملكها شيا فشيا على حسب حدوثها
وكذا ما يقابلها وكان ينبغي ان يجب عليه تسليم الاجرة ساعة فساعة الا ان ذلك
متعذر فاستحسن فقال يوما فيوما مرحلة مرحلة لانه لا تعذر فيه وروي عن ابي
يوسف فيمن استاجر بعيرا الى مكة انه اذا بلغ ثلث الطريق او نصفه اعطى من الاجر
بحسابه استحسانا وذكر الكرخي ان هذا قول ابي يوسف الاخر ووجهه ان السير
الى ثلث الطريق مقصودة او نصفه منفعة مقصودة في الجملة فاذا وجد ذلك
القدر يلزم تسليم بدله وعلى هذا يخرج ما اذا ابرا الموجر المستاجر من الاجر او وهبه
او تصدق به عليه ان ذلك لا يجوز في قول ابي يوسف الاخر عينا كان الاجر او دينا
وقال محمد ان كان الاجر دينا جاز وجه قول ابي يوسف ظاهر جار على الاصل وهو
ان الاجرة لم يملكها جار على الاصل وهو ان الاجرة لم يملكها الموجر في العقد المطلق
عن شرط التعجيل والابرا عما ليس بمملوك المبري لا يصح بخلاف الدين الموجل لانه
مملوك وانما التاجيل لتاخير المطالبة فيصح الابرا عنه وكذا هبة غير المملوك لا
يصح وجه قول محمد ان الابرا لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستاجر فقد قصدا صحة
تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك مقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل
لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم فقال اعتقت لان الابرا اسقاط واسقاط الحق
بعد وجود سبب الوجوب جايز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب

الوجوب

20

الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب انه ان كان يعني بالانعقاد في حق
الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلا خلاف بين اصحابنا وان كان يعني به شيا اخر فهو غير معقول
ولو ابراه من بعض الاجرة او وهب منه جاز في قولهم جميعا اما على اصل محمد فظاهر لانه يجوز
ذلك عنده في الكل فكذا في البعض واما على اصل ابي يوسف فلان ذلك حط بعض الاجرة فيلتحق
الحط باصل فيصير كالموجود في حال العقد بمنزلة هبة بعض الثمن في البيع وحط الكل لا يمكن الحاقه
باصل العقد ولا سبيل الى تصحيحه للحال لعدم الملك واما اذا كانت الاجرة عينا من الاعيان فوهبها
الموجر للمستاجر قبل استيفا المنافع فقد قال ابو يوسف ان ذلك لا يكون نقضا للاجارة وقال
محمد ان قبل المستاجر الهبة بطلت الاجارة وان ردها لم تبطل فقد مر على ان الهبة لم تصح لعدم
الملك فالتحقت بالعدم كانها لم توجد راسا بخلاف المشتري اذا وهب المبيع من بايعه قبل
القبض وقبله البايع ان ذلك يكون نقضا للبيع لان الهبة هناك قد صحت لصدورها من المالك
فيثبت الملك للبايع فانفسخ البيع واما محمد فانه يقول الاجرة اذا كانت عينا كانت في حكم
المبيع لان ما يقابلها ما هو في حكم الاعيان والمشتري اذا وهب المبيع قبل القبض من البايع
فقبله البايع يبطل البيع كذا هذا واذا رد المستاجر الهبة لا تبطل الاجارة لان
الهبة لا تتم الا بالقبول فاذا ردها بطلت والتحقت بالعدم وعلى هذا اذا صارف
الموجر المستاجر بالاجرة فاخذ بها دينارا بان كانت الاجرة دراهم ان العقد باطل عند
ابي يوسف الاخر فكان قوله الاول انه جايز وهو قول محمد فابو يوسف مر على الاصل
فقال الاجرة لم تجب بعقد الاجارة وما وجب بعقد الصرف لم يوجد فيه التقابض
في المجلس فيبطل العقد فيه كمن باع دينارا بعشرة فلم يتقابضا ولانه يشتري الدينار
بدراهم في ذمته ثم يجعلها قصاصا بالاجرة ولا اجرة له فيبقى ثمن الصرف في ذمته
فاذا افترقا قبل القبض بطل الصرف ومحمد يقول اذا لم يجز الصرف الا ببدل واجب
ولا وجوب من غير شرط التعجيل يثبت الشرط مقتضى اقدامهما على الصرف ولو شرط
تعجيل الاجرة ثم تصارفا جاز كذا هذا ولو اشترى الموجر من المستاجر عينا من الاعيان
بالاجرة جاز في قولهم لان العقد على الاعيان لا يقتضي قبض البدل في المجلس فجاز العقد وان
كانت الاجرة غير واجبة ويبقى الثمن في ذمته ولو اخذ بالاجرة رهنا او كفيلا جاز في قولهم
اما على اصل محمد فلان الابرا والهبة جايزان فالرهن والكفالة اولى فاما على اصل ابي يوسف
فاما الكفالة فلان جوازها لا يستدعي قيام الدين للحال بدليل انه لو كفل بما يذوب
له على فلان جازت وكذا الكفالة بالدين جايزة وكذلك الرهن بدين لم يجب جايز كالرهن
بالثمن في المبيع المشروط فيه الخيار ولان الرهن والكفالة شرعا للتوثق والتوثيق يلايم
للاجرة هذا اذا وقع العقد مطلقا عن تعجيل الاجرة فاما اذا شرط فيه تعجيلها ملكت
بالشرط ووجب تعجيلها فالحاصل ان الاجرة لا تملك عندنا الا باحدى معان ثلاث
احدها شرط التعجيل في نفس العقد والثاني التعجيل من غير شرط والثالث استيفا المعقود
عليه اما ملكها بشرط التعجيل فلان ثبوت الملك في العوضين في زمان واحد لتحقق معنى
المعاوضة المطلقة وتحقيق المساواة التي هي مطلوب العاقدين ومعنى المعاوضة
والمساواة لا يتحقق الا بثبوت الملك فيهما في زمان واحد واذا شرط التعجيل فلم
يوجد المعاوضة المطلقة بل المقيدة بشرط التعجيل فيجب اعتبار شرطهما لقوله
عليه السلام المسلمون عند شروطهم فثبت الملك في العوض قبل ثبوته في المعوض
ولهذا صح التعجيل في ثمن المبيع وان كان اطلاق العقد يقتضي الحلول كذا هذا

وللمواجر حبس ما وقع عليه العقد حتى يستوفي الاجرة كذا ذكر الكرخي في جامعه لان المنافع باب الاجارة كالمنافع في باب البيع والاجرة في الاجارات كالثمن في البياعات وللبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن فكذا للمواجر حبس المنافع الى ان يستوفي المعجلة فان قيل لا فايدة في هذا الحبس لان الاجارة اذا وقعت على مدة فاذا حبس المستاجر مدة بطلت الاجارة في تلك المدة ولا شي فيها من الاجرة فلم يكن الحبس مفيدا فالجواب ان الحبس مفيد لانه يحبس ويطالب بالاجرة فان عجل والا فسخ العقد فكان في الحبس فايدة على ان هذا لا يلزم في الاجارة على المسافة بان اجر دابة مسافة معلومة لان العقد هاهنا لا يبطل بالحبس وكذا هذا يبطل ببيع ما يتسارع اليه الفساد كالسمك الطري ونحوه ان للبايع حبسه حتى يستوفي الثمن وان كان يودي الى ابطال البيع بهلاك المبيع قبل القبض وان وقع الشرط في عقد الاجارة على ان لا يسلم المستاجر الاجر الا بعد انقضا مدة الاجارة فهو جايز اما على قول ابي حنيفة الاول فظاهر لان الاجرة لا تجب الا في اخر المدة فاذا شرط كان هذا شرطا مقررا مقتضى العقد فكان جايزا واما على قوله الاخر فالاجرة وان كانت تجب شيا فشيا فقد شرط تاجيل الاجرة والاجرة كالثمن فتحتمل التاجيل كالثمن واما على اذا عجل الاجرة من غير شرط فلانه لما عجل فقد غير مقتضى العقد وله هذه الولاية لان التاخير ثبت حقا له فيملك ابطاله بالتعجيل كما اذا كان عليه دين موجل فعجله ولان العقد سبب استحقاق الاجرة فالاستحقاق وان لم يثبت فقد انعقد سببه وتعجيل الحكم قبل الوجوب بعد وجود سبب الوجوب جايز كتعجيل الكفارة بعد الجرح قبل الموت واما اذا استوفى المعقود عليه فلانه يملك المعوض فيملك المواجر العوض في مقابلته تحقيقا للمعاوضة المطلقة وتسوية بين العاقدين في حكم العقد المطلق وعلى هذا الاصل تنبني الاجارة المضافة الى زمان في المستقبل بان قال اجرتك هذه الدار غدا او راس شهر كذا او قال اجرتك هذه الدار سنة اولها غرة شهر رمضان انها جايزة في قول اصحابنا وعند الشافعي لا يجوز ووجه البنا ان الاجارة بيع المنفعة وطريق جوازها عنده ان يجعل منافع المدة موجودة تقديرا عقيب العقد تصحيحا له اذ لا بد وان يكون محل حكم العقد موجودا ليمكن اثبات حكمه فيه فجعلت المنافع موجودة حكما كانها اعيان قايمة بنفسها واضافة البيع الى عين ستوجد لا يصح كما في بيع الاعيان حقيقة واما عندنا فالعقد ينعقد شيا فشيا على حسب حدوث المعقود عليه شيا فشيا وهو المنفعة فكان العقد مضافا الى حين وجود المنفعة من طريق الدلالة فالتنصيص على الاضافة يكون مقررا مقتضى العقد الا انا جوزنا الاضافة في الاجارة دون البيع للضرورة لان المنفعة حال وجودها لا يمكن انشا العقد عليها فدعت الضرورة الى الاضافة ولا ضرورة في بيع العين لامكان ايقاع العقد عليها بعد وجودها لكونها محتملة للبقا فلا ضرورة الى الاضافة وطريقنا اولى لان جعل المعدوم موجودا تقدير المحال وتقدير المحال محال ولا احالة في الاضافة الى زمان في المستقبل فان كثيرا من التصرفات يصح مضافا الى المستقبل كالطلاق والعتاق ونحوهما فكان التصحيح بما قلنا اولى والله الموفق للصواب ٭ واما الاحكام التي هي من التوابع فكثيرة ٭ بعضها يرجع الى الاجر والمستاجر مما عليهما ولهما ٭ وبعضها يرجع الى صفة المستاجر والمستاجر

في مع

فيه ٭ اما الاول فجملة الكلام فيه ان عقد الاجارة لا تخلو اما ان شرط فيه تعجيل البدل او تاجيله واما ان كان مطلقا عن شرط التعجيل والتاجيل فان شرط فيه تعجيل البدل فعلى المستاجر تعجيلها والابتدا بتسليمها سوآ كان ما وقع الاجارة شي ينتفع بعينه كالدار والدابة وعبد الخدمة او كان صايغا او عاملا ينتفع بصنعته او عمله كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف لانهما لما شرطا تعجيل البدل لزم اعتبار شرطهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وملك الاجر البدل قبل التعجيل حتى يجوز له بيعه والتصدق به والابرا عنه والشرا به والرهن به والكفالة وكل تصرف يملك البايع في الثمن في باب البيع وللمواجر ان يمنع عن تسليم المستاجر في الاشيا المنتفع باعيانها حتى يستوفي الاجرة وكذا للاجير الوحد ان يمتنع عن تسليم النفس وللاجير المشترك ان يمتنع عن ايفا العمل قبل استيفا الاجرة لان الاجرة في الاجارات كالثمن في البياعات وللبايع حبس المبيع الى ان يستوفي الثمن اذا لم يكن موجلا كذا هذا وان شرط فيه تاجيل الاجرة يبتدا بتسليم البدل المستاجر وايفا العمل وانما يجب تسليم البدل عند انقضا الاجل لان الاصل في الشروط اعتبارها للحديث الذي روينا وان كان العقد مطلقا عن شرط التعجيل والتاجيل يبتدا بتسليم ما وقع عليه العقد في نوعي الاجارة فيجب على المواجر تسليم المستاجر وعلى الاجير تسليم النفس او ايفا العمل اولا عندنا خلافا للشافعي لان الاجرة لا تجب بالعقد المطلق عندنا وعنده تجب والمسلة قد مرت غير ان في النوع الاول وهو الاجارة على الاشيا المنتفع باعيانها اذا سلم المستاجر لا يجب على المستاجر تسليم البدل كله للحال بل على حسب استيفا المنفعة شيا فشيا حقيقة او تقديرا بالتمكن من الاستيفا في قول ابي حنيفة الاخر وللمواجر ان يطالبه بالاجرة بمقدار ذلك يوما فيوما في الاجارة على العقار ونحوه ومرحلة مرحلة على المسافة ولكن يجبر المكاري على الحمل الى المكان المشروط اذ لو لم يجبر لتضرر به المستاجر وفي قوله الاول وهو قول ابي يوسف ومحمد لا يجب تسليم شي من البدل الا عند انتها المدة او قطع المسافة كلها في الاجارة على قطع المسافة وقد ذكرنا وجه القولين فيما تقدم واما في النوع الاخر وهو استيجار الصناع والعمال فلا يجب تسليم شي من البدل الا بعد الفراغ من العمل بلا خلاف حتى قالوا في الحمال ما لم يحط المتاع من راسه لا يجب الاجر لان الحط من تمام العمل وهكذا قال ابو يوسف في الجمال يطلب اجره بعد ما بلغ المنزل قبل ان يضعه انه ليس له ذلك لان الوضع من تمام العمل والفرق ان كل جزء من العمل في هذا النوع غير مقصود لانه لا ينتفع ببعضه دون بعض فكان الكل كشي واحد فما لم يوجد لا يقابله البدل بخلاف النوع الاول على قول ابي حنيفة الاخر لان كل جزء من السكنى وقطع المسافة مقصود فيقابل بالاجرة ثم في النوع الاخر اذا اراد الاجير حبس العين بعد الفراغ من العمل لاستيفا الاجرة هل له ذلك ينظر ان كان لعمله اثر ظاهر في العين كالخياط والقصار والصباغ والاسكاف له ذلك لان ذلك الاثر هو المعقود عليه وهو صيرورة الثوب مخيطا مقصورا وانما العمل تحصيل ذلك الاثر عادة والبدل يقابل ذلك الاثر فكان كالبيع فكان له ان يحبسه لاستيفا الاجرة كالمبيع قبل القبض انه يحبس لاستيفا الثمن اذا لم يكن الثمن موجلا ولو هلك قبل التسليم تسقط الاجرة لانه مبيع هلك قبل القبض وهل يجب الضمان فعند ابي حنيفة لا يجب وعندهما

يجب لانه يجب قبل الحبس عند هما فعند الحبس اولي والمسلة ثاني في موضعها ان شا
الله تعالي وان لم يكن لعمله اثر ظاهر في العين كالجمال والملاح والمكاري ليس له ان
يحبس لان ما لا اثر له في العين فالبدل انما يقابل نفس العمل الا ان العمل كله كشي واحد
اذ لا ينتفع ببعضه دون بعض فكما حصل في يد المستاجر فلا يملك حبسه عنه بعد
طلبه كيد الوديعة ولهذا لا يجوز حبس الوديعة بالدين ولو حبسه فهلك قبل التسليم
لا تسقط الاجرة لما ذكرنا انه كما وقع العمل حصل مسلما الي المستاجر لحصوله في يده
فتقررت عليه الاجرة فلا يحتمل السقوط بالهلاك ويضمن لانه حبسه بغير حق فصار
غاصبا بالحبس ونص محمد رحمه الله علي الغصب فقال فان حبس الجمال المتاع في يده
فهو غاصب ووجهه ما ذكرنا ان العين كانت امانة في يده فاذا حبسها بدينه فقد صار
غاصبا كما لو حبس المودع الوديعة بالدين هذا الذي ذكرنا ان العمل لا يصير مسلما
الي المستاجر بعد الفراغ منه حتي لا يملك الاجير المطالبة بالاجرة قبل الفراغ
اذا كان المحمول فيه في يد الاجير فان كان في يد المستاجر فقدر ما وقعه من العمل
فيه يصير مسلما الي المستاجر قبل الفراغ منه حتي يملك المطالبة بقدره من الاجرة
بان استاجر رجلا ليبني له بنا في ملكه او ما هو في يده بان استاجره ليبني له بنا في
داره او يعمل له ساباطا او جناحا او يحفر له بيرا او قناة او نهرا او ما اشبه ذلك
في ملكه او فيما في يده فعمل بعضه فله ان يطالبه بقدره من الاجرة لكنه يجبر
علي الباقي حتي لو انهدم البنا او انهارت البير او وقع فيها الما او التراب
وسواها مع الارض او سقط الساباط فله اجر ما عمله بحصته لانه اذا كان في ملك
المستاجر او يده فكما شيا حصل في يده قبل هلاكه وصار مسلما اليه فلا يسقط
بدله بالهلاك ولو كان ذلك في غير ملكه ويده ليس له ان يطلب شيا من الاجرة قبل
الفراغ من عمله وتسليمه اليه حتي لو هلك قبل التسليم لا يجب شي من الاجرة
لانه اذا لم يكن في ملكه ولا يده يوقف وجوب الاجرة فيه علي الفراغ والاتمام
وقال الحسن بن زياد اذا اراه موضعا من الصحرا يحفر فيه بيرا فهو بمنزلة
ما هو في ملكه ويده وقال في اخر الكلام وهذا قياس قول ابي حنيفة وقال محمد لا
يكون قابضا الا بالتخلية وان اراه الموضع وهو الصحيح لان ذلك الموضع بالتعيين
فلا يصير في يده فلا يصير عمل الاجير منه مسلما له وان كان ذلك في غير ملك المستاجر
ويده فعمل الاجير بعضه والمستاجر قريب من العامل فخلي الاجير بينه وبينه فقال
المستاجر لا اقبضه منك حتي تفرغ فله ذلك لان قدر ما عمل لا يصير مسلما
اذا لم يكن في ملك المستاجر ولا في يده لانه لا ينتفع ببعض عمله دون بعض فكان
للمستاجر ان يمتنع من التسليم حتي يتمه ولو استاجر لبانا ليضرب لبنا في ملكه
او فيما في يده لا يستحق الاجرة حتي يجف اللبن وينصبه في قول ابي حنيفة
وقال محمد حتي يجف وينصبه ويشرجه ولا خلاف في انه اذا ضربه ولم يقمه
انه لا يستحق الاجر لانه ما لم يقلبه عن مكانه فهو راض فهو بينا وله اسم اللبن
والخلاف بينهم انه هل يصير قابضا له بالاقامة او لا يصير الا بالتشريج فعلي
قول ابي حنيفة يصير قابضا له بنفس الاقامة لان نفس الاقامة من تمام
هذا العمل فيصير اللبن مسلما اليه بها وعلي قولهما لا يصير قابضا ما لم يشرج
لان تمام العمل به حتي لو انه هلك قبل النصب في قول ابي حنيفة وقبل التشريج

فرغ صح

في قولهما فلا اجر له لانه هلك قبل تمام العمل علي اختلاف الاصلين ولو هلك بعده
فله الاجر لان العمل قد تم فصار مسلما اليه لكونه في ملكه او في يده فهلاكه بعد ذلك
لا يسقط البدل وجه قولهما ان الامن عن الفساد يقع بالتشريج ولهذا جرت العادة
بين الناس ان اللبان هو الذي يشرج ليومن عليه الفساد فكان ذلك من تمام العمل
كاخراج الخبز من التنور ولابي حنيفة ان المستاجر له ضرب اللبن ولما جف ونصبه
فقد وجد ما ينطلق عليه اسم اللبن وهو في ملكه او يده فصار قابضا له فاما التشريج
فعمل زايد لم يلتزمه العامل بمنزلة النقل من مكان الي مكان فلا يلزمه ذلك وان
كان ذلك بعد ما نصبه عند ابي حنيفة وعندهما بعد ما شرجه وروي بن
سماعة عن محمد في رجل استاجر خبازا ليخبز له قفيزا من دقيق بدرهم فخبز
فاحترق الخبز في التنور قبل ان يخرجه او الزقه في التنور ثم اخذه ليخرجه فوقع
من يده في التنور فاحترق فلا اجرة له لانه هلك قبل تمام العمل لان عمل الخبز لا يتم
الا بالاخراج من التنور فلم يكن الاخراج خبزا فصار كهلاك اللبن قبل ان يتمه
قال ولو اخرجه من التنور ووضعه وهو يخبز في منزل المستاجر فاحترق من غير
جنايته فله الاجر ولا ضمان عليه في قول ابي حنيفة اما استحقاق الاجرة فلانه فرغ من
العمل باخراج الخبز من التنور وحصل مسلما الي المستاجر لكونه في ملك المستاجر واما
عدم وجوب الضمان فلان الهلاك من غير صنع الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان
عنده واما علي قول من يضمن الاجير المشترك فانه ضامن له دقيقا مثل الدقيق
الذي دفعه اليه ولا اجر له وان شا ضمنه قيمة الخبز مخبوزا واعطاه الاجر لان
قبض الاجير قبض مضمون عندهما فلا يبرا عن الضمان بوضعه في منزل مالكه
وانما يبرا بالتسليم كالغاصب واذا وجب عليه الضمان عندهما فصاحب الدقيق
بالخيار ان شا ضمنه دقيقا واسقط الاجر لانه لا يسلم اليه العمل وان شا ضمنه
خبزا فصار العمل مسلما اليه فوجب عليه الاجر قال ولا اضمنه القصب ولا الملح
لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين وجب الضمان عليه لا قيمة
له لان القصب صار رمادا والملح صار ما وكذلك الخياط يخيط له في منزله قميصا
فان خاط بعضه لم يكن له اجر لان هذا العمل لا ينتفع ببعضه دون بعض فلا
يلزم الاجرة الا بتمامه فاذا فرغ منه ثم هلك فله الاجرة في قول ابي حنيفة
لان العمل حصل مسلما اليه لحصوله في ملكه واما علي قولهما فالعين مضمونة فلا
يبرا عن ضمانها الا بتسليمها الي مالكها فاذا هلك الثوب فان شا ضمنه قيمته
صحيحا ولا اجر له وان شا ضمنه قيمته مخيطا وله الاجر لما بينا ولو استاجر حمالا
يحمل له دنا من السوق الي منزله فحمله حتي اذا بلغ باب الدرب الذي استاجره
كسره فلا ضمان علي الحامل في قول ابي حنيفة وله الاجر وهو علي ما ذكرنا ان العمل
اذا لم يكن له اثر ظاهر في العين فكما وقع يحصل مسلما الي المستاجر وذكر بن سماعة
عن محمد رحمه الله في رجل دفع الي الخياط ثوبا ليخيطه بخيطه قميصا فخاطه ثم جا
رجل ففتقه قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لان المنافع قبل التسليم
يسقط ولا اجبر الخياط علي ان يعيد العمل لانه لما فرغ من العمل فقد انتهي
العقد فلا يلزمه العمل ثانيا وان كان الخياط هو الذي فتق الثوب فعليه ان
يعيده لانه لما فتقه فقد فسخ المنافع التي عملها فكانه لم يعمل راسا واذا

بدرهم صح

فتعه الاجنبي فقد اتلف المنافع بدليل انه يجب عليه الضمان وقالوا في الملاح اذا
حمل الي موضع فرد السفينة انسان فلا اجر للملاح وليس عليه ان يعيد السفينة
فان كان الملاح هو الذي ردها لزمه الى اعادة الحمل الي الموضع الذي شرط عليه
لما قلنا وان كان الموضع الذي رجعت اليه السفينة لايقدر رب الطعام علي قبضه
فعلي الملاح ان يسلمه في موضع يقدر رب الطعام علي قبضه ويكون له مثل اجره
فيما سار في هذا المسير لانا لو جوزنا للملاح تسليمه في مكان لاينتفع به لتلف المال
علي صاحبه ولو كلفناه حمله بلا اجر الي اقرب المواضع التي يمكن القبض فيه فقد راعينا
الحقين قالوا ولو اكتري بغلا الي موضع يركبه فلما سار الي بعض الطريق جمح به
فرده الي الموضع الذي خرج منه فعليه الكرا بقدر ما سار لانه استوفي ذلك القدر
من المنافع فلا يسقط عنه الضمان وقال في الجامع الصغير عن ابي حنيفة في رجل
استاجر رجلا يذهب الي البصرة فيجي بعيال له فذهب فوجد فلانا من العيال
قد مات فجا بمن بقي قال فله من الاجرة بحسابه وعن ابي حنيفة في رجل استاجر
رجلا يذهب بكتابه الي البصرة الي فلان ويجي بجوابه فذهب فوجد فلانا قد
قدمات فرد الكتاب قال لا اجر له وهو قول ابي يوسف وقال محمد له الاجر في
الذهاب اما المسلة الاولي فلان مقصوده حمل العيال فاذا حمل بعضهم
دون بعض كان له من الاجر بحساب ما عمله واما المسلة الثانية فوجه
قول محمد ان الاجر مقابل بقطع المسافة لابحمل الكتاب لانه لاحمل له ولامونة
وقطع المسافة في الذهاب وقع علي الوجه الماموربه فيستحق حصته من الاجر
وفي العود لم يقع علي الوجه الماموربه فلا يجب به شي ولهما ان المقصود من
حمل الكتاب اتصاله الي فلان ولم يوجد فلا يجب شي علي ان المقصود وان كان نقل
الكتاب لكنه اذا رده فقد نقض تلك المنافع فيبطل الاجر كما لو استاجره ليحمل
له طعاما الي البصرة الي فلان فحمله فوجده قد مات فرده انه لا اجر له لما قلنا
وللمستاجر في اجارة الدار وغيرها من العقار ان ينتفع بها كيف شا بالسكني
ووضع المتاع وان يسكن بنفسه وبغيره وان يسكن غيره بالاجارة والاعارة
الا انه ليس له ان يجعل فيها حدادا ولا قصارا ولا طحانا ونحو ذلك مما يوهن البنا
لما قلنا فيما تقدم ولو اجرها المستاجر باكثر من الاجرة الاولي فان كانت الثانية
من خلاف الجنس الاول طابت له الزيادة وان كانت من جنس الاولي لا تطيب
له حتي يزيد في الدار زيادة من حفر او بنا او تطيين او تجصيص فان لم يزد
فيها شيا فلا خير في الفضل ويتصدق به لكن تجوز الاجارة اما جواز الاجارة فلا
شك فيه لان الزيادة في عقد لا تعتبر المساواة فيه بين البدل والمبدل
لا يمنع صحة العقد وهاهنا كذلك فيصح العقد واما التصدق بالفضل اذا
كانت الاجرة الثانية من جنس الاولي فلان الفضل ربح ما لم يضمن لان المنافع
لا تدخل في ضمان المستاجر بدليل انه لو هلك المستاجر فصار بحيث لا يمكن
الانتفاع به كان الهلاك علي الموجر وكذا لو غصبه غاصب فكانت الزيادة
ربح ما لم يضمن وقد نهي رسول الله صلي الله عليه وسلم عن ذلك فان كان هناك
زيادة كان الربح في مقابلة الزيادة فيخرج من ان يكون ربحا ولو كنس البيت
فلا يعتبر ذلك لانه ليس بزيادة فلا تطيب له الزيادة الاجرة وكذا في اجارة

الدابة اذا زاد في الدابة جوالقا او لجاما وما اشبه ذلك يطيب له الفضل لما قلنا
فان اعلفها لا تطيب له الاجرة لان الاجرة لا يعتبر شي منها مقابلا بالعلف فلا يطيب له
الفضل ولو استاجر دابة ليركبها ليس له ان يركب غيره وان فعل ضمن وكذا اذا استاجر
ثوبا ليلبسه ليس له ان يلبس غيره وان فعل ضمن لان الناس متفاوتون في الركوب
واللبس لما قلنا ولو باع الموجر الدار المستاجرة بعد ما اجرها من غير عذر ذكر
في الاصل ان البيع لا يجوز وذكر في بعض المواضع ان البيع موقوف وذكر في بعضها
ان البيع باطل والتوفيق لان معني قوله لا يجوز اي لا ينفذ وهذا لا يمنع التوقف
وقوله باطل اي ليس له حكم ظاهر للحال وهو تفسير التوقف والصحيح انه جايز
في حق البايع والمشتري موقوف في حق المستاجر حتي اذا انقضت المدة
يلزم المشتري البيع وليس له ان يمتنع من الاخذ وليس للبايع ان ياخذ المبيع
من يد المستاجر من غير اجازة البيع فان اجاز جاز وان ابى فللمشتري ان يفسخ
البيع ومتي فسخ لا يعود جايزا بعد انقضا مدة الاجارة وهل يملك المستاجر
فسخ هذا البيع ذكر في ظاهر الرواية انه لا يملك الفسخ حتي لو فسخ لا ينفسخ
حتي اذا مضت مدة الاجارة كان للمشتري ان ياخذ الدار وروي الطحاوي
عن ابي حنيفة ومحمد ان له ان ينقض البيع واذا نقضه لا يعود جايزا
وروي عن ابي يوسف انه ليس للمستاجر نقض البيع والاجارة كالعيب فان كان
المشتري عالما بها وقت الاجارة وقعت الاجارة لازمة وان لم يكن عالما بها
وقت الشرا فهو بالخيار ان شا نقض البيع لاجل العيب وهو الاجارة وان
شا امضاه وهذا كله مذهب اصحابنا وقال الشافعي البيع نافذ من غير
اجازة المستاجر وجه قوله ان البيع صادف محله لان الرقبة ملك الموجر
وانما حق المستاجر في المنفعة ومحل البيع العين ولا حق للمستاجر فيها ولنا
ان البايع غير قادر علي تسليمه لتعلق حق المستاجر به وحق الانسان يجب
صيانته عن الابطال ما امكن وامكن هاهنا بالتوقف في حقه فقلنا
بالجواز في حق المشتري وبالتوقف في حق المستاجر صيانة للحقين ورعاية
للجانبين وعلي هذا اذا اجر داره ثم اقر بها لانسان ان اقراره ينفذ
في حق نفسه ولا ينفذ في حق المستاجر بل يتوقف الي ان تمضي مدة الاجارة فاذا
مضت نفذ الاقرار في حقه ايضا فيقضي بالدار للمقر له وهذا بخلاف
ما اذا اجر داره من انسان ثم اجرها من غيره ان الاجارة الثانية تكون
موقوفة علي اجازة المستاجر الاول فان اجازها جازت وان ابطلها بطلت
وهاهنا ليس للمستاجر ان يبطل البيع ووجه الفرق ان عقد الاجارة يقع
علي المنفعة اذ هو تمليك المنفعة والمنافع ملك المستاجر الاول فتجوز
باجازته وتبطل بابطاله فاما الاقرار فانما يقع علي العين والعين ملك
الموجر لكن للمستاجر فيها حق فاذا زال حقه ينفذ ثم المستاجر الاول
اذا اجاز الاجارة الثانية حتي نفذت كانت الاجرة له لا لصاحب الدار
وفي البيع يكون الثمن لصاحب الملك ووجه الفرق علي نحو ما ذكرنا ان
الاجارة وقعت علي المنفعة وانها ملك المستاجر الاول فاذا اجاز كان بدلها
له فاما الثمن فانه بدل العين والعين ملك الموجر فكان بدلها له وبالاجازة

لا ينفسخ عقد المستاجر الاول ما لم تمض مدة الاجارة الثانية فاذا مضت فان كانت
مدتهما واحدة لا تنقضي المدتان جميعا وان كانت مدة الثانية اقل فللاول ان يسكن
الدار حتى تتم المدة وكذا لو رهنها الموجر قبل انقضا مدة الاجارة ان العقد جايز
فيما بينه وبين المرتهن موقوف في حق المستاجر لتعلق حقه بالمستاجر وله ان
يحبس حتى تنقضي مدته وعلى هذا بيع المرهون من الراهن انه جايز من البايع والمشتري
موقوف في حق المرتهن وله ان يحبسه حتى يستوفي ماله فاذا افتكها الراهن
يجب عليه تسليم الدار الى المشتري كما في الاجارة الا انها اذا اجاز المرتهن البيع
حتى جا وسلم الدار الى المشتري فالثمن كله رهنا عند المرتهن قايما مقام الدار
لان حق حبس العين كان ثابتا له ما دامت في يده وبدل العين قايم مقام العين
فيثبت له حق حبسه وفرق القدوري بين الرهن والاجارة فقال في الرهن
للمرتهن ان يبطل البيع وليس للمستاجر ذلك لان حق المستاجر في المنفعة لا في العين
فكان الفسخ منه تصرفا في محل حق الغير فلا يملك فاما حق المرتهن متعلق بعين
المرهون الا ترى انه يصير مستوفيا للدين فكان الفسخ منه تصرفا في محل حقه
فيملك والله اعلم ❊ وللاجير ان يعمل بنفسه واجرايه اذا لم يشترط عليه في
العقد ان يعمل بيده لان العقد وقع على العمل والانسان قد يعمل بنفسه وقد
يعمل بغيره ولان عمل اجرايه يقع له فيصير كانه عمل بنفسه الا اذا شرط عليه
عمله بنفسه لان العقد وقع على عمل من شخص معين والتعيين مفيد لان العمال
متفاوتون في العمل فيتعين فلا يجوز تسليمها من شخص اخر من غير رضا المستاجر
كمن استاجر جملا بعينه للحمل لا يجبر على اخذ غيره ولو استاجر على الحمل ولم يعين
جملا كان للمكاري ان يسلم اليه اي جمل شا كذا هذا وتطيين الدار واصلاح
ميزابها وما وهي من بناها على رب الدار دون المستاجر لان الدار ملكه
واصلاح الملك على المالك لكن لا يجبر على ذلك لان المالك لا يجبر على اصلاح
ملكه وللمستاجر ان يخرج ان لم يعمل الموجر ذلك لانه عيب بالمعقود عليه والمالك
على ازالة العيب عن ملكه لكن للمستاجر ان لا يرضى بالعيب حتى لو كان استاجر
وهي كذلك وراها فلا خيار له لانه رضي بالمبيع المعيب واصلاح بير الما والبالوعة
والمخرج على رب الدار ولا يجبر على ذلك وان كان امتلا من فعل المستاجر لما قلنا
وقالوا في المستاجر اذا انقضت مدة الاجارة وفي الدار تراب من كنسه فعليه
ان يرفعه لانه حدث بفعله فصار كمتاع وضعه فان كان امتلا خلاها ومجراها
من فعله فالقياس ان يكون عليه نقله لانه حدث بفعله فيلزمه نقله كالكناسة
والرماد الا انهم استحسنوا وجعلوا نقل ذلك على صاحب الدار للعرف والعادة
اذ العادة بين الناس ان ما كان مغيبا في الارض فنقله على صاحب الدار فحملوا
ذلك على العادة فان اصلح المستاجر شيا من ذلك لم يحتسب له بما انفق لانه
انفق في ملك غيره بغير امره ولا ولاية له عليه فكان متبرعا وقبض المستاجر
على الموجر حتى لو استاجر دابة ليركبها في حوايجه في المصر وقتا معلوما فمضى
الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بان يمضي بها اليه وعلى الذي اجرها
ان يقبض من منزل المستاجر لان المستاجر وان انتفع بالمستاجر لكن منفعة
المنفعة انما حصلت له بعوض حصل للموجر فبقيت العين امانة في يده كالوديعة

وهذا لا يلزمه نقضها فلم يكن عليه ردها كالوديعة حتى لو امسكها اياما فهلكت في
يده لم يضمن سوا طلب منه الموجر او لم يطلب لانه لم يلزمه الرد اليه بعد الطلب
فلم يكن متعديا في الامساك فلا يضمن كالمودع اذا امتنع عن رد الوديعة الى بيت
المودع حتى هلكت وهذا بخلاف المستعار ان رده على المستعير لان نفعه له على
الخلوص فكان رده عليه لقوله عليه السلام الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقته
عليه فكذا مونة الرد فان كان استاجرها من موضع مسمى في المصر ذاهبا وجاييا فان على
المستاجر ان ياتي بها ذلك الموضع الذي قبضها فيه لان الرد واجب عليه بل لاجل
المسافة التي تناولها العقد لان العقد عقد الاجارة لا ينتهي الا برده الى ذلك
الموضع فان حملها الى منزله فامسكها حتى عطبت ضمن قيمتها لانه تعدى في حملها الى غير
موضع العقد فان قال المستاجر اركبها من هذا الموضع الى موضع كذا وارجع
الى منزلي فليس على المستاجر ردها الى منزل الموجر لانه لما عاد الى منزله فقد انقضت
الاجارة فبقيت امانة في يده لم يتبرع المالك بالانتفاع بها فلا يلزمه ردها كالوديعة
وليس للظير ان تاخذ صبيا اخر فترضعه مع الاخر الاول فان اخذت صبيا اخر
فارضعته مع الاول فقد اسات واثمت ان كانت قد اضرت بالصبي ولها
الاجر على الاولين والاخرين اما الاثم فلانه قد استحق عليها كمال الرضاع ولما
ارضعت صبيين فقد اضرت باحدهما لنقصان اللبن واما استحقاق الاجرة
فلان الداخل تحت العقد الارضاع وقد وجد وللمسترضع ان يستاجر ظيرا اخرى
لقوله تعالى وان اردتم ان تسترضعوا اولادكم فلا جناح عليكم اذا سلمتم ما
اتيتم بالمعروف نفى الجناح عن المسترضع مطلقا فان ارضعته اخرى فلها الاجر
ايضا فان استاجرت الظير ظيرا اخرى فارضعته او دفعت الصبي الى جاريتها
فارضعته فلها الاجر استحسانا والقياس ان لا يكون لها الاجر وجه القياس
ان العقد وقع على عملها فلا تستحق الاجر بعمل غيرها كمن استاجر اجيرا ليعمل
بنفسه فامر غيره فعمل لم يستحق الاجر كذا هذا وجه الاستحسان ان ارضاعها
قد يكون بنفسها وقد يكون بغيرها لان الانسان تارة يعمل بنفسه وتارة يعمل
بغيره ولان الثانية لما عملت بامر الاولى وقع عملها للاولى فصار كانها عملت بنفسها
هذا اذا اطلق فاما اذا قيد ذلك بنفسها فليس لها ان تسترضع اخرى لان العقد
اوجب الارضاع بنفسها وان استاجرت اخرى فارضعته لا تستحق الاجر كما
قلنا في الاجارة على الاعمال وليس للمسترضع ان يحبس الظير في منزله اذا لم
يشترط ذلك عليها ولها ان تاخذ الصبي الى منزلها لان المكان لم يدخل تحت العقد وليس
على الظير ما يعالج به الصبيان لان ذلك لم يدخل تحت العقد وما ذكر في الاصل
ان على الظير ما يعالج به الصبيان من الريحان والدهن فذلك محمول على العادة
وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود انها تحمل على عادة كل بلد
حتى قالوا فيمن استاجر رجلا يضرب له اللبنات ان الرسن والملبن على صاحب
وهذا على عادتهم وقالوا في الخياط ان السلوك عليه لان عادتهم جرت بذلك
وقالوا في الدقيق الذي يه الحايك به الثوب انه على صاحب الثوب
فان كان اهل بلد تعاملوا على خلاف ذلك فهو على ما يتعاملوا وقالوا فيمن استاجر
على حفر حفر قبر ان حثي التراب عليه ان كان اهل تلك البلدة يتعاملون

به ويسرح اللبن على اللبان واخراج الخبز على الخباز لان ذلك من تمام العمل وقالوا في
الطباخ اذا استوجر في عرس ان اخراج المرق عليه ولو طبخ قدرا خاصة ففرغ
منها فله الاجر وليس عليه من اخراج المرق شي وهو مبني على العادة يختلف
باختلاف العادة وقالوا في من تكاري دابة تحمل عليها حنطة الى منزله فلما
انتهى اليه اراد صاحب الحنطة ان يحمل المكاري ذلك فيدخله منزله
وابى المكاري قالوا قال ابو حنيفة عليه ما يفعله الناس ويتعاملون عليه وان
اراد ان يصعد بها الى السطح والغرفة فليس ذلك عليه الا ان يشترطه ولو كان حمالا
على ظهره فعليه ادخال ذلك وليس عليه ان يصعد به الى علو البيت الا ان يشترطه
واذا تكاري دابة فالاكاف على صاحب الدابة فاما الحبال والجوالق فعلى
ما تعارفه اهل الصنعة فكذا البحار واما السرج فعلى رب الدابه
الا ان يكون سنة البلد بخلاف ذلك فيكون على سنتهم وعلى هذا
مسايل ولو التقط رجل لقيطا فاستاجر له ظيرا فالاجرة عليه وهو متطوع
في ذلك اما لزوم الاجرة اياه فلانه التزم ذلك فيلزمه واما كونه متطوعا
فيه فلانه لا ولاية له على اللقيط فلا يملك ايجاب الدين في ذمته ورضاعه
على بيت المال لان ميراثه لبيت المال ۞ واما الثاني وهو الذي يرجع الى
صفة المستاجر والمستاجر فيه فالكلام فيه في موضعين ۞ احدهما في بيان
صفة المستاجر والمستاجر فيه ۞ والثاني في بيان ما تغير تلك الصفة
اما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان المستاجر امانة في يد
المستاجر كالدار والدابة وعبد الخدمة ونحو ذلك حتى لو هلك في يده
بغير صنعه لا ضمان عليه لان قبض الاجارة قبض ماذون فيه فلا يكون
مضمونا كقبض الوديعة والعارية وسوا كانت الاجارة صحيحة او فاسدة
لما قلنا واما المستاجر فيه كثوب الخياطة والقصارة والمتاع المحمول
في السفينه او على الدابة او الجمال ونحو ذلك فالاجير لا يخلوا اما ان
يكون مشتركا وان كان خاصا وهو المسمي باجير الوحد فان كان مشتركا فهو
امانة في يده في قول ابي حنيفة والحسن بن زياد وهو احد قولي الشافعي حتى لو
هلك في يده بغير صنعه لا يضمن سوا هلك قبل العمل او بعده وهو القياس
وقال ابو يوسف ومحمد هو مضمون عليه الا من حرق غالب او غرق غالب
او لصوص مكابرين ولو احترق بيت الاجير المشترك بسراج يضمنه
الاجير كذا روي عن محمد لان هذا حريق غالب الذي يقدر على استدراكه
لو علم به لانه لو علم به لاطفاه فلم يكن موضع العذر وهو استحسان
ثم ان هلك قبل العمل يضمن قيمته غير معمول ولا اجر له وان هلك بعد
العمل فصاحبه بالخيار ان شا ضمنه قيمته معمولا واعطاه الاجر بحسابه
وان شا ضمنه قيمته غير معمول ولا اجر له واحتجا بما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال على اليد ما اخذت حتى ترده وقد عجز عن رد عينه
بالهلاك فيجب رد قيمته قايما مقامه وروي ان عمر رضي الله عنه كان
يضمن الاجير المشترك احتياطا لاموال الناس وهو المعنى في المسلة
وهو ان هولا الاجرا الذين يسلم اليهم المال من غير شهود يخاف

الخيانة

الخيانة منهم فلو علموا انهم لا يضمنون لهلكت اموال الناس لانهم لا يعجزون عن
دعوى الهلاك وهذا المعنى لا يوجد في الحرق الغالب والغرق الغالب والسرق
الغالب ولابي حنيفة ان الاصل ان لا يجب الضمان الا على المتعدي لقوله
تعالى ولا عدوان الا على الظالمين ولم يوجد التعدي من الاجير لانه
ماذون في القبض والهلاك ليس صنعه فلا يجب الضمان عليه ولهذا لا يجب
الضمان على المودع والحديث لا يتناول الاجارة لان الرد في باب الاجارة لا
يجب على المستاجر فكان المراد منه الاعادة والغصب وفعل عمر رضي الله
عنه يحتمل انه كان في بعض الاجرا وهو المتهم بالخيانة وبه نقول ثم عندهما
انما يجب الضمان على الاجير اذا هلك في يده لان العين انما تدخل في الضمان عندهما
بالقبض كالعين المغصوبة فما لم يوجد القبض لا يجب الضمان حتى لو كان صاحب
المتاع معه راكبا في السفينة او راكبا على الدابة التي عليها الحمل فعطب
الحمل من غير صنع الاجير لا ضمان عليه لان المتاع في يد صاحبه وكذلك اذا كان صاحب
المتاع والمكاري راكبين على الدابة او سايقين او قايدين لان المتاع في ايديهما
فلم ينفرد الاجير باليد فلا يلزمه ضمان اليد وروي بشر عن ابي يوسف انه ان
سرق المتاع من راس الحمال وصاحب المتاع يمشي معه لا ضمان عليه لان المتاع لم
يصر في يده حيث لم يحل صاحب المتاع بينه وبين المتاع وقالوا في الطعام
اذا كان في سفينتين وصاحبه في احديهما وهما مقرونتان او غير مقرونتين
الا ان سيرهما جميعا وحبسهما جميعا فلا ضمان على الملاح فيما هلك من
يده لانه هلك في يد صاحبه وكذلك القطار اذا كان عليه حمولة ورب
الحمولة على بعير فلا ضمان على الجمال لان المتاع في يد صاحبه لانه هو الحافظ له
وروي بن سماعة عن ابي يوسف في رجل استاجر حمالا ليحمل عليه زقا من سمن فحمله
صاحب الزق والحمال جميعا ليضعاه على راس الحمال فانخرق الزق وذهب ما فيه
قال ابو يوسف لا يضمن الحمال لانه لم يسلم الى الحمال بل هو في يده قال وان حمله الى بيت
صاحبه ثم انزله الحمال من على راسه وصاحب الزق فوقع من ايديهما فالحمال
ضامن وهو قول محمد الاول ثم رجع وقال لا ضمان عليه لابي يوسف ان
المحمول دخل في ضمان الحمال بثبوت يده عليه فلا يبرا الا بالتسليم الى صاحبه
فاذا اخذاه جميعا فيد الحمال لم تزل فلا يزول الضمان لمحمد ان الشي قد وصل الى صاحبه
بانزاله فخرج من ان يكون مضمونا كما لو حملناه ابتدا الى راس الحمال فهلك وروي
هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل مصحفا يعمل فيه ودفع الغلاف معه او
دفع سيفا الى صيقل يصقله باجر ودفع الجفن معه فضاعا قال محمد يضمن
المصحف والغلاف والسيف والجفن لان المصحف لا يستغني عن الغلاف
والسيف لا يستغني عن الجفن فصارا كشي واحد قال فان اعطاه مصحفا
يعمل له غلافا او سكينا يعمل له نصابا فضاع المصحف وضاع السكين لم يضمنه
لانه لم يستاجره على ان يعمل فيهما بل في غيرهما ولو اختلف الاجير وصاحب الثوب
فقال الاجير رددت وانكر صاحبه فالقول قول الاجير في قول ابي حنيفة
لانه امين عنده في القبض والقول قول الامين مع اليمين ولكن لا يصدق
في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد

دخل في ضمانه عند هما فلا يصدق على الرد الا ببينة وان كان الاجير خاصا فما في يده
يكون له امانة في قولهم جميعا حتي لو هلك في يده بغير صنعه لا يضمن اما على اصل
ابي حنيفة فلانه لم يوجد منه صنع يصلح سببا لوجوب الضمان لان القبض حصل
بامر المالك واما على اصلهما فلان وجوب الضمان في الاجير المشترك ثبت استحسانا
صيانة الى اموال الناس ولا حاجة الي ذلك في الاجير الخاص لان الغالب انه
يسلم نفسه ولا يتسلم المال فلا يمكنه الخيانة والله اعلم ۰ واما الثاني وهو بيان ما
يغيره من صفة الامانة الي صفة الضمان فالمغير له اشيا منها ترك الحفظ لان الاجير
لما قبض المستاجر فيه فقد التزم حفظه وترك الحفظ الملتزم سبب لوجوب
الضمان كما اذا ترك المودع حفظ الوديعة حتي ضاعت على ما نذكره في كتاب
الوديعة ان شا الله تعالى ۰ ومنها الاتلاف والافساد اذا كان الاجير متعديا
فيه بان تعمد ذلك او عنف في الدق سوا كان مشتركا او خاصا وان لم يكن
متعديا في الافساد بان فسد الثوب خطا بعمله من غير قصده فان كان الاجير خاصا
لا يضمن بالاجماع وان كان مشتركا كالقصار اذا دق الثوب فتخرق او القاه في
النورة فاحترق او الملاح غرقت السفينة من عمله ونحو ذلك فانه يضمن في قول
اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يضمن وهو احد قولي الشافعي وجه قول
زفر ان الفساد بعمل ماذون فيه فلا يجب الضمان كالاجير الخاص والمعين
والدليل انه حصل بعمل ماذون فيه انه حصل بالدق والدق ماذون
فيه ولين لم يكن ماذونا فيه لكنه لا يمكنه التحرز عن هذا النوع من الفساد
لانه ليس في وسعه الدق المصلح فاشبه الحجام والبزاغ ولان كان في وسعه
لكنه لا يمكنه تحصيله الا بحرج منفي فكان ملحقا بما ليس في الوسع ولنا ان الماذون
فيه هو الدق المصلح لا المفسد لان العاقل لا يرضي بافساد ماله ولا يلتزم الاجرة
بمقابلة ذلك فيتقيد الامر بالمصلح دلالة وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد
ممنوع بل في وسعه ذلك بالاجتهاد في ذلك وهو بذل المجهود بالنظر
في الة الدق ومحله وارسال المدقة على المحل على قدر ما يحتمله الحداقة
والمهارة في الصنعة وعند مراعاة هذه الشرايط لا يحصل الفساد فلما حصل دل
انه قصر كما نقول في الاجتهاد في امور الدين الا ان الخطا في حقوق العباد
ليس بعذر حتي يواخذ الخاطي والناسي بالضمان وقوله لا يمكنه التحرز عن الفساد
الا بحرج مسلم لكن الحرج انما يوثر في حقوق الله تعالى بالاسقاط لا في حقوق
العباد وبهذا فارق الحجام والبزاغ لان السلامة والسراية هناك مبنية
على قوة الطبيعة وضعفها ولا يوقف على ذلك بالاجتهاد فلم يكن في وسعه
الاحتراز عن السراية فلا يتقيد العقد بشرط السلامة واما الاجير الخاص
فهناك ان وقع عمله افسادا حقيقة الا ان عمله ملحق بالعدم شرعا لانه لا يستحق
الاجرة بعمله بل بتسليم نفسه في المدة فكانه لم يعمل وعلى هذا الخلاف الحمال
اذا زلقت رجله في الطريق او عثر فسقط وفسد حمله ولو زحمه الناس حتي فسد
لم يضمن بالاجماع لانه لا يمكنه حفظ نفسه عن ذلك فكان بمعني الحرق الغالب
والخرق الغالب ولو كان الحمال هو الذي زاحم الناس حتي انكسر يضمن عند اصحابنا
الثلاثة وكذلك الراعي المشترك اذا ساق الدواب على المشرعة فازدحمن

اهل القنطرة او اهل الشط فدفع بعضها بعضا فسقط في الما فعطب فعلى هذا الخلاف
ولو تلفت دابة بسوقه او ضربه اياها فان ساق سوقا معتادا او ضرب ضربا
معتادا فعطب فهو على الاختلاف وان ساق او ضرب سوقا وضربا بخلاف العادة
يضمن بلا خلاف لان ذلك اتلاف من طريق التعدي ثم اذا تخرق الثوب من
عمل الاجير حتي ضمن لا يستحق الاجرة لانه ما اوفي المنفعة بل المضرة لان
ايفا المنفعة بالعمل المصلح دون المفسد وفي الحمال اذا وجب المتاع المحمول
فصاحبه بالخيار ان شا ضمنه قيمته في الموضع الذي سلمه اليه وان شا في الموضع
الذي فسد او هلك واعطاه الاجر الي ذلك الموضع وروي عن ابي حنيفة انه لا خيار
له بل يضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي فسد او هلك اما التخيير على اصل
ابي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له
ان يضمنه بالقبض يوم القبض وله ان يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف واما على اصل
ابي حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب
الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب ان يعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له
على ما روي عنه والجواب عنه من وجهين احدهما انه وجد هاهنا سببان
لوجوب الضمان احدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير بالعقد السابق
التزم الوفا بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من اسباب
وجوب الضمان فيثبت له الخيار ان شا ضمنه بالعقد وان شا بالاتلاف والثاني انه
لم يوجد منه ايفا المنفعة في القدر التالف فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع
فيثبت له الخيار ان شا رضي بتفرقها وان شا فسخ العقد ولا يكون ذلك ري
الا بالتخيير ولو كان المستاجر على حمله عبيدا او كبارا فلا ضمان على المكا
فيما عطب من سياقه ولا قوده ولا يضمن بنو ادم من وجه الاجارة ولا يشبه هذا
المتاع لان ضمان بني ادم ضمان جناية وضمان الجناية لا يجب بالعقد دلت
هذه المسلة على ان ما يضمنه الاجير المشترك يضمنه بالعقد لا بالافساد
والاتلاف لان ذلك يستوي فيه المتاع والادمي فان وجوب الضمان فيه بالخلاف
لا بالاتلاف وذكر بشر في نوادره عن ابي يوسف في القصار اذا استعان
بصاحب الثوب ليدق معه فتخرق فلا يدري من اي الدق تخرق وقد
كان صحيحا قبل ان يدقاه قال على القصار نصف القيمة وقال ابن سماعة عن محمد ان
الضمان كله على القصار حتي يعلم انه تخرق من دق صاحبه او من دقهما
محمد مر على اصلهما ان الثوب في ضمان القصار بالقبض بيقين فلا يخرج الا عن
ضمانه الا بيقين مثله وهو ان يعلم ان التخرق حصل بفعل غيره ولابي يوسف
ان الفساد احتمل ان يكون من فعل القصار واحتمل ان يكون من فعل صاحب
الثوب فيجب الضمان على القصار في حال ولا يجب في حال فلزم اعتبار
الاحوال فيه فيجب نصف القيمة وقالوا في تلميذ الاجير المشترك
اذا وطي على ثوب من القصارة فخرقه يضمن لان تخرق الثوب
غير ماذون فيه ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصارة فالضمان على
الاستاذ ولا ضمان على التلميذ لان الذهاب والمجي بالسراج عمل ماذون
فيه فينتقل عمله الي الاستاذ فكانه عمله بنفسه فيجب الضمان عليه ولو دق هذا

وطي صح

الغلام ثوبا فانقلب الكودن من يده فخرق ثوبا من القصارة فالضمان على الاستاذ لان هذا
من عمل القصارة فكان مضافا الى الاستاذ فان كان ثوبا عنده
الاستاذ فالضمان على الغلام لان عمله انما يضاف الى الاستاذ فيما يملك تسليطه واستعماله
فيه وهو انما يملك ذلك في ثياب القصارة لا في ثوب الوديعة فبقي مضافا اليه فيجب عليه
الضمان كالاجنبي وكذلك لو وقع من يده سراج على ثوب الوديعة فاحرقه
فالضمان على الغلام لما قلنا وذكر في الاصل لو ان رجلا دعى قوما
الى قومه فمشوا على بساطه فتخرق لم يضمنوا وكذلك لو جلسوا على
وسادته لانه ماذون في المشي على البساط والجلوس على الوسادة فالمتولد منه لا يكون
مضمونا ولو وطيوا انية من الاواني ضمنوا لان هذا مما لا يوذن في وطيه وكذلك لو وطيوا ثوبا
لا يبسط مثله ولو قلبوا انا بايديهم فانكسر لم يضمنوا لان ذلك عمل ماذون
فيه ولو كان رجل منهم متقلد سيفا فخرق السيف الوسادة لم يضمن
لانه ماذون في الجلوس على هذه الصفة ولو جفف القصار ثوبا على حبل
في الطريق فمرت عليه حمولة فخرقته لا ضمان على القصار والضمان على
سايق الحمولة لان الجناية من السايق لان المشي في الطريق مقيد بشرط السلامة
فكان التلف مضافا اليه فكان الضمان عليه ولو تكارى رجل دابة ليركبها فعطبت
او كبحها باللجام فاعطبها ذلك فانه ضامن الا ان ياذن له صاحب الدابة في ذلك
عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يستحسن ان لا يضمنه اذا لم ينفذ
في الضرب المعتاد والكبح المعتاد وجه قولهما ان ضرب الدابة وكبحها معتادا
متعارف والمعروف كالمشروط كما لو شرط ذلك لا يضمن كذا هذا ولابي حنيفة
ان كل واحد منهما من الضرب والكبح غير ماذون فيه لان العقد لا يوجب الاذن بذلك
لامكان استيفا المنافع بدونه فصار كما لو كان ذلك من اجنبي على انا ان قلنا انه
ماذون فيه لكنه مقيد بشرط السلامة لانه يفعله لمنفعة نفسه
مع كونه مخيرا فيه فاشبه ضربه لزوجته ودعوى العرف في عز الدابة
المملوكة ممنوعة على ان كونه ماذونا فيه لا يمنع وجوب الضمان اذا كان مقيدا
بشرط السلامة على ما ذكرنا والله اعلم ٥ ومنها الخلاف وهو سبب لوجوب
الضمان اذا وقع غصبا لان الغصب سبب لوجوب الضمان وجملة الكلام فيه ان
الخلاف قد يكون في الجنس وقد يكون في القدر وقد يكون في الصفة وقد يكون في
المكان وقد يكون في الزمان والخلاف من هذه الوجوه قد يكون في استيجار الدواب
وقد يكون في استيجار الصناع كالحايط كالحايك والصباغ والخياط خلا المكان
اما استيجار الدواب فالمعتبر في الخلاف في الجنس والقدر والصفة
في استيجار الدواب ضرر الدابة فان كان الخلاف فيه في الجنس ينظر ان كان ضرر
الدابة فيه بالخفة والثقل يعتبر الخلاف في جهة الخفة والثقل فان كان الضرر
في الثاني اكثر يضمن كل القيمة اذا عطبت الدابة لانه لا يصير غاصبا لكلها وان
كان الضرر في الثاني مثل الضرر في الاول او اقل لا يضمن عندنا لان الاذن بالشي
اذن بما هو مثله او دونه فكان ماذونا في الانتفاع به من هذه الجهة دلالة
فلا يضمن وان كان ضرر الدابة فيه لا من حيث الخفة والثقل بل من وجه اخر
لا يعتبر فيه الخلاف من حيث الخفة والثقل وانما يعتبر من ذلك الوجه

لان

لان ضرر الدابة من ذلك الوجه وان كان الخلاف في القدر والضرر فيه من حيث
الخفة والثقل نعتبر الخلاف في ذلك القدر ويجب الضمان بقدره لان الغصب يتحقق
بذلك القدر وان كان الضرر من جهة اخرى نعتبر تلك الجهة في الضمان لا الخفة
والثقل وان كان الخلاف في الصفة وضرر الدابة يتشابهان يعتبر الخلاف فيها ويبنى الضمان
عليها وبيان هذه الجملة في مسايل اذا استاجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم شعيرا
فحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فعطبت يضمن قيمتها لان الحنطة اثقل من الشعير
وليست من جنسه فلم يكن ماذونا فيه اصلا فصار غاصبا كل الدابة متعديا عليها فيضمن
كل قيمتها ولا اجر عليه لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان لان وجوب الضمان لصيرورته
غاصبا ولا اجر على الغاصب على اصلنا ولان المغصوبات تملك على اصل اصحابنا وذا يمنع
وجوب الاجر عليه ولو استاجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها مكيلا اخر ثقله كثقل الحنطة
وضرره كضررها فعطبت لم يضمن وكذلك من استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا سماه
فزرع غيره وهما متساويان في الضرر بالارض وكذلك ان استاجر ليحمل عليها قدرا من حنطة
فحمل عليها قدرا من شعير وكذا اذا استاجر ارضا ليزرع فيها نوعا اخر ضرره اقل من ضرر
المسمى وهذا كله استحسان وهو قول اصحابنا الثلاثة والقياس ان يضمن وهو قول
زفر لان الخلاف قد تحقق فتحقق الغصب ولنا ان الخلاف الى مثله او الى ما هو دونه
في الضرر لا يكون خلافا معنى لان الثاني اذا كان مثله في الضرر كان الرضى بالاول رضى
بالثاني واذا كان دونه في الضرر فاذا رضي بالاول كان بالثاني ارضى فصار كما لو استاجرها
ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره وهما متساويان في الكيل او ليحمل عليها
عشرة فحمل عليها تسعة انه لا يصير مخالفا لما قلنا كذا هذا ولو استاجرها ليحمل
عليها عشرة اقفزة حنطة فحمل عليها احد عشر فان سلمت فعليه ما سمى من الاجر
ولا ضمان عليه وان عطبت يضمن جزا من احد عشر جزا من قيمة الدابة وهذا
قول عامة العلما وقال زفر وابن ابي ليلى يضمن قيمة كل الدابة لان التلف حصل
بالزيادة فكانت الزيادة علة التلف ولنا ان تلف الدابة حصل بالثقل والثقل
بعضه ماذون فيه وبعضه غير ماذون فيه فينقسم الثقل عشرة اجزا فيضمن
بقدر ذلك ونظير هذا ما قال اصحابنا في حايط بين شريكين ائلا ثا مال
الى الطريق فاشهد على احدهما دون الاخر فسقط الحايط على رجل فقتله
فعلى الذي اشهد عليه قدر نصيبه لانه مات من ثقل الحايط وثقل الحايط اثلاث
كذا هذا وعليه الاجر لانه استوفى المعقود عليه وهو حمل عشرة مخاتيم وانما خالف
في الزيادة وانها استوفيت من غير عقد فلا اجرة لها وكذا لو استاجر سفينة ليطرح
عليها عشرة اكرار فطرح فيها احد عشر فغرقت السفينة انه يجب الضمان بقدر
الزيادة عند عامة العلما وعند زفر وابن ابي ليلى يضمن كل قيمة السفينة لان
التلف حصل بسبب الزيادة فهي علة التلف الا ترى انه لو لم يزد لما حصل
التلف والجواب ان هذا ممنوع بل التلف حصل بالكل الا ترى ان الكر الزايد
لو انفرد لما حصل التلف فثبت ان التلف بالكل والبعض ماذون فيه والبعض غير
ماذون فيه فما هلك بما هو ماذون فيه لا ضمان عليه فيه وما هلك بما هو غير ماذون
فيه ففيه الضمان وصار كمسالة الحايط ولو استاجر دابة ليحمل عليها مائة رطل
من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا او اقل من وزنه فعطبت الدابة يضمن

قيمتها لان ضرر الدابة هاهنا ليس للثقل بل للانبساط والاجتماع لان القطن
ينبسط على ظهر الدابة والحديد يجتمع في موضع واحد فيكون انكى لظهر الدابة واعقر
فلم يكن ماذونا فيه فصار غاصبا فيضمن ولا اجرة عليه لما قلنا وكذلك اذا
استاجر ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حطبا او خشبا او اجرا او حديدا او نحو
ذلك مما يكون انكى لظهر الدابة واعقر حتى عطبت يضمن كل القيمة ولا
اجر عليه لما قلنا ولو استاجرها ليركبها فحمل عليها او استاجرها ليحمل عليها فاركبها حتى
عطبت ضمن لان الجنس اختلف وقد تكون القيمة في احدهما اكثر ولو استاجرها
ليركبها فاركبها من هو مثله في الثقل او اخف لان الخلاف ليس من جهة الخفة
والثقل بل من حيث الخرق والعلم فان خفيف البدن اذا لم يحسن الركوب
يضر بالدابة والثقيل الذي يحسن الركوب لا يضرها فاذا عطبت علم ان التلف
حصل من خرقه بالركوب فيضمن ولا اجر عليه لما قلنا ولو استاجرها ليركبها بنفسه
فاركب معه غيره فعطبت فهو ضامن نصف قيمتها ولا يعتبر الثقل هاهنا لان
تلف الدابة ليس من فعل الراكب بل من قلة معرفته بالركوب فصار تلفها بركوبهما
بمنزلة تلفها بجراحتها وركوب احدهما ماذون فيه وركوب الاخر
غير ماذون فيه فيضمن نصف قيمتها وصار كحائط بين شريكين
اثلاثا اشهد على احدهما فوقعت منه اجرة فقتلت رجلا فعلى الذي اشهد
عليه نصف ديته وان كان نصيبه من الحائط اقل من النصف لان التلف ما حصل
بالثقل بل بالجرح والجراحة اليسيرة كالكبيرة في حكم الضمان كمن جرح انسانا جراحة
وجرحه اخر جراحتين فمات من ذلك كان الضمان عليهما نصفين كذا هاهنا وعليه الاجر
لانه استوفى المعقود عليه وزيادة على ذلك وهو اركاب الغير وهو ان
الزيادة استوفيت من غير عقد فلا يجب بها الاجر هذا اذا كانت الدابة
تطيق اثنين فان كانت لا تطيقهما فعليه جميع قيمتها لانه اتلفها باركاب غيره
ولو استاجر حمارا باكاف فنزع الاكاف فاسرجه فعطبت فلا ضمان عليه
لان ضرر السرج اقل من ضرر الاكاف لانه ياخذ من ظهر الدابة اقل مما ياخذ
الاكاف ولو استاجر حمارا بسرج فنزع منه السرج واوكفه فعطب ذكر في الاصل
انه يضمن بقدر ما زاد الاكاف على السرج ولم يذكر الاختلاف وذكر في الجامع الصغير
انه يضمن كل القيمة في قول ابي حنيفة وفي قولهما يضمن بحسب الزيادة وجه
قولهما ان الاكاف والسرج كل واحد منهما يركب به عادة وانما يختلفان بالثقل
والخفة لان الاكاف اثقل فيضمن بقدر الاثقل كما اذا استاجره بسرج
فنزعه واسرجه بسرج اخر اثقل من الاول فعطب انه يضمن بقدر الزيادة
كذا هاهنا ولابي حنيفة ان الاكاف لا يخالف السرج في الثقل وانما يخالفه من
وجه اخر وهو انه ياخذ من ظهر الدابة اكثر ما ياخذ السرج ولان الدابة
التي لم تالف الاكاف يضرها الاكاف والخلاف اذا لم يكن للثقل يجب به جميع
الضمان كما اذا حمل مكان القطن الحديد بخلاف ما اذا بدل السرج بسرج اخر
اثقل منه او الاكاف باكاف اثقل منه لان التفاوت هناك من ناحية الثقل
فيضمن بقدر الزيادة كما في الزيادة على المقدرات بجنسها على ما مر ولو
استاجر حمارا عاريا فاسرجه ثم ركبه فعطب كان ضامنا لان السرج اثقل

على

على الدابة وقيل هذا اذا استاجر ليركبه خارج المصر وهو ممن عرض الناس
ليركب في المصر بغير سرج فاما اذا استاجره ليركبه خارج المصر او هو من
ذوي الهيات لا يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف
وكذا ذو الهيبة فكان الاسراج ماذونا فيه دلالة فلا يضمن ولو استاجر
حمارا بسرج فاسرجه بغيره فان كان سرجا يسرج بمثله الحمر فلا ضمان
عليه وان كان لا يسرج بمثله الحمر لا يضمن فهو ضامن لان الثاني اذا
كان مما يسرج بمثله الحمر لا يتفاوتان في الضرر فكان الاذن باحدهما
اذنا بالاخر دلالة واذا كان لا يسرج بمثله الحمر فان كان سرجا كبيرا كسروج
البراذين كان ضرره اكثر فكان ذلك اتلافا للدابة فيضمن وكذلك اذا لم
يكن عليه لجام فالجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بمثل ذلك اللجام
وكذلك ان ابدله لان الحمار لا يتلف باصل اللجام فاذا كان اللجام قد يلجم
بمثله فلم يوجد منه الاتلاف ولا الخلاف فلا يضمن واما الخلاف في المكان
فنحو ان يستاجر دابة للركوب او الحمل الى مكان معلوم فجاوز ذلك
المكان وحكمه انه كما جاوز المكان المعلوم دخل المستاجر في ضمانه
حتى لو عطب قبل العود الى المكان الماذون فيه يضمن كل القيمة ولو عاد
الى المكان الماذون فيه هل يبرا عن الضمان كان ابو حنيفة اولا يقول
يبرا كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وهو قول عيسى بن ابان وزفر
من اصحابنا ثم رجع وقال لا يبرا حتى يسلمها الى صاحبها سليمة وكذلك
العارية بخلاف الوديعة وجه قوله الاول ان الشيء امانة في يده الا ترى
انه لو هلك في يده قبل الخلاف لا ضمان عليه فكانت يده يد المالك
فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك فاشبه الوديعة ولهذا لو هلك في
يده ثم استحق بعد الهلاك وضمنه المستحق رجع على المواجر كالمودع
سواء بخلاف المستعير فانه لا يرجع وجه قوله الاخر ان يد المستاجر
يد نفسه لانه قبض الشيء لمنفعة نفسه فكانت يده يد نفسه لا يد المواجر
وكذا يد المستعير لما قلنا واذا كانت يده يد نفسه فاذا ضمن بالتعدي لا يبرا
من ضمانه الا برده الى صاحبه لانه لا تكون الاعادة الى المكان الماذون فيه
ردا الى يد نائب المالك فلا يبرا من الضمان بخلاف الوديعة لان يد المودع
يد المالك لا يد نفسه الا ترى انه لا ينتفع بالوديعة فكان العود الى الوفاق
ردا الى نائب المالك فكان ردا الى المالك فهو الفرق واما الرجوع على
الموجر بالضمان فليس ذلك لكون يده يد الموجر بل لانه صار مغرورا من
من جهته كالمشتري اذا استحق المبيع من يده انه يرجع على البائع
بسبب الغرور كذا هذا ولو استاجرها ليركبها الى مكان عينه
فركبها الى مكان اخر يضمن اذا هلك وان كان الثاني اقرب من الاول
لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق الى الاماكن فكان بمنزلة اختلاف
الجنس ولا اجر عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذي عينه لكن من
طريق اخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لا يضمن لانه لم
يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن اذا هلكت لصيرورته مخالفا غاصبا

بسلوكه وان لم يهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها
فعليه الاجر ولو استاجرها ليركبها او ليحمل عليها الى مكان معلوم فذهب بها ولم
يركبها ولم يحمل شيا فعليه الاجرة لانه سلم المنافع اليه بتسليم محلها الى
المكان المعلوم فصار كما لو استاجر دارا ليسكنها فسلم المفتاح اليه فلم
يسكن حتى مضت المدة انه يجب الاجرة لما قلنا كذا هذا ولو امسك الدابة
في الموضع الذي استاجرها اليه فان امسكها على قدر ما يمسك الناس الى ان يرحل
فهلكت فلا ضمان عليه لانه حبس الدابة ذلك القدر مستثنى عادة فكان
ماذونا فيه دلالة وان حبس مقدارا ما لا يحبس الناس مثله يومين او ثلاثة
فعطب يضمن لانه خالف في المكان بالامساك الخارج عن العادة فكان غاصبا
فيضمن اذا هلك ولا اجر عليه لما قلنا ولو لم يمسك يهلك فامسكها في بيته فلا
اجر عليه لما مر ان الاجر بمقابلة بتسليم الدابة في جميع الطريق ولم يوجد بخلاف
ما اذا استاجرها عشرة ايام ليركبها فحبسها ولم يركبها حتى ردها يوم العاشر
ان عليه الاجرة ويسع لصاحبها ان ياخذ ذلك وان كان يعلم انه لم يركبها
لان استحقاق الاجر في الاجارة على الوقت بالتسليم في الوقت وقد وجد
فتجب الاجرة كما في اجارة الدار ونحوها بخلاف الاجارة على المسافة فان الاستحقاق
هناك بالتسليم في جميع الطريق ولم يوجد فلم يجب واما الخلاف في الزمان
فنحو ان يستاجر الدابة ليركبها او ليحمل عليها مدة معلومة فانتفع بها زيادة على
المدة فعطبت الدابة في يده ضمن لانه صار بالانتفاع بها فيما وراء المدة المذكورة
غاصبا واما استيجار الصناع من الحايك والخياط والصباغ ونحوهم فالخلاف
ان كان في الجنس بان دفع ثوبا الى صباغ ليصبغه لونا فصبغه لونا اخر فصاحب
الثوب بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوب ابيض وسلم للاجير وان شا اخذ
الثوب واعطاه ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد اما خيار التضمين
فلفوات غرضه لان الاغراض تختلف باختلاف الالوان فله ان يضمنه قيمة
ثوب ابيض لتفويته عليه منفعة مقصودة فصار متلف الثوب عليه فكان له
ان يضمنه وان شا اخذ الثوب لان الضمان وجب حقا له فله ان يسقط حقه ولا
اجر له لانه لم يات بما وقع عليه العقد راسا حيث لم يوف العمل الماذون
فيه اصلا فلا يستحق الاجر كالغاصب اذا صبغ الثوب المغصوب ويعطيه
ما زاد الصبغ فيه ان كان الصبغ مما يزيد كالحمرة والصفرة ونحوهما لانه
عين مال قايم بالثوب فلا سبيل الى اخذه مجانا بلا عوض فياخذه ويعطيه ما
زاد الصبغ فيه رعاية للحقين ونظرا للجانبين كالغاصب وان كان الصبغ مما لا
يوثر كالسواد على اصل ابي حنيفة فاختار اخذ الثوب لا يعطيه شيا بل يضمنه
نقصان الثوب في قول ابي حنيفة بناء على ان السواد لا قيمة له عنده فلا يزيد
بل ينقص وعندهما له قيمة فكان حكمه حكم ساير الالوان ولو استاجر
ارضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطبة مع الزرع
جنسان مختلفان اذ الرطبة ليست لها نهاية معلومة بخلاف الزرع وكذا
الرطبة تضر بالارض ما لا يضر بالزرع فصار في الاشتغال بزراعة الرطبة
غاصبا اياها بل متلفا ولا اجر له لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقال هشام عن محمد

في رجل

في رجل امر انسانا بان ينقش في فصه اسمه فنقش اسم غيره انه يضمن الخاتم لانه
فوت الغرض المطلوب من الخاتم وهو الختم به فصار كالمتلف اياه قال واذا امر
رجلا ان يحمر له بيتا فخضره قال محمد اعطيه ما زادت الخضرة فيه ولا اجر له لانه لم
يعمل ما استاجره عليه راسا فلا يستحق الاجرة ولكن يستحق فيه الصبغ الذي زاد
في البيت لما مر ولو دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شا
ضمنه قيمة الثوب وان شا اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي لان
القباء والقميص يختلفان في الانتفاع فصار مفوتا منفعة مقصودة فصار
متلفا الثوب عليه فله ان يضمنه وله ان ياخذه ويعطيه اجر مثله لما قلنا
وان كان الخلاف في الصفة نحو ان دفع الى صباغ ثوبا ليصبغه بصبغ مسمى
فصبغه بصبغ اخر لكنه من جنس ذلك اللون فلصاحب الثوب ان يضمنه
قيمته ابيض ويسلم الثوب له وان شا اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز
به ما سمى اما ثبوت الخيار فلما ذكرنا في الخلاف في الجنس وانما وجب الاجر هاهنا
لان الخلاف في الصفة لا يخرج العمل من ان يكون معقودا عليه فقد اتى باصل
المعقود عليه الا انه لم يات بوصفه فمن حيث انه لم يات بالوصف الماذون
فيه لم يجب المسمى ومن حيث انه اتى بالاصل وجب اجر المثل ولا يجاوز به المسمى
لان هذا شان اجر المثل لما نذكر وروى هشام عن محمد فيمن دفع الى رجل
شبها ليضرب له طستا موصوفا معروفا فضرب له كوزا قال ان شا ضمنه
مثل شبهه ويصير الكوز للعامل وان شا اخذه واعطاه اجر مثل عمله لا يجاوز
به ما سمي لان العقد وقع على الضرب والصناعة صفة فقد فعل المعقود عليه
باصله وخالف في الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وعلى هذا اذا دفع غزلا الى حايك
ليحوك له ثوبا صفيقا فحاكه ثوبا رقيقا او شرط عليه ان يحوك له ثوبا رقيقا
فحاكه رقيقا ان صاحب الثوب بالخيار ان شا ضمنه مثل غزله وان شا اخذ
الثوب واعطاه اجر مثل عمله لا يجاوز به ما سمي وذكر في الاصل اذا دفع خفه
الى خفاف لينعله فانعله بنعل لا ينعل بمثله الخفاف فصاحب الخف بالخيار
ان شا ضمنه قيمته خفه بغير نعل وان شا اخذه واعطاه اجر مثله وقيمة
النعل لا يجاوز به ما سمي وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جايز وان لم يكن
جيدا اما ثبوت الخيار اذا انعله بما لا ينعل بمثله الخفاف فلانه لم يات
بالماموريه راسا بل اتى بما لم يومر به ابتداء فصار كالغاصب اذا انعل
الخف المغصوب فكان للمالك ان يضمنه كالغاصب وله ان ياخذ الخف لان
ولاية التضمين ثبت لحق المالك فاذا رضي بالاخذ كان له ذلك واذا اخذ اعطاه
اجر مثله لانه ماذون في العمل وقد اتى باصل العمل وانما خالف في الصفة فله
ان يختاره ويعطيه اجر المثل ولا يعطيه المسمى لان ذلك بمقابلة عمل موصوف
ولم يات بالصفة ويعطيه ما زاد النعل لانه عين مال قايم للخفاف فصار
بمنزلة الصبغ في الثوب وانما جعل الخيار في هذه المسايل الى صاحب
الخف والثوب لانه صاحب متبوع والنعل والصبغ تبع فكان اثبات الخيار
لصاحب الاصل اولى وان كان ينعل بمثله الخفاف فهو جايز وان لم يكن جيدا
لان الاذن يتناول ادنى ما عليه الاسم وقد وجد ولو شرط عليه جيدا فانعله

بغير جيد فان شا ضمنه قيمة الخف وان شا اخذ الخف واعطاه اجر مثله في عمله
وقيمة ما زاد فيه لا يجاوز به ما سمي لان الردي من جنس الجيد وثبت الخيار لفوات
الوصف المشروط وان كان الخلاف في القدر نحو ما ذكر محمد رحمه الله في الاصل في رجل
دفع غزلا الي حايك بنسجه سبعا في اربعة فخالف بالزيادة او بالنقصان فان خالف
بالزيادة على الاصل فان الرجل بالخيار ان شا ضمنه مثل غزله وسلم الثوب له وان شا
اخذ الثوب واعطاه الاجر المسمي اما ثبوت الخيار فلانه لم يحصل له غرضه لان
الزيادة في قدر الذرع توجب نقصانا في الصفة وهي الصفاقة فيفوت غرضه
فيثبت له الخيار فان شا ضمنه مثل غزله بتعديه عليه بتفويت منفعة مقصودة
وان شا اخذه واعطاه الاجر الذي سماه لانه اتي باصل العمل الذي هو معقود عليه
وانما خالف في الصفة والخلاف في صفة العمل لا يخرج العمل من ان يكون معقودا عليه
كمن اشتري شيا فوجده معيبا حتي كان له ان ياخذه مع العيب وان كان الخلاف في
النقصان ففيه روايتان ذكر في الاصل ان له ان ياخذه ويعطيه من الاجر بحسابه
وذكر في رواية اخري ان عليه اجر المثل وجه هذه الرواية انه لما نقص في القدر
فقد فوت الغرض المطلوب من الثوب فصار كانه عمل بحكم اجارة فاسدة ليس
فيها اجر مسمي وجه رواية الاصل ان العقد وقع علي عمل مقدر ولم يات بالمقدر
كما لو عقد علي نقل كر من طعام الي موضع كذا بدرهم فنقل بعضه انه يستحق من الاجر بحسابه
كذا ههنا وان اوفاه الوصف وهو الصفاقة والذرع وزاد فيه فقد روي هشام
عن محمد ان صاحب الثوب بالخيار ان شا ضمنه مثل غزله وصار الثوب للصانع وان
شا اخذ الثوب واعطاه المسمي ولا يزيد للذرع الزايد شيا اما ثبوت الخيار
فلتغير الصفة اذ الانسان قد يحتاج الي الثوب القصير ولا يحتاج الي الطويل
فيثبت له الخيار ولانه اذا زاد في طوله فقد استكثر من الغزل فان اخذه فلا اجر له
في الزيادة لانه متطوع فيها حيث عملها بغير اذن صاحبها فكان متبرعا فلا يستحق الاجر
عليها وذكر في الاصل اذا اعطي صباغا ثوبا ليصبغه بعصفر ربع الهاشمي بدرهم
فصبغه بقفيز عصفر واقر رب الثوب بذلك فان رب الثوب بالخيار
ان شا ضمنه قيمة ثوبه وان شا اخذ الثوب واعطاه ما زاد العصفر فيه
مع الاجر وذكر القدوري ان مشايخنا ذكروا فيه تفصيلا فقالوا ان هذا علي
وجهين ان كان صبغه اولا بربع الهاشمي ثم صبغه بثلاثة ارباع القفيز فصاحب
الثوب بالخيار ان شا ضمنه قيمة ثوبه وان شا اخذه واعطاه الاجر المسمي وما زاد
لثلاثة ارباع القفيز في الثوب لانه لما افرده بالصبغ الماذون فيه اولا وهو
ربع الهاشمي فقد اوفي المعقود عليه فصار متعديا بالصبغ الثاني كانه غصب
ثوبا مصبوغا بعصفر بالربع ثم صبغه بثلثة الارباع فيثبت له الخيار ان
شا اخذ الثوب واعطاه المسمي لانه سلم الصبغ المعقود عليه فيلزمه المسمي ويعطيه
ما زاد الصبغ الثاني فيه لانه عين مال قايم للصباغ في الثوب وان شا ضمنه قيمة
الثوب مصبوغا بربع القفيز ووجب الاجر لان الصبغ في حكم المقبوض من وجه لحصوله
في ثوبه لكن لم يكمل القبض فيه لانه لم يصل الي يده فكان مقبوضا من وجه دون
وجه فكان له فسخ القبض لتغير الصفة المقصودة وله ان يضمنه ويضمن الاجر
وان كان صبغه ابتدا بقفيز فله ما زاد الصبغ ولا اجر له لانه لم يوف بالعمل

الماذون

الماذون فيه فلم يجعل المعقود عليه فيصير كانه غصب ثوبا وصبغه بعصفر وروي
ابن سماعة عن محمد خلاف ذلك وهو ان له ان ياخذ الثوب ويغرم الاجر وما زاد العصفر
فيه مجتمعا كان او متفرقا لان الصبغ لا يتشرب في الثوب دفعة واحدة بل شيا فشيا فيستوي
فيه الاجتماع والافتراق والله اعلم واما الاجارة الفاسدة وهي التي فاتها شرط
من شرايط الصحة فحكمها الاصلي هو ثبوت الملك للموجر في اجر المثل لا في المسمي بمقابلة
استيفا المنافع المملوكة ملكا فاسدا لان الموجر لم يرض باستيفا المنافع الا ببدل
ولا وجه الي ايجاب المسمي لفساد التسمية فيجب اجر المثل ولان الموجب الاصلي في عقود
المعاوضات هو القيمة لان مبناها علي القيمة والمعادلة هي العدل الا انها مجهولة
لانها تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين فيعدل منها الي المسمي
عند صحة التسمية فاذا فسدت وجب المصير الي الموجب الاصلي وهو اجر المثل
ههنا لانه قيمة المنافع المستوفاة الا انه لا يزاد علي المسمي في عقد فيه تسمية عند
اصحابنا الثلاثة وعند زفر يزاد ويجب بالغا ما بلغ بنا علي المنافع عند اصحابنا الثلاثة غير
متقومة شرعا بانفسها وانما تتقوم بالعقد بتقويم العاقدين والعاقدان ما
قوماها الا بالقدر المسمي فلو وجبت الزيادة علي المسمي لوجبت بلا عقد وانها
لا تتقوم بلا عقد بخلاف البيع الفاسد ان المبيع بيعا فاسدا مضمون بقيمته
بالغة ما بلغت لان الضمان هناك بمقابلة العين والاعيان متقومة بانفسها
فوجب كل قيمتها وفي قول زفر وبه اخذ الشافعي هي متقومة بانفسها بمنزلة الاعيان
فكانت مضمونة بجميع قيمتها كالاعيان هذا اذا كان في العقد تسمية فاما اذا لم يكن فيه
تسمية فانه يجب اجر المثل بالغا ما بلغ بالاجماع لانه اذا لم يكن فيه تسمية والاجر
لا يرضي باستيفا المنافع بغير بدل كان ذلك تمليكا بالقيمة التي هي الموجب الاصلي
دلالة وكان تقويما للمنافع باجر المثل اذ هو قيمة المنافع في الحقيقة ولا يثبت في هذه
الاجارة شي من الاحكام التي هي من التوابع الا ما يتعلق بصفة المستاجر له وفيه
وهي كونه امانة في يد المستاجر حتي لو هلك لا يضمن المستاجر لحصول الهلاك في قبض ماذون
فيه من قبل المواجر واما الاجارة الباطلة وهي التي فاتها شرط من شرايط الانعقاد فلا
حكم لها راسا لان ما لا ينعقد فوجوده في حق الحكم وعدمه بمنزلة واحدة وهو تفسير
الباطل من التصرفات الشرعية كالبيع ونحوه والله اعلم فصل واما حكم اختلاف
العاقدين في عقد الاجارة فان اختلفا في مقدار البدل او المبدل والاجارة وقعت
صحيحة ينظر ان كان اختلافهما قبل استيفا المنافع تحالفا لقول النبي صلى الله عليه
وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا والاجارة نوع بيع فيتناولها الحديث
والرواية الاخري وهي قوله والسلعة قايمة بعينها تتناول بعض انواع الاجارة
وهو ما اذا باع عينا بمنفعة واختلفا فيها واذا ثبت التحالف في نوع بالحديث
ثبت في الانواع كلها بنتيجة الاجماع لان احدا لا يفصل بينهما ولان التحالف قبل
استيفا المنفعة موافق للاصول لان اليمين في اصول الشرع علي المنكر وكل
واحد منهما مدع من وجه ومنكر من وجه لان المواجر يدعي علي المستاجر زيادة
الاجرة والمستاجر منكر والمستاجر يدعي علي الموجر وجوب تسليم الموجر بما يدعي
من الاجرة والموجر ينكر فكان كل واحد منهما منكرا من وجه واليمين وظيفة المنكر
في اصول الشرع ولهذا جري التحالف قبل القبض في بيع العين والتحالف ههنا قبل

قبل

القبض لانهما اختلفا في استيفا المنفعة ثم ان كان الاختلاف في قدر البدل
يبدا بيمين المستاجر لانه منكر وجوب الاجرة الزايدة وان كان في قدر البدل
يبدا بيمين الموجر لانه منكر وجوب تسليم زيادة المنفعة واذا تحالفا
يفسخ وايهما نكل لزمه دعوي صاحبه لان النكول بدل او اقرار والبدل والمبدل
كل واحد منهما يحتمل البدل والاقرار وايهما اقام البينة يقضي ببينته لان الدعوي
لا تقابل الحجة وان اقاما جميعا البينة فان كان الاختلاف في البدل فبينة المواجر
اولي لانها تثبت زيادة الاجرة وان كان الاختلاف في المبدل فبينة المستاجر اولي
لانها تثبت زيادة المنفعة فان ادعي الموجر فضلا فيما يستحق من الاجر وادعي
المستاجر فضلا فيما يستحق من المنفعة بان قال الموجر اجرتك منه الدابة
الي القصر بعشرة وقال المستاجر الي الكوفة بخمسة او قال الموجر اجرتك
شهرا بعشرة وقال المستاجر شهرين بخمسة فالامر في التحالف والنكول
واقامة احدهما البينة علي ما ذكرنا وان اقاما جميعا البينة قبلت بينة كل واحد
منهما علي الفعل الذي يستحقه بعقد الاجارة فيكون الي الكوفة بعشرة وشهرين
بعشرة لان بينة كل واحد منهما تثبت زيادة لان بينة الموجر تثبت زيادة الاجر
وبينة المستاجر تثبت زيادة المنفعة فتقبل كل واحد منهما علي الزيادة التي تثبتها
وان كان اختلافهما بعد ما استوفي المستاجر بعض المنفعة بان سكن الدار
المستاجرة بعض المدة او ركب الدابة المستاجرة بعض المسافة ثم اختلفا
فالقول قول المستاجر فيما مضي مع يمينه ويتحالفان وتفسخ الاجارة فيما
بقي لان العقد علي المنافع ساعة فساعة علي حسب حدوثها شيا فشيا فكل
فكان كل جزء من اجزا المنفعة معقودا عليه مبتدا فكان ما بقي من المدة او المسافة
منفردا بالعقد فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع علي قول ابي حنيفة
انه لا يثبت التحالف عنده لان البيع ورد علي جملة واحدة وهي العين القايمة
للحال وكل جزء من المبيع ليس بمعقود عليه مبتدا انما الجملة معقود عليها بعقد
واحد فاذا تعذر الفسخ في قدر الهالك سقط في الباقي وان كان اختلافهما
بعد مضي وقت الاجارة او بعد بلوغ المسافة التي استاجر اليها لا يتحالفان
فيه والقول قول المستاجر في مقدار البدل مع يمينه ولا يمين علي الموجر
لان التحالف يثبت الفسخ والمنافع المنعدمة لا تحتمل فسخ العقد فلا يثبت
التحالف وهذا علي اصل ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر لان قيام المبيع في
باب البيع شرط جريان التحالف حتي لا يثبت التحالف في المبيع الهالك والمنافع
هاهنا هالكة فلا يثبت فيها التحالف واما محمد فيحتاج الي الفرق بين المبيع
الهالك وبين المنافع الهالكة ووجه الفرق له ان المنافع غير متقومة بانفسها
علي ما قلنا وانما تتقوم بالعقد فاذا فسخت الاجارة بالتحالف تبقي المنافع مستوفاة
من غير عقد فلا تتقوم فلا يثبت التحالف بخلاف الاعيان فانها متقومة
بانفسها فاذا فسخ البيع بالتحالف يبقي المبيع متقوما بنفسه في يد المشتري
فيجب عليه قيمته وانما كان القول قول المستاجر لانه المستحق عليه
والخلاف متي وقع في الاستحقاق كان القول قول المستاجر عليه والله اعلم
وان كان الاختلاف في جنس الاجرة بان قال المستاجر استاجرت منك الدابة

الي موضع كذا بعشرة دراهم وقال الاخر بدينار فالحكم في التحالف والنكول واقامة
احدهما البينة ما وصفنا فان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة الموجر لانها تثبت
الاجرة حقا له وبينة المستاجر تثبت الاجر حقا فكانت بينة الموجر اولي بالقبول
ولو اختلفا فقال المواجر اجرتك منه الدابة الي القصر بدينار وقال المستاجر
الي الكوفة بعشرة دراهم واقاما البينة فهي الي الكوفة بدينار وخمسة دراهم
لان الاختلاف الي القصر وقع في البدل فكانت بينة الموجر اولي لما قلنا
وتثبت الاجرة الي القصر بدينار ثم المستاجر يدعي من القصر الي الكوفة
بخمسة لان القصر نصف الطريق والموجر يجحد منه الاجارة فالبينة المثبتة
للاجارة اولي من النافية وقد روي بن سماعة عن ابي يوسف في رجل استاجر من
رجل دارا سنة فاختلفا فاقام المستاجر البينة انه استاجر احد عشر شهرا منها بدرهم
وشهرا بتسعة واقام رب الدار البينة انه اجرها بعشرة قال فاني اخذ ببينة رب
الدار لانه يدعي فضل اجرة في احد عشر شهرا وقد اقام علي ذلك بينة فتقبل بينته
فاما الشهر الثاني عشر فقد اقر المستاجر للموجر فيه بفضل الاجرة فيما ادعي
فان صدقه علي ذلك والا سقط الفضل بتكذيبه ولو اختلف الخياط ورب الثوب
فقال رب الثوب امرتك ان تقطعه قبا وقال الخياط امرتني ان اقطعه
قميصا فالقول قول رب الثوب مع يمينه عندنا والخياط ضامن قيمة الثوب
وان شا رب الثوب اخذ الثوب واعطاه اجر مثله وقال بن ابي ليلي القول
للخياط مع يمينه واختلف قول الشافعي فقال في موضع مثل قولهما وفي موضع
قال يتحالفان فاذا حلفا سقط الضمان عن الخياط وسقط الاجر وجه قول بن ابي ليلي ان
صاحب الثوب اقر بالاذن بالقطع ثم انه يدعي زيادة صفة توجب الضمان ويسقط
والخياط ينكر فكان القول قوله ولنا ان الاذن يستفاد من قبل صاحب الثوب
فكان القول في صفة الاذن قوله ولهذا لو وقع الخلاف في صفة الاذن بالقطع
فقال صاحب الثوب لم اذن بالقطع كان القول قوله فكذا اذا قال لم اذن
بقطعه قميصا وقد خرج الجواب عما ذكره بن ابي ليلي لان الماذون فيه قطع
القبا لا مطلق القطع ولا معني لاحد قولي الشافعي لان التحالف وضع للفسخ
ولا يمكن الفسخ هاهنا فلا يثبت التحالف ولان صاحبه يدعي علي الخياط الغصب
والخياط يدعي الاجر وذلك لا يثبت فيه تحالف وانما كان له تضمين الخياط قيمة
الثوب لان صاحب الثوب لما حلف علي دعوي الخياط فقد صار الخياط
بقطعه الثوب لا علي الصفة الماذون فيها متصرفا في ملك غيره بغير اذنه
فصار متلفا الثوب عليه فيضمن قيمته وان شا رب الثوب اخذ الثوب
واعطاه اجر مثله اما اختيار اخذ الثوب فلانه اتي باصل المعقود عليه
مع تغير الصفة فكان لصاحب الثوب الرضا واعطاه اجر المثل لا المسمي لانه لم
يات بالماموربه علي الوجه الذي امر به وطريقة اخري لبعض مشايخنا ان منفعة
القبا والقميص متفاوتة لانه يمكن ان ينتفع بالقبا انتفاع القميص بان يشد وسطه
وازرار وانما يفوت بعض الاغراض فقد وجد المعقود عليه مع العيب
فيستحق الاجر حتي قالوا لو قطعه سراويلا لم تجب الاجرة لاختلاف منفعة
القبا والسراويل فلم يات بالمعقود عليه راسا قال القدوري رحمه الله

والرواية بخلاف هذا فان هشاما روي عن محمد في رجل دفع شبها ليضرب به طستا
موصوفا معروفا فضربه كوزا ان صاحبه بالخيار ان شا ضمنه مثل شبهه
والكوز للعامل وان شا اخذه واعطاه اجر مثله لا يجاوز به ما سمي ففي السرا وبل
يجب ان يكون كذلك ووجهه ما مر ان العقد وقع علي الضرب والصياغة صفة
فقد وافق في اصل المعقود عليه وخالف في الصفة فيثبت للمستعمل الخيار وروي
ابن سماعة وبشر عن ابي يوسف في رجل امر رجلا ان ينزع له ضرسا متاكلا
فنزع ضرسا متاكلا فقال الامر امرتك بغير هذا الاجر وقال المامور امرتني
بالذي نزعت فان اباحنيفة قال في ذلك القول قول الامر مع يمينه لما بينا
ان الامر يستفاد من قبله خاصة فكان القول في المامور به قوله وذكر في
الاصل في رجل دفع الي صباغ ثوبا ليصبغه احمر فصبغه احمر علي ما وصف
له بالعصفر ثم اختلفا في الاجرة فقال الصباغ عملته بدرهم وقال رب
الثوب بدانقين فان قامت لهما بينة اخذت ببينة الصباغ وان لم يقم
لهما بينة فاني انظر الي ما زاد العصفر في قيمة الثوب فان كان درهما او اكثر
اعطيته درهما بعد ان يحلف الصباغ ما صبغته بدانقين وان كان ما زاد
في الثوب من العصفر اقل من دانقين اعطيته دانقين بعد ان يحلف صاحب
الثوب ما صبغته الا بدانقين اما اذا قامت لهما بينة فلان بينة الصباغ
تثبت زيادة اجرة فكانت اولي بالقبول واما اذا لم يقم لهما بينة فلان ما
زاد العصفر في قيمة الثوب اذا كان درهما او اكثر كان الظاهر شاهدا للصباغ
الا انه لا يزاد علي درهم لانه رضي بسقوط الزيادة واذا كان ما زاد العصفر
دانقين كان الظاهر شاهدا لرب الثوب الا انه لا ينقص من دانقين لانه رضي
بذلك وان كان يزيد في الثوب نصف درهم قال اعطيت الصباغ ذلك بعد
ان حلف ما صبغته بدانقين لما ذكرنا ان الدعوي اذا سقطت للتعارض حكم
الصبغ فوجب قيمة الصبغ وهذا بخلاف القصار مع رب الثوب اذا اختلفا
في مقدار الاجرة ولا بينة لهما ان القول قول رب الثوب مع يمينه لانه ليس
في الثوب عين مال قايم للقصار فلم يوجد ما يصلح حكما فيرجع الي قول صاحب
الثوب لان القصار يدعي عليه زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله
مع يمينه وكذلك كل صبغ له قيمة فان كان الصبغ اسود فالقول قول رب
الثوب مع يمينه علي اصل ابي حنيفة ان السواد نقصان عنده وكذلك كل
صبغ ينقص الثوب لانه تعذر القضا بالدعوي للتعارض ولا سبيل الي الرجوع
الي قيمة الصبغ لانه لا قيمة له فيرجع الي قول المستحق عليه ولو اختلف الصباغ
ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك بالعصفر وقال الصباغ بالزعفران
فالقول قول رب الثوب في قولهم جميعا لان الاذن يستفاد من قبله ومن
هذا النوع ما اذا امر المستعمل الصانع بالزيادة من عنده ثم اختلفا
فقال في الاصل في رجل دفع غزلا الي حايك ينسجه ثوبا وامره ان
يزيد في الغزل رطلا من عنده مثل غزله علي ان يعطيه ثمن الغزل واجرة
الثوب دراهم مسماة فاختلفا بعد الفراغ من الثوب فقال الحايك قد زدت
وقال رب الثوب لم تزد فالقول قول رب الغزل مع يمينه علي علمه انه يمين

علي فعل الغير فان حلف بري وان نكل عن اليمين لزمه مثل الغزل لان النكول حجة
يقضي بها في هذا الباب فان اقام الصانع بينة قبلت بينته ولو اتفقا ان غزل
المستعمل كان منا وقال الصانع قد زدت فيه رطلا فوزن الثوب فوجد
زايدا علي ما دفع اليه زيادة لا يعلم ان مثلها يكون من الرقيق وادعي رب
الثوب ان الزيادة من الرقيق فالقول قول الصانع لان رب الثوب يدعي
خلاف الظاهر وان كان الثوب مستهلكا قبل ان يعلم وزنه ولم يقر المستعمل
ان فيه ما قال الصانع فالقول قول رب الثوب لان الصانع يدعي عليه
ولا ظاهر يشهد له هاهنا فلم يقبل قوله وقال هشام عن محمد في رجل
دفع الي صايغ عشرة دراهم فضة وقال زد عليها درهمين قرضا علي فصغه
قلبا واجرك فصاغه درهم فصاغه وجا به محشوا فاختلفا فقال الصايغ
قد زدت عليه درهمين وقال رب القلب لم تزد شيا قال محمد يتحالفان
ثم الصايغ بالخيار ان شا دفع اليه القلب واخذ منه اجرة خمسة دوا[نق]
وان شا دفع اليه عشرة دراهم فضة واخذ القلب لانه يدعي علي الصايغ استحقاق
القلب بغير شي وهو ينكر فيستحلف واذا ابطل دعوي الصايغ في القلب علم ان الوزن
عشرة وانما بدل صاحب القلب للصايغ درهما لصياغته اثني عشر
درهما فاذا لم تثبت الزيادة لزمه للعشرة خمسة دوانق وانما كان للصايغ
ان يحبس القلب ويعطي صاحب القلب مثل فضته لان عنده ان الزيادة
ثابتة وانه يتضرر ببطلان حقه عنها من غير عوض للقرض فلا يجوز استحقاقها
بغير رضاه ولا ضرر علي صاحب القلب لانه وصل اليه مثل حقه قال ابن
سماعة عن محمد في رجل دفع الي نداف ثوبا يندف عليه وامره ان يزيد
من عنده ما راي ثم ان صاحب الثوب اتاه وقد ندف علي الثوب عشرين
استارا من قطن فاختلفا فقال صاحب الثوب دفعت اليك خمسة عشر استارا
من قطن وامرتك ان تزيد عليه عشرة وتنقص ان رايت فلم تزد الا خمسة
اساتير وقال النداف دفعت الي عشرة وامرتني ان ازيد عشرة وزدتها
فالقول قول النداف وعلي صاحب الثوب ان يدفع اليه عشرة اساتير من قطن
كما ادعي لان صاحب الثوب لا يدعي علي النداف مخالفة ما امره به وانما يدعي
انه دفع اليه خمسة عشر استارا فكان القول قول النداف في
مقداره فبقي العشرة زيادة قبضها صاحب الثوب وان كان
صاحب الثوب قال دفعت اليك خمسة عشر وامرتك ان تزيد
عليه خمسة عشر وقال النداف دفعت الي عشرة وامرتني ان ازيد
عليه عشرة فزدت عشرة فصاحب الثوب في هذا بالخيار ان شا صدقه
ودفع اليه عشرة اساتير واخذ ثوبه وان شا اخذ قيمة ثوبه ومثل عشرة اساتير
للقطن فكان الثوب للنداف لان النداف يزعم فعل ما امر به وصاحب الثوب
يدعي الخلاف فكان القول قوله فيما امر به والقول قول النداف في مقدار ما
قبض وقال بشر عن ابي يوسف في رجل اعطي رجلا ثوبا ليقطعه قبا محشوا
ودفع اليه البطانة والقطن فقطعه وخاطه وحشاه واتفقا علي العمل
والاجر وان الثوب ثوب رب الثوب والقطن قطنه غير ان رب الثوب

قال البطانة ليست بطانتي فان القول في ذلك مع يمينه البينة ان يمنع بطا
وتلزم رب الثوب ويسع رب الثوب ان ياخذ البطانة فيلبسها لان البطانة
امانة في يد الخياط فكان القول قوله فيها ثم ان كانت بطانة صاحب الثوب
حل له لبسها وان كانت غيرها فقد رضي الخياط بدفعها اليه بدل بطانته فحل له
له لبسها وروي بشر بن سماعة عن ابي يوسف فيمن اعطي حمالا متاعا ليحمله من
موضع الي موضع باجر معلوم فحمله ثم اختلفا فقال رب المتاع ليس هذا متاعي
وقال الحمال هو متاعك فالقول قول الحمال مع يمينه ولا ضمان عليه ولا يكون على
الامر الاجر الا ان يصدقه وياخذه لان المتاع امانة في يد الحمال فكان القول
قوله ولا يلزم صاحب المتاع الاجر لانه لم يعترف باستيفا المنافع فان صدقه
فقد رجع عن قوله فوجب عليه الاجر قال والنوع الواحد والنوعان سوا الا انه في
النوع الواحد افحش واقبح يريد بهذا لو حمله طعاما او زيتا فقال الاجير
هذا طعامك بعينه وقال رب الطعام كان طعامي اجود من هذا يفحش ان يكون
القول فيه قول رب الطعام ويبطل الاجر ويحسن ان يكون القول قول
الحمال وياخذ الاجر ان كان قد حمله فاما اذا كانا نوعين مختلفين فان جا بشعير
وقال رب الطعام كان طعامي حنطة فلا اجر للحمال حتي يصدقه وياخذه
وانما يقال يقبح في الجنس الواحد لان عند اتحاد الجنس يملك صاحب
الطعام ان ياخذ العين عوضا عن طعامه لان الحمال قد بذل له ذلك فاذا حصل
له العوض سلمت له المنفعة فاما في النوعين فلا يسعه ان ياخذ النوع الاخر
الا بالتراضي بالبيع فما لم يصدقه لا يستحق عليه الاجر ولو اختلف الصانع والمستاجر
في اصل الاجر كالنساج والقصار والخفاف والصباغ فقال رب الثوب والخف
عملته لي بغير شرط وقال الصانع بل عملته باجرة درهم او اختلف رب الدار
مع المستاجر فقال رب الدار اجرتكها منك بدرهم وقال الساكن بل سكنتها
عارية فالقول قول صاحب الثوب والخف وساكن الدار في قول ابي حنيفة
مع يمينه ولا اجر عليه وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفه فعليه الاجر والا فلا
وقال محمد ان كان الرجل انتصب للعمل فالقول قوله وان لم يكن انتصب
للعمل فالقول قول صاحبه وعلى هذا الخلاف اذا اتفقا على انهما لم يشترطا الاجر
لكن الصانع قال اني عملت بالاجر وقال رب الثوب ما شرطت لك شيا فلا
يستحق شيا وجه قولهما اعتبار العرف والعادة فان انتصابه للعمل وفتح
الدكان لذلك دليل على انه لا يعمل الا بالاجرة وكذا اذا كان حريفه فكان المعقود
عليه موجودا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ولابي حنيفة ان المنافع
على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد ولم يوجد اما اذا اتفقا على انهما لم يشرطا
الاجر فظاهر وكذا اذا اختلفا في الشرط لان العقد لا يثبت مع الاختلاف
للتعارض فلا تجب الاجرة ثم ان كان في المصنوع عين قايمة للصانع كالصبغ
الذي يزيد والنعل يغرم رب الثوب والخف للصانع ما زاد الصبغ والنعل
فيه لا يجاوز به درهما والله اعلم **فصل** واما بيان ما ينتهي به عقد الاجارة
تنعقد الاجارة بينتهي باشيا منها الاقالة لانه معاوضة المال بالمال
فكان محتملا للاقالة كالبيع ومنها موت من وقع له الاجارة الا بعذر عند نا

وعند

وعند الشافعي لا تبطل بالموت كبيع العين والكلام فيه بنا على اصل ذكرنا في كيفية
انعقاد هذا العقد وهو ان الاجارة تنعقد عندنا ساعة فساعة على حسب
حدوث المنافع شيا فشيا واذا كان كذلك فما يحدث من المنافع في يد الوارث
لم يملكها المورث لعدمها والملك صفة الموجود لا المعدوم فما يملكها الوارث
اذ الوارث انما يملك ما كان على ملك المورث فما لم يملكه يستحيل وراثته
بخلاف بيع العين لان العين مال قايم بنفسه ملكه المورث الي وقت الموت فجاز ان
ينتقل منه الي الوارث ولان المنافع لا تملك الا بالعقد وما يحدث منها في يد الوارث
لم يعقد عليه راسا لانها كانت معدومة حال حيوة المورث وعند الشافعي
منافع المدة تجعل موجودة للحال كانها اعيان قايمة فاشبه بيع العين والبيع لا يبطل
بموت احد المتبايعين كذا الاجارة وعلى هذا يخرج ما اذا اجر رجلان دارا من
رجل ثم مات احد المواجرين ان الاجارة تبطل في نصيبه عندنا وتبقي في نصيب
الحي على حالها لان هذا شيوع طاري وانه لا يوثر في العقد في الرواية المشهورة لما
بينا فيما تقدم وكذلك لو استاجر رجلان من رجل دارا فمات احد المستاجرين
فان رضي الوارث بالبقا على العقد ورضي العاقد جاز ايضا جاز ويكون بمنزلة
عقد مبتدا ولو مات الوكيل بالعقد لا تبطل الاجارة لان العقد لم يقع له
وانما هو عاقد وكذا اذا مات الاب او الوصي لما قلنا وكذا لو مات اب الصبي في
استيجار الظير لا تنتقض الاجارة لان الاجارة وقعت للصبي والظير وهما قايمان
ولو ماتت الظير انتقضت الاجارة وكذا لو مات الصبي لان كل واحد منهما معقود
له والاصل ان الاجارة تبطل بموت المعقود له ولا تبطل بموت العاقد وانما
كان كذلك لان استيفا العقد بعد موت من وقع له العقد يوجب تغيير
موجب العقد لان من وقع له ان كان هو المواجر فالعقد يقتضي استيفا المنافع
من ملكه ولو بقيناه بعد موته لاستوفيت المنافع من ملك غيره وهذا خلاف
مقتضي العقد وان كان هو المستاجر فالعقد يقتضي استحقاق الاجرة من ماله
ولو بقينا العقد بعد موته لاستحقت الاجرة من مال غيره وهذا خلاف موجب
العقد بخلاف ما اذا مات من لم يقع العقد له كالوكيل ونحوه لان العقد
منه لا يقع مقتضي استحقاق المنافع ولا استحقاق الاجرة من ملكه فابقا العقد
بعد موته لا يوجب تغيير موجب العقد وكذلك الولي في الوقف اذا عقد
ثم مات لا ينتقض الاجارة له لان العقد لم يقع له فموته لا يغير حكمه ولو
استاجر دابة الي مكة فمات المواجر في بعض المفازة فله ان يركبها او يحمل عليها
الي مكة او الي اقرب الاماكن من المصر لان الحكم ببطلان الاجارة هاهنا يودي
الي الضرر بالمستاجر لما فيه من تعريض ماله ونفسه للتلف فيجعل ذلك عذرا
في ابقا الاجارة هذا معني قولهم ان الاجارة كما يفسخ بالعذر تبقي بالعذر وقالوا
فيمن اكتري ابلا الي مكة ذاهبا وجائيا فمات الجمال في بعض الطريق فللمستاجر
ان يركبها الي مكة او يحمل عليها وعليه المسمي لان الحكم بانفساخ الاجارة في الطريق
الحاق الضرر بالمستاجر لانه لا يجد ما يحمله ويحمل قماشه والحاق الضرر
بالورثة اذا كانوا غيبا لان المنافع تفوت من غير عوض فكان في استيفا العقد
نظر من الجانبين فاذا وصل الي مكة رفع الامر الي الحاكم لانه لا ضرر عليه في فسخ

ذلك صح

والا فلا صح

الاجارة عند ذلك لانه يقدر على ان يستاجر من جمال اخر ثم ينظر الحاكم في الاصلح فان راي بيع الجمال وحفظ الثمن اصلح للورثة فعل ذلك وان راي امضا الاجارة الي الكوفة اصلح فعل ذلك لانه نصب ناظرا محتاطا وقد يكون احد الامرين احوط فيختار ذلك قالوا والافضل اذا كان المستاجر ثقة ان يمضي القاضي الاجارة والافضل اذا كان غير ثقة ان يفسخها فان فسخها وقد كان المستاجر عجل الاجرة سمع القاضي بينته عليها وقضاه من ثمنها لان الاجارة اذا انفسخت فللمستاجر امساك العين حتى يستوفي جميع الاجرة وقام القاضي مقام الغايب فينصب له خصما وسمع عليه البينة ولو مات احد ممن وقع له عقد الاجارة قبل انقضا المدة وفي الارض المستاجرة زرع لم يستحصد يترك ذلك في الارض الي ان يستحصد ويكون على المستاجر او على ورثته ما سمي من الاجر لان في الحكم بالانفساخ وقلع الزرع ضررا بالمستاجر وفي الابقا من غير عوض ضررا بالوارث ويمكن توفير الحقين من غير ضرر بابقا الزرع الي ان يستحصد بالاجر فيجب القول به وانما وجب المسمي استحسانا والقياس ان يجب اجر المثل لان العقد انفسخ حقيقة وانما بقيناه حكما فاشبه شبهة العقد واستيفا المنافع شبهة العقد فوجب اجر المثل كما لو استوفاها بعد انقضا المدة وجه الاستحسان ان التسمية تناولت هذه المدة فاذا مست الضرورة الي الترك بعوض كان ايجاب العوض المسمي اولى لوقوع التراضي به بخلاف الترك بعد انقضا المدة فتعذر ايجاب المسمي فوجب اجر المثل لان التسمية لم تتناول ما بعد انقضا المدة فتعذر ايجاب المسمي فوجب اجر المثل ومنها هلاك المستاجر والمستاجر فيه لوقوع الياس بعد عن استيفا المعقود عليه بعد هلاكه فلم يكن في بقا العقد فايدة حتى لو كان المستاجر عبدا او ثوبا او حليا او ظرفا او دابة معينة فهلك او هلك الثوب المستاجر فيه للخياطة او للنقصان بطلت الاجارة لما قلنا وان كانت الاجارة على دواب بغير اعيانها فسلم اليه دواب فقبضها فماتت لا تبطل الاجارة وعلى الموجر ان ياتيه بغير ذلك لانه هلك ما لم يقع عليه العقد لان الدابة اذا لم تكن معينة فالعقد يقع على منافع في الذمة وانما سلم العين ليقيم منافعها مقام ما في ذمته فاذا هلك بقي ما في الذمة بحاله فكان عليه ان يعين غيرها وقد ذكرنا اختلاف المشايخ والروايات في الدار اذا انهدم كلها وانقطع الما من الرحا او الشرب من الارض ان الاجارة تنفسخ او يثبت حق الفسخ فيما تقدم وعلى هذا ايضا يخرج موت الظير ان الاجارة تبطل به لانها مستاجرة ومنها انقضا المدة الا لعذر لان الثابت الي غاية ينتهي عند وجود الغاية فتنفسخ الاجارة بانتها المدة الا اذا كان ثمة عذر بان انقضت المدة وفي الارض زرع لم يستحصد فانه يترك الي ان يستحصد باجر المثل بخلاف ما اذا انقضت وفي الارض رطبة او غرس انه يومر بالقلع لان في ترك الزرع الي ان يدرك مراعاة الحقين والنظر من الجانبين لان لقطعه غاية معلومة فاما الرطبة فليس لقطعها غاية معلومة فلو لم تقطع لتعطلت الارض على صاحبها فيتضرر به وبخلاف الغاصب اذا زرع الارض المغصوبة انه يومر بالقلع

ولا يترك الي وقت الحصاد باجر لان الترك في الاجارة لدفع الضرر عن المستاجر نظرا له وهو مستحق للنظر لانه زرع باذن المالك فاما الغاصب فظالم متعدي في الزرع فلا يستحق النظر بالترك مع انه هو الذي اضر بنفسه حيث زرع ارض غيره بغير حق فكان مضافا اليه ومنها عجز المكاتب بعد ما استاجر شيا انه يوجب بطلان الاجارة بلا خلاف لان الاجرة استحقت من كسب المكاتب وبالعجز يبطل كسبه فتبطل الاجارة اذ لا سبيل الي ايجابها من مال المولى فان عجز وما استاجر شيا فالاجارة باقية في قول ابي يوسف وقال محمد تبطل والكلام فيه راجع الي اصل ذكرناه في كتاب الهبة في كيفية ملك المولى كسب المكاتب عند عجزه ان عند ابي يوسف كسب المكاتب موقوف ملكه في الحقيقة على عجزه او عتقه فان عجز ملكه المولى من الاصل وان عتق ملكه المكاتب من الاصل وعند محمد هو ملك المكاتب ثم اذا عجز انتقل الي المولى كما ينتقل الملك من الميت الي وارثه بالموت ووجه البنا على هذا الاصل ان عند ابي يوسف لما وقع الملك للمولى في الكسب من حين وجوده صار كان الاجارة وجدت من المولى فلا تنتقض بعجز المكاتب ولما كان الملك للمولى فيه من طريق الانتقال من المكاتب عند عجزه وذلك يوجب انتقاض الاجارة كذا هذا واصل هذه المسلة في المكاتب اذا وهبت له هبة ثم عجز ان للواهب ان يرجع في قول ابي يوسف وعند محمد لا يرجع وقد ذكرنا في كتاب الهبة والله الموفق للصواب

كتاب الاستصناع

يحتاج لمعرفة مسايل هذا الكتاب الي بيان صورة الاستصناع ومعناه ◦ والي بيان جوازه ◦ والي بيان شرايطه ◦ والي بيان حكمه ◦ والي بيان صفته ◦ اما صورة الاستصناع فهي ان يقول انسان لصانع من خفاف او صفار او غيرهما اعمل لي خفا او انية من اديم او نحاس من عندك بثمن كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم واما معناه فقد اختلف المشايخ قال بعضهم هو مواعدة وليس ببيع وقال بعضهم هو بيع لكن للمشتري فيه خيار وهو الصحيح بدليل ان محمدا رحمه الله ذكر في جوازه القياس والاستحسان وذلك لا يكون في العدات وكذا اثبت فيه خيار الروية وانه يختص بالبياعات وكذا يجري فيه التقاضي وانما يتقاضي الواجب لا الموعود ثم اختلفت عباراتهم عن هذا النوع من البيع قال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة وقال بعضهم هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل وجه القول الاول ان الصانع لو احضر عينا كان عملها قبل العقد ورضي بها المستصنع جاز ولو كان شرط العمل في نفس العقد لما جاز لان الشرط يقع على عمل في المستقبل لا في الماضي والصحيح هو القول الاخير لان الاستصناع طلب الصنع فما لم يشترط فيه العمل لا يكون استصناعا فكان ماخذ الاسم دليلا عليه ولان العقد على مبيع في الذمة يسمي سلما وهذا العقد يسمي استصناعا واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في الاصل واما اذا اتي الصانع بعين صنعها قبل العقد ورضي به المستصنع فانما جاز لا بالعقد الاول لكن بعقد اخر وهو التعاطي بتراضيهما والله اعلم **فصل** واما جوازه فالقياس ان لا يجوز لانه بيع ما ليس عند الانسان

لا على وجه السلم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان
ورخص في السلم ويجوز استحسانا باجماع الناس على ذلك لانهم يعملون ذلك
في سائر الاعصار من غير نكير وقد قال عليه السلام لا تجتمع امتي على ضلالة
وقال ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وما راه المسلمون قبيحا
فهو عند الله قبيح والقياس يترك بالاجماع ولهذا ترك القياس في دخول
الحمام بالاجر من غير بيان المدة ومقدار الما الذي يستعمل وفي قطعة
الشارب للسقا من غير بيان قدر المشروب وفي شرا البقل وهذه المجزرات
كذا هذا ولان الحاجة تدعوه اليه لان الانسان قد يحتاج الى خف او نعل
من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة وقل
ما يتفق وجوده مصنوعا فيحتاج الى ان يستصنع فلو لم يجز لوقع الناس في
الحرج وقد خرج الجواب عن قوله انه معدوم لانه الحق بالموجود لمساس
الحاجة كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الانسان على الاطلاق ولان
فيه معنى عقدين جائزين وهو السلم والاجارة لان السلم عقد على مبيع
في الذمة واستيجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين
جائزين كان جائزا **فصل** وما شرايط جوازه فمنها بيان جنس المصنوع
ونوعه وقدره وصفته لانه لا يصير معلوما بدونه . ومنها ان يكون مما
يجري فيه التعامل بين الناس من اواني الحديد والرصاص والنحاس والزجاج
والخفاف والنعال ولجم الحديد للدواب ونصول السيوف والسكاكين
والقسي والنبل والسلاح كله والطست والقمقمة ونحو ذلك ولا يجوز
في الثياب وانما القياس يابى جوازه وانما جوازه استحسانا لتعامل الناس
ولا تعامل في الثياب . ومنها ان لا يكون فيه اجل فان ضرب للاستصناع
اجلا صار سلما حتى يعتبر فيه شرايط السلم وهو قبض البدل في المجلس
ولا خيار لواحد منهما اذا سلم الصانع المصنوع على الوجه الذي شرط عليه
في السلم وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هذا ليس بشرط
وهو استصناع على كل حال ضرب فيه اجلا او لم يضرب ولو ضرب
للاستصناع فيما لا يجوز فيه الاستصناع ونحوه اجلا ينقلب سلما في قولهم
جميعا وجه قولهما ان العادة جارية بضرب الاجل في الاستصناع وانما
يقصد به تعجيل العمل لا تاخير المطالبة فلا يخرج عن كونه استصناعا او
يقال قد يقصد بضرب الاجل تاخير المطالبة وقد يقصد به تعجيل
العمل فلا يخرج العقد عن موضوعه مع الشك والاحتمال بخلاف ما لا يحتمل
الاستصناع لان ما لا يحتمل الاستصناع لا يقصد بضرب الاجل فيه
تعجيل العمل فتعين ان يكون لتاخير المطالبة بالدين وذلك بالسلم ولابي
حنيفة انه اذا ضرب فيه اجلا فقد اتى بمعنى السلم اذ هو عقد على مبيع
في الذمة موجلا والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور الالفاظ الا ترى
ان البيع ينعقد بلفظ التمليك وكذا الاجارة وكذا النكاح على اصلنا
ولهذا صار سلما فيما لا يحتمل الاستصناع كذا هذا ولان التاجيل يختص
بالديون لانه وضع لتاخير المطالبة وتاخير المطالبة انما يكون في

عقد

عقد فيه مطالبة وليس ذلك الا السلم اذ لا دين في الاستصناع الا ترى ان
لكل واحد منهما خيار الامتناع من العمل قبل العمل بالاتفاق ثم اذا صار سلما نراعى
فيه شرايط السلم فان وجدت صح والا فلا **فصل** واما حكم الاستصناع فهو
ثبوت الملك للمستصنع في العين المبيعة في الذمة وثبوت الملك للصانع في الثمن
ملكا غير لازم على ما سنذكره **فصل** واما صفة الاستصناع فهي انه عقد غير
لازم قبل العمل في الجانبين جميعا بلا خلاف حتى كان لكل واحد منهما خيار الامتناع
قبل العمل كالبيع المشروط فيه الخيار للمتبايعين ان لكل واحد منهما الفسخ لان
القياس يقتضي ان لا يجوز لما قلنا وانما عرفنا جوازه استحسانا لتعامل الناس
فبقي اللزوم على اصل القياس واما بعد الفراغ من العمل قبل ان يراه المستصنع فكذلك
حتى كان للصانع ان يبيعه ممن شا كذا ذكر في الاصل لان العقد ما وقع على
عين المعمول بل على مثله في الذمة لما ذكرنا انه لو اشترى من مكان اخر وسلم
اليه جاز ولو باعه الصانع واراد المستصنع ان ينقض البيع ليس له ذلك ولو استهلكه
قبل الروية فهو كالبايع اذا استهلك المبيع قبل التسليم كذا قال ابو يوسف
فاما اذا احضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع
وللمستصنع الخيار لان الصانع بايع ما لم يره فلا خيار واما المستصنع فمشتري
ما لم يره فكان له الخيار وانما كان كذلك لان المعقود عليه وان كان معدوما
حقيقة فقد الحق بالموجود ليمكن القول بجواز العقد ولان الخيار كان ثابتا
لهما قبل الاحضار لما ذكرنا ان العقد غير لازم فالصانع بالاحضار اسقط خيار
نفسه فبقي خيار صاحبه على حاله كالبيع الذي شرط فيه الخيار للعاقدين فاذا
اسقط احدهما خياره انه يبقى خيار الاخر كذا هذا هذا جواب ظاهر الرواية
عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وروي عن ابي حنيفة ان لكل
واحد منهما الخيار وروي عن ابي يوسف انه لا خيار لهما جميعا وجه رواية
ابي يوسف ان الصانع قد افسد متاعه وقطع جلده وجا بالعمل على الصفة
المشروطة اولا فلم يكن الامتناع اضرارا بصاحبه فيثبت الخيار وجه
رواية ابي حنيفة ان في تخيير كل واحد منهما دفع الضرر عنه وانه واجب
والصحيح جواب ظاهر الرواية لان في اثبات الخيار للصانع ابطال ما شرطه
له الاستصناع وهو دفع حاجة المستصنع لانه متى ثبت الخيار للصانع فكل
ما فرغ عنه يبيعه من غير المستصنع فلا يندفع حاجة المستصنع وقول ابي يوسف
ان الصانع يتضرر باثبات الخيار للمستصنع مسلم ولكن ضرر المستصنع بابطال
الخيار فوق ضرر الصانع باثبات الخيار للمستصنع لان المصنوع اذا لم يلايمه
وطولب بثمنه لا يمكنه بيع المصنوع من غيره بقيمة مثله ولا يتعذر
ذلك على الصانع لكثرة ممارسته وانتصابه لذلك ولان المستصنع
اذا غرم ثمنه ولم يندفع حاجته لم يحصل ما شرع له الاستصناع وهو
اندفاع حاجته فلا بد من اثبات الخيار له والله الموفق . فان سلم الى
حداد حديدا ليعمل انا معلوما باجر معلوم او جلدا الى خفاف ليعمل له خفا
معلوما باجر معلوم فذلك جائز ولا خيار فيه لان هذا ليس باستصناع
بل هو استيجار فكان جائزا فان عمل كما امر استحق الاجر فان افسد فله ان

يضمنه حد يدا مثله لانه لما افسده فكانه اخذ حد يدا منه واتخذ منه من غير
اذنه والا انا للصانع لان المضمونات تملك بالضمان والله اعلم بالصواب

كتاب الشركة

الشركة في الاصل نوعان ° شركة الاملاك
وشركة العقود ° وشركة الاملاك نوعان ° نوع يثبت بفعل الشريكين ونوع
يثبت بغير فعلهما ° اما الذي يثبت بفعلهما فنحو ان يشتريا شيا او يوهب لهما
او يوصي لهما او يتصدق عليهما فيقبلا فيصير المشترا والموهوب والموصي به
والمتصدق به مشتركا بينهما شركة ملك ° واما الذي يثبت بغير فعلهما
فالميراث بان ورثا شيا فيكون المورث مشتركا بينهما شركة ملك ° واما
شركة العقود فالكلام فيها يقع في مواضع ° في بيان انواعها وكيفية كل نوع
منها وركنه ° وفي بيان شرايط ركنه ° وفي بيان حكم الشركة ° وفي بيان
صفة عقد الشركه ° وفي بيان ما يبطل العقد ° اما الاول فشركة العقود
انواع ثلثة شركة بالاموال وشركة بالاعمال وتسمي شركة الابدان وشركة
الصانع وشركة التقبل وشركة بالوجوه اما الاول وهو الشركة بالاموال
فهو ان يشترك اثنان في راس مال فيقولان اشتركا فيه علي ان نشتري
ونبيع معا او شتي او اطلقا علي ان ما رزق الله من ربح فهو بيننا علي شرط كذا
او يقول احدهما ذلك ويقول الاخر نعم ولو ذكر الشرا دون البيع فان ذكرا
ما يدل علي شركة العقود بان قالا ما اشتريا فهو بيننا او ما اشتري احدنا من
تجارة فهو بيننا يكون شركة لانهما لما جعلا ما اشتراه كل واحد منهما بينهما
بينهما علم انهما ارادا به الشركة لا الوكالة لان الوكيل لا يوكل موكله عادة واذا
لم يكن وكالة لا يقف صحته علي ما يقف عليه صحة الوكالة وهو التخصيص ببيان
الجنس او النوع او قدر الثمن بل يصح من غير بيان شي من ذلك وان لم يذكر
الشرا ولا البيع ولا ما يدل علي شركة العقود بان قال رجل لغيره ما اشتريت
من شي فهو بيني وبينك او قال فبيننا وقال الاخر نعم وان ارادا بذلك ان
يكون بمعني شريكي التجارة كان شركة حتي يصح من غير بيان جنس المشترا
ونوعه وقدر الثمن كما اذا نصا علي الشرا والبيع وان ارادا به ان يكون
المشترا بينهما خاصة بعينه ولا يكونا فيه كشريكي التجارة بل يكون
المشترا بينهما بعينه كما اذا ورثا او وهب لهما كان وكالة لا شركة فان وجد
شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا فلا وهو بيان جنس المشترا وبيان
نوعه او مقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي ان لا يفوض الموكل الراي الي
الوكيل بان يقول ما اشتريت لي من عبد تركي او جارية رومية فهو جايز
او ما اشتريت لي من عبد او جارية بالف درهم فهو جايز او بيان الوقت
او قدر الثمن او جنس المشترا في الوكالة العامة بان يقول ما اشتريت
لي من شي اليوم او شهر كذا او سنة كذا فهو جايز او ما اشتريت لي من
شي بالف درهم فهو جايز او ما اشتريت لي من الخز او البز فهو جايز
وانما كان كذلك لان مطلق هذا اللفظ يحتمل الشركة ويحتمل الوكالة فلا
بد من النية فان نويا به الشركة كان شركة في عموم التجارات لان الاصل
في الشركة العموم لان المقصود منها تحصيل الربح وهذا المقصود لا يحصل

شركة الاملاك نوعان

الا بتكرار التجارة بعد اخري ولا يشترط لها بيان شي مما ذكرنا لان ذلك ليس
بشرط لصحة الشركة وان نويا به الوكالة كان وكالة ويقف صحتها علي شرايطها
من الخاصة او العامة لان مبني الوكالة علي الخصوص لان المقصود منها تملك العين
لا تحصيل الربح فلا بد من التخصيص ببيان ما ذكرنا الا انه يكتفي في الوكالة
العامة ببيان احد الاشيا التي وصفنا لانه لما عمها بتفويض الراي فيها الي الوكيل
فقد شبهها بالشركة فكانت في احتمال الجهالة الفاحشة كالشركة لكنها وكالة
والخصوص اصل في الوكالة فلا بد فيها من ضرب تخصيص فان اتي بشي مما
ذكرنا جازت والا بطلت قال بشر سمعت ابا يوسف يقول في رجل
قال لرجل ما اشتريت اليوم بيني وبينك فقال الرجل نعم فان ابا حنيفة
قال هذا جايز وكذلك قال ابو يوسف وكذلك ان وقت مالا ولم يوقت يوما
وكذلك ان وقت صنفا من الثياب وسمي عددا او لم يسم عددا ولا يوما وان قال
ما اشتريت من شي فهو بيني وبينك ولم يسم شيا مما ذكرنا فان ابا حنيفة قال لا يجوز
وكذلك قال ابو يوسف لما ذكرنا انه لم يذكر الا ما يدل علي شركة العقود
علم انها وكالة فلا تصح الا بضرب من التخصيص علي ما بينا وذكر في الاصل
في رجلين اشتركا بغير مال علي ان ما اشتريا اليوم فهو بينهما خصا صنفا
من الاصناف او عما ولم يخصا فهو جايز وكذلك لو لم يوقتا للشركة وقتا
كان هذا جايزا لانهما لما جعلا ما يشتريه كل واحد منهما بينهما علم انها شركة وليست
بوكالة لا يكون من الجانبين عادة واذا كان شركة فالشركة لا تحتاج الي التخصيص
قال وان اشهد احدهما ان ما يشتريه لنفسه بغير محضر من صاحبه
فكل ما اشتريا من شي فهو بينهما لان الشركة لما صحت كان كل واحد منهما وكيل الاخر
فيما يشتريه فهو بالاشهاد انه يشتري لنفسه يريد اخراج نفسه من الوكالة
بغير محضر من الموكل فلا يملك ذلك والله اعلم واما الشركة بالاعمال فهو ان يشتركا
في عمل الخياطة والقصارة او غيرهما فيقولا اشتركنا علي ان نعمل فيه علي ان ما رزق
الله تعالي من اجر فهو بيننا علي شرط كذا واما الشركة بالوجوه فهو ان يشتركا وليس
لهما مال لكن لهما وجاهة عند الناس فيقولا اشتركنا علي ان نشتري بالنسيئة
ونبيع بالنقد علي ان ما رزق الله تعالي من شي فهو بيننا علي شركة كذا سمي هذا النوع
شركة الوجوه لانه لا يباع بالنسيئة الا الوجيه من الناس عادة ويحتمل
انه سمي بذلك كل واحد منهما يواجه صاحبه ينتظران من يبيعهما بالنسيئة ويدخل
في كل واحد من الانواع الثلثة العنان والمفاوضة ويفصل بينهما بشرايط تختص
بالمفاوضة نذكرها في مواضعها ان شا الله تعالي

فصل

واما بيان هذه الانواع
الثلاثة فقد قال اصحابنا انها جايزة عنانا كان او مفاوضة وقال الشافعي شركة
الاعمال والوجوه لا جواز لها اصلا وراسا واما شركة الاموال فيجوز
فيها العنان ولا تجوز المفاوضة وقال مالك لا اعرف المفاوضة
وقيل في اشتقاق العنان انه ماخوذ من العنن يقال عن لي كذا اي اعترض
وظهر وقال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كان نعاجه ° عذاري دوار في ملاء مذيل

سمي هذا النوع من الشركة عنانا لانه لا يقع علي حسب ما يعن لهما في كل التجارات

او في بعضها دون بعض وعند تساوي المالين او تفاضلهما وقيل ماخوذ من عنان الفارس
انه يكون باحدي يديه وبيد الاخري مطلقة يفعل بها ما شا فسمي هذا النوع من الشركة
عنانا لانه لا يكون الا في بعض الاموال ويتصرف كل واحد منهما في الباقي كيف
شا ولان كل واحد جعل عنان التصرف في المال المشترك لصاحبه فان اهل الجاهلية
كانوا يتعاطون هذه الشركة قال النابغة

وشاركنا قريشا في بقاها ۞ وفي اسنابها شرك العنان

واما المفاوضة فقد قيل انها المساواة في اللغة قال الشاعر

وهو الفوه العبدي ۞ تهدي الامور باهل الراي ما صلحت
فان تولت فبالاشرار تنقاد ۞ لا يصلح الناس فوضي لا سراة لهم
ولا سراة اذا جهالهم سادوا

سمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة فيه في المال وفي
الربح والتصرف وغير ذلك علي ما نذكر وقيل هي من التفويض لان كل واحد منهما
فوض التصرف الي صاحبه علي كل حال واما الكلام في شركة الاعمال والوجوه
فوجه قول الشافعي ان الشركة تنبني عن الاختلاط ولهذا شرط الخلط لجواز
الشركة ولا يقع الاختلاط الا في الاموال وكذا ما وضع له الشركة لا يتحقق في
هذين النوعين لانها شرعت لاستنما المال بالتجارة لان نما المال بالتجارة
والناس في الاهتدا الي التجارة يختلفون بعضهم اهدي من بعض فشرعت
الشركه لتحصيل غرض الاستنما ولا بد من اصل يستنمي ولم يوجد في هذين
النوعين فلا يحصل ما وضع له الشركة فلا يجوز ولنا ان الناس يتعاملون بهذين
النوعين في ساير الاعصار من غير انكار عليهم من احد وقال صلي الله عليه وسلم
لا تجتمع امتي علي ضلالة ولانهما يشتملان علي الوكالة والوكالة جايزة والمشتمل علي
الجايز جايز واما قوله ان الشركة شرعت لاستنما المال فيستدعي اصلا
يستنمي فنقول الشركة بالاموال شرعت لتنمية المال فاما الشركه بالاعمال
او بالوجوه فما شرعت لتنمية المال بل لتحصيل اصل المال والحاجة الي تحصيل اصل صح
اصل المال فوق الحاجة الي تنميته فلما شرعت لتحصيل الوصف فلان تشرع
لتحصيل الاصل اولي واما الكلام في الشركة بالاموال فاما العنان فجايز باجماع
فقها الامصار ولتعامل الناس ذلك في كل عصر من غير نكير وما راه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن ولما روي ان اسامة بن شريك جا الي رسول الله صلي الله عليه وسلم
فقال اتعرفني فقال وكيف لا اعرفك وكنت شريكي ونعم الشريك لا تداري
ولا تماري وادني ما يستدل بفعله عليه السلام الجواز وكذا بعث رسول
الله صلي الله عليه وسلم والناس يتعاملون بهذه الشركة فقررهم علي ذلك حيث
لم ينههم ولم ينكر عليهم والتقرير احد وجوه السنة ولان هذه العقود شرعت
لمصالح العباد وحاجتهم الي استنما المال متحققة وهذا النوع طريق صالح للاستنما
فكان مشروعا ولانه يشتمل علي الوكالة والوكالة جايزة واما المفاوضة فاما
قول مالك لا اعرف المفاوضة فان عني به لا اعرف معناها فقد بينا معناها
في اللغة انها في اللغة عبارة عن المساواة وان عني به لا اعرف جوازها فقد
عرفنا رسول الله صلي الله عليه وسلم الجواز بقوله تفاوضوا فانه اعظم للبركة

ولانها

ولانها مشتملة علي امرين جايزين وهما الكفالة والوكالة لان كل واحد منهما
جايزة حالة الانفراد كذا حالة الاجتماع ولانها طريق استنما المال او تحصيله والحاجة
الي ذلك متحققة فكانت جايزة كالعنان واما الكلام مع الشافعي فوجه قوله
ان المفاوضة تتضمن الكفالة عندكم والكفالة التي تتضمنها المفاوضة كفالة
المجهول وانها غير جايزة حالة الانفراد فكذا التي تتضمنها المفاوضة والله دليلنا
علي الجواز ما ذكرنا مع مالك واما قوله المكفول له مجهول فنعم لكن هذا النوع من
الجهالة عفو في عقد الشركة وان لم يكن عفوا حالة الانفراد كذا ههنا وكان المعني
في ذلك الوكالة لا تثبت في هذا العقد مقصودا بل ضمنا للشركة وقد يثبت الشي ضمنا
وتبعا وان كان لا يثبت قصدا ويشترط للثابت مقصودا ما لا يشترط
للثابت ضمنا وتبعا كعزل الوكيل ونحو ذلك والله اعلم فصل واما بيان شرايط
جواز هذه الانواع فلجوازها شرايط بعضها يعم الانواع كلها وبعضها يخص
البعض دون البعض اما الشرايط العامة فمنها اهلية الوكالة لان الوكالة
لازمة في الكل وهي ان يصير كل واحد منهما وكيل صاحبه في التصرف بالشرا والبيع
وتقبيل العمل لان كل واحد منهما اذن لصاحبه بالشرا والبيع وتقبل العمل
مقتضي عقد الشركة والوكيل هو المتصرف عن اذن فيشترط فيها اهلية الوكالة
وشرايط اهلية الوكالة نعرف في كتاب الوكالة ومنها ان يكون الربح معلوم القدر
فان كان مجهولا يفسد الشركة لان الربح هو المعقود عليه وجهالته المعقود
عليه يوجب فساد العقد كما في باب البيع والاجارة وغيرهما ومنها ان يكون
الربح جزوا شايعا من الجملة لا معينا فان عينا عشرة او ماية او نحو ذلك كانت
الشركة فاسدة لان العقد يقتضي تحقق الشركة في الربح والتعيين يقطع الشركة
لجواز ان لا يحصل من الربح الا هذا القدر المعين لاحدهما فلا يتحقق الشركة
في الربح واما الذي يخص البعض دون البعض فاما الشركة بالاموال فمن
شرايطها ان يكون راس مال الشركة من الاموال المطلقة وهي التي لا تتعين
بالتعيين في عقود المعاوضات علي كل حال وهو الدراهم والدنانير علي كل
حال عنانا كانت الشركة او مفاوضة عند عامة العلما فلا تصح الشركة في
العروض وقال مالك هذا ليس بشرط وتصح الشركة في العروض والصحيح قول
العامة لان معني الوكالة من لوازم الشركة والوكالة التي تتضمنها الشركة
لا تصح في العروض وتصح في الدراهم والدنانير فان من قال لغيره بع عرضك
علي ان يكون ثمنه بيننا لا يجوز واذا لم تجز الوكالة التي هي من ضرورات
الشركة لم تجز الشركة ولو قال له اشتر بالف درهم من مالك علي ان يكون
ما اشتريته بيننا جاز ولان الشركة في العروض يودي الي جهالة
الربح في القسمة عند القسمة لان راس المال يكون قيمة العروض لا عينها
والقيمة مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن فيصير الربح مجهولا فيودي
الي المنازعة عند القسمة وهذا المعني لا يوجد في الدراهم والدنانير لان راس
المال من الدراهم والدنانير عند القسمة عينها فلا يودي الي جهالة الربح
ولان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن ربح ما لم يضمن والشركة في العروض
تودي الي ربح ما لم يضمن لان العروض غير مضمونة بالهلاك فان من اشتري

شيا بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيا اخر لان العروض تتعين
بالتعيين فيبطل البيع فاذا لم تكن مضمونة فالشركة فيها يودي الي ربح ما لم يضمن
وانه منهي بخلاف الدراهم والدنانير فانها مضمونة بالهلاك لانها لا تتعين
بالتعيين فالشركة فيها لا تودي الي ربح ما لم يضمن بل يكون ربح ما ضمن والحيلة
في جواز الشركة بالعروض وكل ما يتعين بالتعيين ان يبيع كل واحد منهما نصف
ماله بنصف مال صاحبه حتى يصير مال كل واحد منهما نصفين ويحصل شركة ملك
بينهما ثم يعقدان بعد ذلك عقد الشركة فيجوز بلا خلاف ولو كان من احدهما
دراهم ومن الاخر عروض والحيلة في جوازه ان يبيع صاحب العروض بنصف عرضه
بنصف دراهم صاحبه ويتقابضا ويخلطا جميعا حتى تصير الدراهم بينهما
والعروض بينهما ثم يعقدان عليهما عقد الشركة فيجوز واما التبر فهل يصلح
مال الشركة ذكر في كتاب الشركة وجعله كالعروض وفي كتاب الصرف جعله
كالاثمان المطلقة لانه قال فيه اذا اشتري به فهلك لا ينفسخ العقد والامر
فيه موكول الي تعامل الناس فان كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الاثمان المطلقة
فيجوز الشركة بها وان كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض فلا تجوز فيها
الشركة ولا المضاربة لانها واما الفلوس فان كانت فاسدة فلا يجوز الشركة ولا
المضاربة بها لانها عروض وان كانت نافقة فكذلك في الرواية المشهورة عن ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد يجوز والكلام فيها مبني على اصل وهو ان الفلوس
الرايجة ليست اثمانا على كل حال عند ابي حنيفة وابي يوسف لانها تتعين بالتعيين
في الجملة ويصير مبيعا باصطلاح العاقدين حتى جاز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
عندهما واذا لم تكن اثمانا مطلقة لاحتمالها التعيين بالتعيين في الجملة في عقود
المعاوضات لم يصلح راس المال للشركة كساير العروض وعند محمد الثمنية لازمة
للفلوس النافقة فكانت من الاثمان المطلقة ولهذا ابي جواز بيع الواحد باثنين
منها فيصلح راس المال للشركة كساير الاثمان المطلقة من الدراهم والدنانير
وروي عن ابي يوسف انه تجوز الشركة بالفلوس ولا تجوز المضاربة ووجهه
ان المانع من جواز المضاربة بها جهالة الربح عند القسمة على تقدير الكساد لانه لا بد
من تعيين راس المال عند القسمة فاذا كسدت صار راس المال قيمة والقيمة مجهولة
لانها تعرف بالحزر والظن وهذا المعنى لا يوجد في الشركة لانها عند الكساد باخذان
راس المال عددا لا قيمة فكان الربح معلوما واما الشركة بالمكيلات والموزونات
التي ليست باثمان مطلقة والعدديات التي لا تتفاوت فلا يجوز قبل الخلط في قولهم
جميعا لانها تتعين بالتعيين اذا كانت عينا فكانت كالعروض ولانها الوكالة
التي تتضمنها الشركة فيها لا تصح قبل الخلط الا ترى انه لو قال الاخر
قبل الخلط بع حنطتك على ان يكون ثمنها بيننا لم يجز وسوا كانت الشركة من
جنسين او من جنس واحد واما بعد الخلط فان كانت الشركة في جنسين مختلفين
لا يجوز في قولهم جميعا لان الحنطة اذا خلطت بالشعير خرجت من ان تكون
ثمنا بدليل ان مستهلكها يضمن قيمتها لا مثلها وان كانت في جنس واحد فكذلك
عند ابي يوسف لا تصح وانما تصير شركة ملك وعند محمد تصح الشركة فيها
بعد الخلط وفايدة الخلاف تظهر فيما اذا كان المكيل نصفين وشرطا الربح اثلاثا

فخلطاه واشترياه فعلى قول ابي يوسف الربح بينهما على قدر المالين نصفين
وعلى قول محمد على ما شرطا فقول ابي يوسف مطرد على الاصل الذي ذكرنا ان المكيلات
والموزونات والمعدودات المتقاربة ليست اثمانا على كل حال بل تكون تارة
ثمنا وتارة مبيعا لانها تتعين بالتعيين في الجملة فكانت كالفلوس ووجه التخريج
لمحمد ان معنى الوكالة التي تتضمنها الشركة ثابت بعد الخلط فاشبهت الدراهم
والدنانير بخلاف ما قبل الخلط لان الوكالة التي من مقتضيات الشركة لا تصح
فيها قبل الخلط . والحيلة في جواز الشركة بالمكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة على قول ابي يوسف ان يخلطا حتى يصير شركة ملك بينهما ثم يعقدا
عليهما عقد الشركة فتجوز عنده ايضا . ومنها ان يكون راس مال الشركة
عينا حاضرا لا دينا ولا مالا غايبا فان كان لا يجوز عنانا كانت او مفاوضة
لان المقصود من الشركة الربح وذلك بواسطة التصرف ولا يمكن في الدين
والمال الغايب فلا يحصل المقصود وانما يشترط الحضور عند الشرا لا عند
العقد لان عقد الشركة يتم بالشرا فيعتبر الحضور عنده حتى لو دفع الي
رجل الف درهم فقال اخرج مثلها واشتر بها وبع فما ربحت يكون بيننا فاقام
المامور البينة انه فعل ذلك جاز وان لم يكن المال حاضرا من الجانبين عند
العقد لما كان حاضرا عند الشرا وهل يشترط خلط المالين وهو خلط الدراهم
بالدراهم والدنانير بالدنانير قال اصحابنا الثلاثة لا يشترط وقال زفر
يشترط وبه اخذ الشافعي وعلى هذا الاصل يبني ما اذا كان المالان من جنس
واحد لكن بصفتين مختلفتين كالصحاح مع المكسرة او كانت دراهم
احدهما سودا ودراهم الاخر بيضا او عكسه وذلك في شركة العنان فهو
على هذا الاختلاف وروي عن زفر ان الخلط شرط في المفاوضة وليس بشرط
في العنان ولكن الطحاوي ذكر شرط فيهما جميعا عند زفر وجه قوله ان الشركة
تنبني عن الاختلاط والاختلاف لا يتحقق مع تميز المالين فلا يتحقق معنى
الشركة ولان من احكام الشركة ان الهلاك يكون من المالين وما هلك قبل
الخلط من احد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة وهذا ليس من مقتضى
الشركة ولنا ان الشركة تشتمل على الوكالة فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه
والتوكيل جايز في المالين قبل الخلط كذا الشركة واما قوله الشركة تنبني عن
الاختلاط فمسلم لكن عن اختلاط راس المال او عن اختلاط الربح وهذا مما لا
يتعرض له لفظ الشركة فيجوز ان يكون تسميته شركة لاختلاط الربح لا اختلاط
راسي المال واختلاط الربح يوجد وان اشترى كل واحد منهما بمال نفسه
على حدة لان الزيادة وهي الربح تحدث على الشركة واما ما هلك من احد
المالين قبل الخلط فانما كان من نصيب صاحبه خاصة لان الشركة لا تتم
الا بالشركة فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة فلا يعتبر حتى لو هلك
بعد شرا احدهما كان الهالك هالكا من المالين جميعا لانه هلك بعد تمام
العقد واما تسليم راس مال كل واحد منهما الي صاحبه وهو التخلية بين ماله
وبين صاحبه فليس بشرط في العنان والمفاوضة وانه شرط لصحة المضاربة
والفرق بينهما يذكر في المضاربة ان شا الله تعالى ومنها ما هو يختص بالمفاوضة

ومنها ان يكون لكل واحد من الشريكين اهلية الكفالة بان يكونا حرين عاقلين بالغين
لان من حكم المفاوضة ان ما يلزم احدهما من حقوق ما يتجران فيه يلزم الاخر فيكون
كل واحد منهما فيما وجب على صاحبه بمنزلة الكفيل عنه لما نذكر فلا بد من اهلية
الكفالة وشرايط اهلية الكفالة تطلب من كتاب الكفالة ٥ ومنها المساواة
في راسي المال قدرا هي شرط صحة المفاوضة بلا خلاف حتى لو كان المالان
متفاوضين قدرا لم يكن مفاوضة لان المفاوضة تبنى على المساواة فلا بد
من اعتبار المساواة فيها ما امكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة حتى لو كان
احدهما صحاحا والاخر مكسرة او كان احدهما الفا بيضا والاخر الفا سودا
وبينهما فضل قيمة في الصرف لم تجز المفاوضة في الرواية المشهورة لان زيادة القيمة
بمنزلة زيادة الوزن فلا تثبت المساواة التي هي مقتضى العقد وروى اسمعيل
ابن حماد عن ابي يوسف ان احدى الالفين اذا كانت افضل من الاخرى جاز فكانت
مفاوضة لان الجودة في اموال الربوا لا قيمة لها شرعا عند مقابلتها بجنسها
فسقط اعتبار الجودة فصار كانهما على صفة واحدة وهل تشترط المجانسة
في راسي المال بان يكون كل واحد منهما دراهم او كل واحد منهما دنانير
فعلى الرواية المشهورة لا يشترط حتى لو كان احدهما دراهم والاخر
دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد ان استويا في القيمة
ولا خلاف في انهما اذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة وروي
عن ابي حنيفة انه لا يكون مفاوضة وان استويا في القيمة وجه هذه الرواية
ان عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة لان القيمة تعرف بالحزر
والظن وتختلف باختلاف المقومين فلا تعرف المساواة والصحيح هو الرواية
المشهورة لانهما من جنس الاثمان فكانت المجانسة ثابتة في الثمنية ومنها
ان لا يكون لاحد المتفاوضين مال تصح فيه الشركة ولا تدخل في الشركة
فان كان لم يكن مفاوضة لان ذلك يمنع المساواة وان تفاضلا في الاموال
التي لا تصح فيها الشركة كالعرض والدين والعقار جازت المفاوضة
وكذا المال الغايب لان ما لا ينعقد عليه الشركة كان وجوده والعدم
بمنزلة وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الارباح والاولاد ٥ ومنها
المساواة في الربح في المفاوضة فان شرطا التفاضل لم يكن مفاوضة
لعدم المساواة ومنها العموم في المفاوضة وهو ان يكون في جميع التجارات
ولا يختص احدهما بتجارة دون شريكه لما في الاختصاص من ابطال معنى
المفاوضة وهو المساواة وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة ومحمد انه لا تجوز
المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لان الذمي يختص بتجارة لا تجوز ذلك
للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق
معنى المفاوضة وعند ابي يوسف تجوز لاستوائهما في اهلية الوكالة
والكفالة وتجوز مفاوضة الذميين لاستوائهما في التجارة واما
مفاوضة المسلم والمرتد فقد ذكر الكرخي انها غير جايزة وهكذا روى
عيسى بن ابان عن ابي حنيفة لان تصرفات المرتد موقوفة عند ابي حنيفة
لوقوف املاكه فلا يساوي المسلم في التصرف فلا يجوز كما لا يجوز بين المسلم

وبين

وبين الذمي وذكر محمد في الاصل وقال قياس قول ابي يوسف ان يجوز يعني قوله في
الذمي ولابي يوسف ان يفرق بينهما من حيث ان ملك المرتد ناقص لكونه على شرف
الزوال الا ترى ان قاضيا لو قضى ببطلان تصرفه وزوال ملكه ينفذ قضاؤه
واذا كان ناقص الملك والتصرف نزل منزلة المكاتب بخلاف الذمي ولو فاوض مسلم
مرتدة ذكر الكرخي انها لا تجوز قال القدوري وهذا ظاهر على اصل ابي حنيفة ومحمد لان الكفر
عندهما يمنع انعقاد المفاوضة بين المسلم والذمي واما ابو يوسف فالكفر
عنده غير مانع وانما المانع نقصان الملك والتصرف وهذا لا يوجد في المراة
واما مفاوضة المرتدين او شركتهما شركة عنان فذلك موقوف عند ابي
حنيفة بناء على اصله في عقود المرتد انها موقوفة فان اسلما جاز عقدهما وان قتلا
على ردتهما او ماتا او لحقا بدار الحرب بطل واما على قولهما فشركة العنان جايزة لان عقودهما
نافذة واما مفاوضتهما فقد ذكر القدوري وقال ينبغي ان لا يجوز اما عند ابي يوسف
فلان نقصان الملك يمنع المفاوضة كالمكاتب وملكهما ناقص لما ذكرنا فصارا
كالمكاتبين واما عند محمد فلان المرتد عنده بمنزلة المريض مرض الموت
لا تصح الا من الثلث والمفاوضة تقتضي جواز الكفالة على الاطلاق وان
شارك مسلم مسلما ثم ارتد احدهما والعياذ بالله فان قتل او مات او لحق
بدار الحرب بطلت الشركة وان رجع قبل ذلك فهما على الشركة لانه اذا قتل
او مات او لحق بدار الحرب زالت املاكه عند ابي حنيفة من حين ارتد فكانه
مات فبطلت شركته وان اسلم فقد زال التوقف وجعل كان الردة لم تكن ولهذا
قال ابو حنيفة ان المرتد منهما اذا اقر ثم قتل لم يلزم اقراره شريكه لان الملك يحكم
بزواله من وقت الردة فقد اقر بعد بطلان الشركة واما على قولهما فاقراره
جايز على شريكه وكذا بيعه وشراؤه لان الشركة عندهما بطلت بالقتل
او باللحاق فكانت باقية قبل ذلك فتنفذ تصرفه واقراره ويكره للمسلم ان
يشارك الذمي ولو شاركه شركة عنان جاز كما لو وكله والله اعلم ومنها
لفظ المفاوضة في شركة المفاوضة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا تصح
شركة المفاوضة الا بلفظة المفاوضة وهو قول ابي يوسف ومحمد لان للمفاوضة
شرايط لا يجمعها الا لفظة المفاوضة او عبارة اخرى يقوم مقامها والعوام قلما
يقفون على شرايطها وهذه العقود في الاعم الاغلب تجري بينهم فان كان العاقد
ممن يقدر على استيفاء شرايطها بلفظ اخر يصح وان لم يذكر لفظ المفاوضة
لان العبرة في العقود لمعانيها لا لعين الالفاظ وفي كل موضع فقد شرط
من الشروط المختصة بالمفاوضة كانت الشركة عنانا لان المفاوضة تضمنت
العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا توجب بطلان العنان ولان فقد شرط
في عقد انما يوجب بطلانه اذا كان العقد مما يقف على صحته عليه ولا تقف صحة العنان
على هذه الشرايط فقدها لا يوجب بطلانه واما شركة العنان فلا يراعى لها شرايط
المفاوضة فلا يشترط فيها اهلية الكفالة حتى يصح ممن لا يصح منه الكفالة
من الصبي الماذون والعبد الماذون والمكاتب ولا المساواة بين
راسي المال فيجوز مع تفاضل الشريكين في راسي المال ومع ان يكون
لاحدهما مال اخر يجوز عقد الشركة عليه سوى راس ماله الذي شارك صاحبه

والكافر سو

فيه ولا ان يكون في عموم التجارات بل يجوز عاما وهو ان يشتركا في عموم التجارات وخاصا
وهو ان يشتركا في شي خاص كالبز والخز والرقيق والثياب ونحو ذلك لان اعتبار هذه الشرايط
في المفاوضة لدلالة اللفظ عليها وهو معنى المساواة ولم يوجد في العنان ولا لفظة المفاوضة
لان اعتبارها في المفاوضة لدلالتها على شرايط مختصة بالمفاوضة ولم يشترط في العنان
فلا حاجة الى لفظة المفاوضة ولا الى لفظة العنان ايضا لان كل احد يقدر على لفظ يودي
معناه بخلاف المفاوضة ولا المساواة في الربح فيجوز متفاضلا ومتساويا لما قلنا والاصل
ان الربح انما يستحق عندنا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان اما ثبوت الاستحقاق
بالمال فظاهر لان الربح نما المال فيكون لمالكه ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة
واما بالعمل فان المضارب يستحق الربح بعمله فكذا الشريك واما بالضمان فان المال اذا صار
مضمونا على المضارب يستحق جميع الربح ويكون ذلك بمقابلة الضمان خراجا بضمان لقول
النبي صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان فاذا كان ضمانه عليه كان خراجه له والدليل
عليه ان صانعا تقبل عملا باجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره باقل من ذلك طاب
له الفضل ولا سبب في استحقاق الفضل الا الضمان فثبت ان كل واحد منهما سبب صالح
لاستحقاق الربح فان لم يوجد شي من ذلك لا يستحق بدليل ان من قال لغيره تصرف
في ملكك على ان لي بعض ربحه لم يجز ولا يستحق شيا من الربح لانه لا مال ولا عمل ولا
ضمان واذا عرف هذا فنقول اذا شرطا الربح على قدر المالين متساويا ومتفاضلا
لان الوضيعة اسم لجزء هالك فلا شك انه يجوز ويكون الربح بينهما على الشرط سوا شرطا
العمل عليهما او على احدهما والوضيعة على قدر المالين متساويا ومتفاضلا لان الوضيعة
اسم لجزء هالك من المال فيتقدر بقدر المال وان كان المالان متساويين فشرطا لاحدهما
فضلا على ربح ينظر ان شرطا العمل عليهما جميعا جاز والربح بينهما على الشرط في قول اصحابنا
الثلاثة وعند زفر لا يجوز ان يشترط لاحدهما اكثر من ربح ماله وبه اخذ الشافعي
ولا خلاف في شركة الملك لان الزيادة تكون فيها على قدر الملك حتى لو شرط المشتركان في ملك
ماشية لاحدهما فضلا من اولادها والبانها لم يجز بالاجماع والكلام بيننا وبين زفر
بنا على اصل وهو ان الربح عنده لا يستحق الا بالمال وهو نما المال فيكون على قدر المال
كالاولاد والالبان واما عندنا فالربح تارة يستحق بالمال وتارة يستحق بالعمل وتارة
بالضمان على ما بينا وسوا عملا جميعا او عمل احدهما دون الاخر فالربح بينهما يكون على
الشرط لان استحقاق الربح في الشركة بالاعمال بشرط العمل لا بوجود العمل بدليل
ان المضارب اذا استعان برب المال استحق الربح وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط
العمل عليه والوضيعة على قدر المال لما قلنا وان شرطا العمل على احدهما فان شرطاه على الذي
شرطا له فضل الربح جاز والربح بينهما على الشرط فيستحق ربح راس ماله بماله والفضل
بعمله وان شرطاه على اقلهما ربحا لم يجز لان الذي شرط له الزيادة ليس له في الزيادة
مال ولا عمل ولا ضمان وقد بينا ان الربح لا يستحق الا باحد هذه الاشيا الثلاثة
وان كان المالان متفاضلين وشرطا التساوي في الربح فهو على هذا الخلاف ان ذلك
جايز عند اصحابنا الثلاثة اذا شرطا العمل عليهما وكان زيادة لاحدهما على قدر راس
ماله بعمله وانه جايز وعلى قول زفر لا يجوز ولا بد ان يكون الربح على قدر راس المالين
عنده وان شرطا العمل على احدهما فان شرطاه على الذي راس ماله اقل جاز ويستحق
قدر ربح ماله بماله والفضل بعمله وان شرطاه على صاحب الاكثر لم يجز لان زيادة

الربح

الربح في حق صاحب الاقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان واما العلم بمقدار راس المال
وقت العقد فليس بشرط لجواز الشركة بالاموال عندنا وعند الشافعي شرط وجه قوله
ان جهالة قدر راس المال تودي الى جهالة الربح والعلم بمقدار الربح شرط جواز هذا العقد
فكذا العلم بمقدار راس المال ولنا ان الجهالة لا تمنع جواز العقد لذاتها بل لافضايها الى
المنازعة وجهالة راس المال وقت العقد لا تفضي الى المنازعة لانه يعلم مقداره ظاهرا وغالبا
لان الدراهم توزن والدنانير توزن وقت الشرا بها فيعلم مقدارها فلا تودي
الى جهالة مقدار الربح وقت القسمة واما الشركة بالاعمال فاما المفاوضة منها فمن شرايطها
اهلية الكفالة ومنها التساوي في الاجر ومنها مراعاة لفظة المفاوضة لما ذكرنا
في الشركة بالاموال واما العنان منها فلا يشترط شي من ذلك وانما يشترط اهلية التوكيل
فقط كذا روى ابو يوسف عن ابي حنيفة انه قال ما يجوز فيه الوكالة تجوز فيه الشركة
وما لا تجوز فيه الوكالة لا تجوز فيه الشركة وعلى هذا يخرج الشركة بالاعمال في المباحات
من الصيد والحطب والحشيش في البراري وما يكون في الجبال من الثمار وما يكون في الارض
من المعادن وما اشبه ذلك فان اشتركا على ان يصيدا او يحتطبا او يحتشا او يستقيا الما ويبيعا
على ان ما اصاب من ذلك فهو بينهما ان الشركة فاسدة لان الوكالة لا تنعقد على هذا الوجه
الا ترى ان من وكل رجلا ليعمل له شيا من ذلك لا تصح الوكالة كذا الشركة فان تشاركا فاخذ
كل واحد منهما شيا من ذلك كان الماخوذ ملكا له لان سبب ثبوت الملك في المباحات الاخذ
والاستيلا وكل واحد منهما انفرد بالاخذ والاستيلا فينفرد بالملك فان اخذاه جميعا
معا كان الماخوذ بينهما نصفين لاستوايهما في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقا
فان اخذ كل واحد منهما على الانفراد ثم خلطاه وباعاه فان كان مما يكال او يوزن يقسم
الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن وان كان مما لا يكال ولا يوزن قسم الثمن بينهما بالقيمة
يضرب كل واحد منهما بقيمة الذي له لان المكيل والموزون من الاشيا المتماثلة
فتمكن قسمة الثمن بينهما على قدر الكيل والوزن فاما غير المكيل والموزون من الاشيا المتفاوتة
فلا يمكن قسمة الثمن على عينها فيقسم على قيمتها وان لم يعلم الكيل والوزن والقيمة يصدق
كل واحد منهما فيما يدعي الى النصف من ذلك مع اليمين على دعوى صاحبه لان الشي في
ايديهما واليد دليل الملك من حيث الظاهر والتساوي في دليل الملك يوجب التساوي
في الملك فان ادعى اكثر من النصف لا يقبل قوله الا ببينة فان عمل احدهما واعانه الاخر
في عمله بالجمع والربط فذلك كله للعامل ولا شي منه للمعين لوجود السبب من العامل
دون المعين وللمعين اجر مثله لا يجاوز به قيمة ما سمي له من النصف والثلث ونحو ذلك
في قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ اما وجوب اجر المثل للمعين فلانه
استوفى منفعته بعقد فاسد لما بينا وانه يوجب اجر المثل ثم قال ابو يوسف لا
اجاوز به قيمة ما سمي وقاسه على ساير الاجارات الفاسدة انه لا يزاد على المسمى هناك كذا ههنا
والجامع بينهما انه رضي ان لا يكون له زيادة على المسمى فلا يستحق الزيادة وصار كمن قال
لرجل بع هذا الثوب على ان لك نصف ثمنه فباعه كان له اجر المثل لا يجاوز نصف الثمن
كذا هذا ومحمد رحمه الله يفرق بين هذا وبين ساير الاجارات الفاسدة فان المسمى هناك قدر
معلوم من الاجر فكان الرضا به اسقاطا لما زاد عليه والمسمى ههنا ليس بمعلوم بل هو معدوم
لانه ما سمى الا نصف الحطب او ثلثه والرضا بغير المعلوم لا يتحقق فلم تكن هذه التسمية
مسقطة الزيادة على المسمى من اجر مثله وعلى هذا الاختلاف المضاربة الفاسدة اذا ربح

المضارب فيها ان له اجر مثله لايجاوز به المسمى من الربح في قول ابي يوسف وان لم يكن
ربح فلا شي له وعند محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ ربح او لم يربح وستاتي المسلة في كتاب
المضاربة ان شا الله تعالي . ولو ان رجلا اجلس علي دكانه رجلا ليطرح عليه العمل
بالنصف فالقياس ان لا تجوز هذه الشركة لانها شركة العروض لان من احدهما العمل
ومن الاخر الحانوت والحانوت من العروض وشركة العروض غير جايزة وفي الاستحسان
جايزة لان هذه شركة الاعمال وشركة الاعمال جايزة بلا خلاف بين اصحابنا لان مبناها
علي الوكالة والوكالة علي هذا الوجه جايزة بان يوكل خياطا او قصارا وكيلا يتقبل له عمل
الخياطة والقصارة وكذا يجوز لكل صانع يعمل باجر ان يوكل وكيلا يتقبل العمل فان كان
لهما كلب فارسلاه جميعا فما اصاب الكلب فهو لصاحبه خاصة لان الارسال من
الاجنبي لا عبرة به مع ارسال المالك فكان ملحقا بالعدم وكان المالك ارسله
وحده وان كان لكل واحد منهما كلب فارسل كل واحد منهما كلبه فاصابا صيدا واحدا
كان بينهما نصفين لانهما تساويا في سبب الاستحقاق وان اصاب كلب واحد منهما
صيدا علي حدة كان له خاصة لانه ملكه بفعله فاختص بفعله وعلي هذا تخرج ما
اذا رجلان ولاحدهما بغل وللاخر بعير علي ان يواجرا ذلك فما رزق الله تعالي من شي
فهو بينهما فاجراهما باجر معلوم في عمل معلوم وحمل معلوم ان هذه الشركة فاسدة
وتقسم الاجرة بينهما علي مثل اجر البغل ومثل اجر البعير اما فساد الشركة فلان
الوكالة علي هذا الوجه لا تصح الا ترى ان من قال لاخر اجر بعيرك علي ان تكون الاجرة
بيننا لا تصح الوكالة كذا الشركة ولان الشركة لا تصح في اعيان الحيوان فكذا في منافعها
واما قسمة الاجر بينهما علي مثل اجر البغل ومثل اجر البعير فلان الشركة ان فسدت
فالاجارة صحيحة لانها وقعت علي منافع معلوم ببدل معلوم ومن حكم الاجرة
ان تنقسم علي قيمة المنافع كما ينقسم الثمن علي قيمة المبيعين المختلفين وان لم
يواجرا البغل والبعير ولكنهما تقبلا حمل حمولة معلومة ببدل معلوم فحملا الحمولة
علي ذلك فالاجر بينهما لان هذه شركة العمل لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد بمنزلة
عمل الخياطة والقصارة فكان البدل بينهما علي قدر الضمان وقد تساويا في الضمان
فيتساويان في الاجرة ولا عبرة بزيادة حمل البعير علي البغل كما لا عبرة بكثرة عمل
احد الشريكين في شركة الصنايع لان البدل يقابل الضمان والبغل والبعير هاهنا
الة ابقا العمل ولو اجرا البعير بعينه كانت اجرته لصاحبه لا لصاحب البغل
وكذا ان اجرا البغل بعينه كانت اجرته لصاحب البغل لان الاجر لصاحب البغل لا لصاحب
البعير لان العقد وقع علي منافع البعير والبغل باذن مالك البعير والبغل
فكانت الاجرة له فان اعانه الاخر علي الحمولة والنقلان كان للذي اعانه اجر مثله
لانه استوفي منفعة شريكه بعقد فاسد ثم عند ابي يوسف لا يجاوز به نصف
الاجر الذي اجر به في قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا ما بلغ علي ما
ذكرنا في شركة الاحتطاب   قصاران لاحدهما اداة القصارة وللاخر بيت
اشتركا علي ان يعملا باداة هذا في بيت هذا علي ان الكسب بينهما نصفان كان ذلك
جايزا وكذلك الصاغة والخياطون والصباغون ان الاجر هاهنا بدل العمل
لا عن الالة وقد صار العمل مضمونا عليهما فكان بدله لهما وكان احدهما معينا
للاخر بنصف الالة والاخر معينا له بنصف الدكان وهو نظير المسلة المتقدمة

اشترك صح

وهي ان يتقبلا حمولة فيحملاها علي دابتهما ولو اشتركا ولاحدهما دابة وللاخر اكاف
وجوالقان علي ان يواجرا علي ان اجرهما بينهما نصفين كانت الشركة فاسدة
واجر الدابة لصاحبها وللذي جعل معه اجر مثله في قولهم جميعا اما فساد الشركة
فلما ذكرنا ان الوكالة علي هذا الوجه لا تصح كذا الشركة واما الاجر فلانه بدل منافع الدابة
فكان لصاحبها وقد استوفي منافع الة الاخر بعقد فاسد فكان عليه اجر مثلها
ولو دفع دابته الي رجل ليواجرها علي ان الاجر بينهما كان ذلك فاسدا والاجر
لصاحب الدابة وللاخر اجر مثله وكذلك السفينة والبيت لان الوكالة
علي هذا الوجه لا تصح فلا تصح الشركة والاجر لصاحب الدابة لان العاقد
عقد علي ملك غيره بامره وللدخيل اجر مثله لان صاحب الدابة استوفي
منافعه بعقد فاسد وكان دفع اليه الدابة ليبيع عليها الطعام علي ان الربح
بينهما نصفان كان فاسدا اذ الربح لصاحب المتاع ولصاحب الدابة اجر
مثلها ولصاحب البيت وكذا لان الكسب حصل بعمله وقد استوفي منفعة الدابة
بعقد فاسد فكان عليه اجرها ولا يشترط لصحة هذه الشركة اتفاق العمل
ويجوز اختلفت اعمالهما او اتفقت كالخياط مع القصار ونحو ذلك وهذا
قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجوز هذه الشركة الا عند اتفاق الصنعة
كالقصارين والخياطين بنا علي ان الشركة تجوز بالمالين المختلفين والصحيح قولنا
لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بضمان العمل والعمل مضمون عليهما اتفق
العملان او اختلفا والله اعلم . واما الشركة بالوجوه فشرط المفاوضة منهما
ان يكون من اهل الكفالة وان يكون ثمن المشترا علي واحد منهما نصفه
وان يكون المشترا بينهما نصفين وان يكون الربح بينهما نصفين وان
يتلفظا بلفظة المفاوضة لما ذكرنا فيما تقدم   واما العنان منها فلا يشترط
له اهلية الكفالة ولا المساواة بينهما في ملك المشترا حتى لو اشتركا بوجههما
علي ان يكون ما اشتريا او احدهما بينهما نصفين او اثلاثا او ارباعا او كيف
ما اشترطا علي التساوي والتفاضل كان جايزا وضمان ثمن المشترا بينهما
بينهما علي قدر ملكهما في المشترا والربح بينهما علي قدر الضمان فان شرطا لاحدهما
فضل ربح علي حصته من الضمان فالشرط باطل ويكون الربح بينهما علي قدر ضمانهما
ثمن المشترا لان الربح في هذه الشركة انما يستحق بالضمان فيتقدر بقدر الضمان
فاذا شرط لاحدهما اكثر من حصته من الضمان ونصيبه من الملك فهو شرط ربح
من غير ملك ولا ضمان فلا يجوز فان قيل الربح كما يستحق بالملك والضمان يستحق
بالعمل فجاز ان يستحق زيادة الربح بزيادة العمل كالمضارب والشريك شركة
العنان فالجواب ان هذا مسلم اذا كان العمل في مال معلوم كما في المضارب
وشركة العنان ولم يوجد هاهنا فلا يستحق كما قال لاخر ادفع اليك الفا
مضاربة علي ان تعمل فيها بالنصف ولم يعين الالف انه لا تجوز المضاربة لانه لم
يشترط العمل في زمان معين والله اعلم

فصل

واما حكم الشركة فاما شركة
الاملاك فحكمها في النوعين جميعا واحد وهو ان كل واحد من الشريكين كانه
اجنبي في نصيب صاحبه لا يجوز له التصرف بغير اذنه لان المطلق للتصرف
الملك او الولاية ولا ملك لكل واحد منهما في نصيب صاحبه والولاية بالوكالة

او القرابة ولم يوجد شي من ذلك وسوا كانت الشركة في العين او الدين لما قلنا
ولو كان بين رجلين على رجل من ثمن عبد باعاه اياه بالف درهم او الف بينهما اقرضاه
اياه او استهلك الرجل عليهما شيا قيمته الف درهم او ورثا دينا لرجل واحد عليه
فقبض احدهما نصيبه او بعض نصيبه فللاخر ان يشركه فياخذ نصف ما
قبضه والاصل في هذا ان الدين المشترك الثابت للشريكين بسبب واحد اذا
قبض احدهما شيا منه فللاخر ان يشاركه في المقبوض لان المقبوض مقبوض من
النصيبين اذ لو جعل لاحدهما لكان ذلك قسمة الدين قبل القبض وانها غير
جايزة لان معنى القسمة وهو التميز لا يتحقق فيما في الذمة فلا يتصور فيه
القسمة ولهذا لم يصح قسمة العين من غير تمييز كطعام بين شريكين قال احدهما
لصاحبه خذ منها لك هذا الجانب ولي هذا الجانب لا يجوز لانعدام التمييز واذا
لم يصح في العين من غير تمييز ففي الدين اولى ولان القسمة فيها معنى التمليك
لانه ما من جزين الا واحدهما ملكه والاخر ملك صاحبه فكان نصيب كل واحد منهما
بعد القسمة بعضه ملكه وبعضه عوضا عن ملكه فكان قسمة الدين تمليك الدين
من غير من عليه الدين وانه غير جايز فجعل المقبوض من النصيبين جميعا لئلا يودي
الى ما قلنا وكان له ان ياخذ نصف ما قبضه صاحبه بعينه ليس للقابض ان يمنعه
عنه بان يقول انا اعطيتك نصف مثل الدين مثل نصف الدين لان نصف
المقبوض مقبوض عن نصيبه فكان عين حقه فلا يملك القابض منعه وسوا
كان المقبوض مثل حقه او اجود او اردى اما اذا كان اجود من حقه فلان الجودة
لا عبرة بها في الجنس الواحد الا ترى ان من عليه الردي اذا اعطى الجيد يجبر
صاحب الدين على القبول فكان قبضه قبضا لعين الحق وان كان اردى فقبض
الردي عن الجيد جايز لانه من جنس حقه وما قبض الشريك من شريكه
يكون قدر ذلك للقابض دينا على الغريم ويكون ما على الغريم بينهما على قدر
ذلك من الدين حتى لو كان الدين الف درهم بينهما فقبض احدهما خمسماية
فجا الشريك فاخذ نصفها كان للقابض ما بقي له على الغريم وذلك مايتان وخمسون
وتكون الشركة باقية في الدين كما كانت لانه لما اخذ شريكه نصف المقبوض
انتقض قبضه في نصف ما قبض وبقي الباقي من دينه بحاله وان اخرج القابض
عن يده بان وهبه او باعه او قضى دينا عليه او استهلكه بوجه من الوجوه
فلشريكه ان يضمنه نصف ما قبض لانه اتلف عليه نصف ما قبضه من
نصيبه فكان له ان يضمنه فان لم يقبض احد الشريكين شيا ولكن
ابرا الغريم من حصته جازت البراة ولا يضمن لشريكه شيا لانه لم
يقبض شيا من الدين بل اتلف حصته لا غير فلا يضمن فان ابراه احدهما
عن مائة درهم ثم خرج من الدين شي اقتسماه بينهما على قدر ما لكل واحد منهما
على الغريم فيكون المقبوض بينهما على تسعة اسهم لان احدهما لما ابرا الغريم من
مائة درهم بقي له من الدين اربعماية ولشريكه خمسماية فيضربان في قدر المقبوض
بتسعة اسهم فكذلك ان كانت البراة بعد القبض قبل ان يقتسما يقتسما لان
القسمة تقع على قدر حقهما فان اقتسما المقبوض نصفين ثم ابرا احدهما الغريم
من مائة درهم فالقسمة ماضية ولا ينقض ابراوه بعد القسمة شيا مما

دين صح

الدين المشترك

قضي صح

اقتسماه

اقتسماه لانهما اقتسما وملكهما سوا فزال المساواة بعد ذلك لا يقدح في القسمة ولو لم
يقبض احدهما شيا بنفسه ولكن اشترى بنصيبه ثوبا من الغريم فللشريك ان يضمنه
نصف ثمن الثوب ولا سبيل له على الثوب لانه انما اشترى الثوب بثمن في ذمته
لا بما له في ذمة الغريم لانه لما اشترى وجب ثمن الثوب في ذمته وله في ذمة الغريم مثله
فصار ما في ذمته قصاصا بدينه فصار كانه قبض نصف الدين فلا يكون له على الثوب
سبيل فان اجتمعا جميعا على الشركة في الثوب فهو جايز لانه قد وجب عليه نصف
ثمنه فاذا اسلم نصفه بذلك ورضي شريكه به صار كانه باع نصف الثوب منه
فان لم يشتر بحصته شيا ولكن صالحه من حقه على ثوب وقبضه ثم طالبه شريكه
بما قبض فان القابض بالخيار ان شا سلم اليه نصف الثوب وان شا اعطاه مثل
نصف حقه من الدين والخيار في ذلك الى القابض لان الصلح لم يوجب شيا على
المصالح لانه عقد تبرع بمنزلة الهبة والابرا بخلاف الشرا الا انه قبض ثوبا
عن الدين المشترك فكان له ان يسلم نصفه الى الشريك وله ان يقول انا
اعطيك نصف حقك من الدين لانه لا حق لك فيما زاد على ذلك وللشريك في هذه
الوجوه كلها ان يسلم للشريك ما قبض ويرجع بدينه على الغريم لان من حجته
ان يقول ان ديني قد ثبت عليك بعقد المداينة فتسليمك الى غيري
لا يسقط ما لي في ذمتك فان سلم للشريك ما قبض ثم تودي على الغريم فله ان
يرجع على الشريك ويكون الحكم في هذه الوجوه كلها كالحكم فيما اذا لم يسلم الا وجها
واحدا وهو انه اذا اراد ان ياخذ من يد صاحبه بعد ما قبض من الدراهم
بعينها لم يكن له ذلك ولصاحبه ان يمنعه عنها ويعطيه مثلها لان المقبوض
في الاصل كان عن حق مشترك وانما سلم الشريك المقبوض للقابض ليسلم له
ما في ذمة الغريم فاذا لم يسلم بقي حقه في المقبوض كما كان الا انه ليس له في هذا
الوجه ان يرجع الى عين تلك الدراهم لانه اسقط حقه عن عينها بالتسليم حيث
اجاز تملك القابض لها فسقط حقه عن عينها وانما تجدد له ضمان اخر سوا
ماله فيثبت ذلك ما في ذمة القابض كسائر الديون فان اخر احدهما نصيبه
لم يجز تاخيره في قول ابي حنيفة ويجوز عند ابي يوسف ومحمد ولا خلاف في انه
لا يجوز تاخيره في نصيب شريكه لانه لا يملكه ولا يولي هذا العقد فيه واما
في نصيب شريكه فهو على هذا الاختلاف وجه قولهما ان نصيبه ملكه
فيملك التصرف فيه ولهذا ملك التصرف فيه اسقاطا بالابرا فالتاخير
اولى لانه دونه ولابي حنيفة ان تاخير نصيبه قسمة الدين قبل القبض وانها
غير جايزة والدليل على ان التاخير قسمة الدين انه وجد اثر القسمة وهو انفراد
كل واحد من الشريكين بنصيبه على وجه لا يكون للاخر فيه حق وقسمة الدين
قبل القبض لا تجوز لانه لعدم تصور معنى القسمة وهو التمييز اذ هو
اسم للفعل او لما لك حكمي في الذمة بخلاف الابرا فانه ليس فيه اثر القسمة ومعنا
بل هو اتلاف لنصيبه فان قيل قسمة الدين تصرف في الدين والتاخير ليس
تصرفا في الدين بل في المطالبة بالاسقاط فالجواب ان التاخير تصرف في
الدين والمطالبة جميعا لانه يوجب تغير الدين عما كان عليه لان الدين قبله
كان على صفة لو قبض احدهما نصيبه كان للاخر ان يشاركه فيه وبعد

التاخير لا يبقى له حق المشاركة ما دام الاجل قايما ثم فرع على قولهما فقال اذا قبض الشريك
الذي لم يوجر نصيبه لم يكن للذي اخر ان يشركه فيما قبض حتى يحل دينه فاذا حل دينه
فله ان يشركه ان كان قايما وان كان مستهلكا ضمنه صاحبه لان الاجل لمنع ثبوت المطالبة
فلا يكون حق في المقبوض فاذا حل صار كانه لم يزل حالا فتثبت الشركة فان لم يقبض الاخر
شيا حتى حل دين الذي اخر عاد الامر الى ما كان فيما قبض احدهما من شي يشركه الاخر
فيه لان الدين لما حل فقد سقط الاجل فصار كما قبل التاجيل ولو كان الدين بين شريكين
على امراة فتزوجها احدهما على نصيبه من الدين فقد روي بشر عنه ايضا انه
لا يرجع وهو رواية محمد عن ابي يوسف وهو قول محمد وجه الرواية الاولى ان
النكاح اوجب المهر في ذمته وله في ذمتها مثله فصار قصاصا بدينه فصار كانه
قبض نصف الدين فكان له ان يرجع بنصف حقه كما لو اشترى منها ثوبا بنصيبه من
الدين وجه الرواية الاخرى ان من شرط وجوب الضمان عليه لشريكه ان يسلم له ما
يحتمل المشاركة ولم يوجد فلا يضمن لشريكه كما لو ابراها عن نصيبه ولو استاجر
احد الشريكين الغريم بنصيبه فان شريكه يرجع عليه في قولهم جميعا لان الاجرة في
مقابلتها بدل مضمون بالعقد فاشبه البيع وكذا الذي سلم وهو المنفعة قابل للشركة
فكان له ان يضمنه وذكر بشر في روايته عن ابي يوسف ايضا ان احد الطالبين
اذا شج المطلوب موضحة عمدا فصالحه على حصته لا يلزمه لشريكه شي لانه لم
يسلم له ما يمكن المشاركة فيه لان الصلح عن جناية عمد ليس في مقابلته بدل
مضمون فلم يسلم ما تصح المشاركة فيه فلا يلزمه شي واما اذا استهلك احد
الطالبين على المطلوب مالا فصارت قيمته قصاصا بدينه او اقترض منه شيا بقدر
نصيبه من الدين فلشريكه ان يرجع عليه لان قدر القرض وقيمة المستهلك قصاصا
بدينه والاقتصاص استيفا الدين من حيث المعنى فصار كانه استوفى حقيقة
ولو كان وجب للمطلوب على احد الطالبين بسبب قبل ان يجب لهما عليه الدين
فصار ما عليه قصاصا بما لاحد الطالبين فلا ضمان على الذي سقط عنه الدين لشريكه
لانه ما استوفى الدين بل صار قاضيا دينا كان عليه اذ الاصل في دينين التقيا
قصاصا ان يصير الاول مقتضيا بالثاني لانه كان واجب القضا قبل الثاني واذا
لم يكن مستوفيا للدين لم تكن له المشاركة اذ المشاركة تثبت في القدر المستوفى
وذكر بن سماعة في نوادره عن محمد رحمه الله لو ان احد الغريمين اللذين لهما
المال قتل عبدا للمطلوب فوجب عليه القصاص فصالحه المطلوب على خمسماية
درهم كان ذلك جايزا وبري من حصة القاتل من الدين وكان لشريك القاتل
ان يشركه ويأخذ منه نصف الخمسماية وكذلك لو تزوج المراة الغريمة على خمسماية
مرسلة ولو استاجر الغريم بخمسماية مرسلة فرق بين هذا وبينما اذا صالح
على نفس الدين او تزوج به ووجه الفرق ان العقد هاهنا وهو الصلح والنكاح
وقع على ما في الذمة وانه يوجب المقاصة فكان استيفا للدين معنى بمنزلة
الاستيفا حقيقة بخلاف الصلح على نفس الدين والتزوج به فان العقد هناك
ما وقع على ما في الذمة مطلقا الا ترى ان العقد هناك اضيف الى نفس الدين
فلم تقع المقاصة ولم يسلم له ايضا ما يحتمل الاشتراك فيه فلا يرجع وذكر علي
ابن الجعد عن ابي يوسف انه لو مات المطلوب واحد الشريكين وارثه وترك

ما ليس

ما ليس فيه وفا اشتركا بالحصص لان الدين يمنع انتقال الملك الى الورثة بقوله تعالى
من بعد وصية يوصي بها او دين رتب الميراث على الدين فلم ينقل الملك الى
الوارث فلا يسقط دينه وكان دين الوارث والاجنبي سوا ولو اعطى المطلوب
لاحدهما رهنا بحصته فهلك الرهن عنده فلشريكه ان يضمنه لان قبض الرهن
قبل استيفا وبهلاك الرهن يصير مستوفيا للدين حكما فكان كالاستيفا حقيقة
ولو غصب احد الشريكين من المطلوب عبدا فمات عنده فلشريكه ان يضمنه لانه
اذا هلك صار ضامنا لقيمة العبد من وقت الغصب فملك المغصوب من ذلك
الوقت بطريق الظهور او الاستناد ولو ذهبت احدى عيني العبد بافة سماوية
في ضمان الغاصب فرده لم يرجع شريكه عليه بشي لانه لم يسلم له ما يمكن المشاركة
فيه لانه لم يملك المضمون فلا يضمن لشريكه بخلاف نفس العبد لانه ملكها
بالضمان فسلم له ما يمكن المشاركة فيه فيضمن لشريكه وكذلك العبد
المرهون اذا ذهبت احدى عينيه بافة سماوية وكذلك لو اشترى احد الشريكين
من الغريم عبدا بيعا فاسدا وقبضه فمات في يده او باعه او اعتقه انه يضمن
لشريكه كما يضمن في الغصب ولو ذهبت عينه بافة سماوية فردها لم يضمن لشريكه
شيا ويجب ذلك عليه من حصته من الدين خاصة كذا والله اعلم فصل واما شركة
العقود فجملة الكلام فيها انها لا تخلوا اما ان تكون صحيحة او فاسدة اما الصحيحة فاما
الشركة بالاموال فنبين احكام العنان منها والمفاوضة وما يجوز لاحد شريكي
العنان والمفاوضة ان يعمله من مال الشركة وما لا يجوز اما العنان
فلاحد شريكي العنان ان يبيع مال الشركة لانهما بعقد الشركة اذن كل واحد منهما
لصاحبه ببيع مال الشركة ولان الشركة تتضمن الوكالة فيصير كل واحد منهما
وكيل صاحبه بالبيع ولان غرضهما من الشركة الربح وذلك بالتجارة وما التجارة
الا بالبيع والشرا فكان اقدامهما على العقد اذنا من كل واحد منهما صاحبه
بالبيع والشرا دلالة وله ان يبيع مال الشركة بالنقد والشركة والنسيه لان
الاذن بالبيع مقتضى الشركة وجد مطلقا ولان الشركة تنعقد على عادة التجار ومن
عادتهم البيع نقدا ونسية وله ان يبيع بقليل الثمن وكثيره لما قلنا الا بما
يتغابن الناس في مثله لان المقصود من العقد وهو الاسترباح لا يحصل به فكان
مستثنى من العقد دلالة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وجعله
على الاختلاف في الوكيل بالبيع مطلقا انه يجوز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد لا يجوز ولو باع احدهما واجل الاخر لم يجز تاجيله في نصيب شريكه
بالاجماع وهل يجوز في نصيب شريكه فهو على الاختلاف الذي ذكرنا في الدين
المشترك اذا اخر احدهما نصيبه هذا اذا باع احدهما واجل الاخر فاما اذا عقد
احدهما ثم اخر العاقد فلا خلاف انه يجوز تاخيره في نصيب نفسه لانه مالك
وعاقد واما في نصيب شريكه فيجوز تاجيله في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف لا يجوز والكلام فيه بنا على مسلة الوكيل بالبيع انه يملك تاخير الثمن
والابرا عنه عندهما وعنده لا يملك ووجه البنا ظاهر لان العاقد في نصيب
شريكه الشريك وكيل عنه وهي من مسايل كتاب الوكالة الا ان هناك اذا اخر
يضمن من ماله للموكل عندهما وهاهنا لا يضمن الشريك العاقد لان العاقد

يملك ان يقايل ويبيع بالنسية فاذا اخر يضمن وله ان يشتري بالنقد والنسية
لما قلنا في البيع وهذا اذا كان في يده مال ناض للشركة وهو الدراهم والدنانير
فاشتري بالدراهم والدنانير شيا نسية او كان عنده شي من المكيل والموزون
فاشتري بذلك الجنس شيا نسية فاما اذا لم يكن في يده دراهم ولا دنانير فاشتري
بدراهم او دنانير شيا كان المشترى له خاصة دون شريكه لانا لو جعلنا شراه
على الشركة لصار مستدينا على مال الشركة والشريك لا يملك الاستدانة على
مال الشركة من غير ان يوذن له بذلك كالمضارب لانه لا يصير مال الشركة اكثر
مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلا يجوز من غير رضاه وكذلك لو كان عنده عروض
فاشتري بالدراهم والدنانير نسية لان العروض لا تصلح مال الشركة فكان
الشرا بالاثمان استدانة بخلاف ما اذا اشتري بها وفي يده مثلها لان ذلك
ليس باستدانة وحكي الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه اذا كان في يد احد
الشريكين دنانير فاشتري دراهم يجوز وقال زفر لا يجوز بنا ان زفر يعتبر
المجانسة في راس مال الشركة حقيقة حتي ابي انعقاد الشركة في الدراهم
مع الدنانير لاختلاف الجنس حقيقة فيصير كانه اشتري بالدراهم وعنده عروض
ونحن نعتبر المجانسة معني وهو الثمنية وقد تجانسا في الثمنية فصار كانه
اشتري بجنس ما في يده صورة ومعني وله ان يبضع مال الشركة لان الشركة
تنعقد على عادة التجار والابضاع من عادتهم ولان له ان يستاجر من يعمل
في البضاعة بعوض فالابضاع اولى لانه استعمال المبضع في البضاعة بغير
عوض وله ان يودع لان الايداع عادة التجار ومن ضروب التجارة ايضا لانه
لابد للتاجر منه لا يحتاج الى ذلك عند اعتراض احوال تقع عادة ولان
له ان يستحفظ المودع باجر فبغير اجر اولي وليس له ان يشارك الا ان يوذن
له بذلك لان الشي لا يستتبع مثله فان شارك رجلا شركة عنان فما اشتراه
للشريك فنصفه له ونصفه للشريكين لانه ان كان لا يملك الشركة في حق الشريك
يملك التوكيل وعقد الشركة يتضمن التوكيل فكان نصف ما اشتراه بينهما
وان اشتري الشريك الذي لم يشارك فما اشتراه يكون بينه وبين شريكه
نصفين ولا شي للاجنبي فيه لانه لم يوكله فبقي ما اشتراه على حكم الشركة
وقال الحسن بن زياد اذا شارك احد شريكي العنان مفاوضة بغير محضر
من شريكه لم تكن مفاوضة وكانت شركة عنان لان المفاوضة تقتضي فسخ شركة
العنان لان المفاوضة يجب ان يكون شريكه في كل المال وذلك لا يصح في حق
شريكه فكان ذلك فسخا للشركة وهو لا يملك الفسخ مع غيبته وكان ذلك
بحضر من صاحبه صحت المفاوضة وذلك ابطال لشركة العنان لانه يملك
فسخ الشركة مع حضور صاحبه وليس له ان يخلط مال الشركة بمال له خاصة
لان الخلط ايجاب حق في المال فلا يجوز الا في القدر الذي رضي به رب
المال وله ان يدفع مال الشركة مضاربة ذكر محمد رحمه الله في الاصل عن
ابي حنيفة ان له ذلك وروي الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ذلك
وجه رواية الحسن ان المضاربة نوع شركة لان رب المال مع المضارب
يشتركان في الربح وهو لا يملك الشركة باطلاق العقد فلا يملك المضاربة

وجه ظاهر الرواية انه يملك انه يستاجر اجيرا يعمل في مال الشركة فلان يملك الدفع
مضاربة اولي لان الاجير يستحق الاجر سوا حصل في الشركة ربح ام لا والمضارب
لا يستحق شيا بعمله الا اذا كان في المضاربة ربح فلما ملك الاستيجار فلان يملك
الدفع مضاربة اولي والاستدلال بالشركة غير سديد لان الشركة فوق المضاربة
لانها توجب الشركة في الاصل والفرع والمضاربة توجب الشركة في الفرع لا في الاصل
والشي يستتبع ما هو دونه ولا يستتبع ما هو فوقه او مثله ولهذا لا يملك المضارب
دفع المال مضاربة بمطلق العقد لان المضاربة مثل المضاربة ويملك التوكيل
لانه دون المضاربة والوكيل لا يملك ان يوكل غيره باطلاق الوكالة لان الوكالة
مثل الوكالة وله ان يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب ان يعمله في مال
المضاربة وسنذكر ذلك في كتاب المضاربة ان شا الله تعالي لان تصرف
الشريك اقوي من تصرف المضارب واعم منه فما كان للمضارب ان يعمل
فالشريك وله ان ياخذ مالا مضاربة ويكون ربحه له خاصة لان المضارب
يستحق الربح بعمله فيختص به كما لو اجر نفسه وله ان يوكل بالبيع والشرا
استحسانا والقياس ان لا يجوز لان شريكه رضي به برايه ولم يرض براي غيره
وجه الاستحسان ان الشركة تنعقد على عادة التجار والتوكيل بالبيع والشرا
من عاداتهم ولانه من ضرورات التجارة لان التاجر لا يمكنه مباشرة جميع
التصرفات بنفسه فيحتاج الى التوكيل فكان التوكيل من ضرورات التجارة
بخلاف الوكيل بالشرا انه لا يملك ان يوكل غيره لانه لا يملك جميع التصرفات
بل لا يملك الا الشرا فيمكنه مباشرته بنفسه فلا ضرورة الى ان يوكل غيره ولان
الشركة اعم من الوكالة والوكالة اخص منها والشي يستتبع دونه ولا يستتبع
مثله وبخلاف ما اذا كانا شريكين في خادم او ثوب خاصة انه ليس لاحدهما
ان يوكل رجلا ببيعه وان وكل لم يجز في حصة صاحبه لان ذلك شركة ملك
وكل احد من الشريكين في شركة الاملاك اجنبي عن صاحبه محجور عن التصرف
في نصيبه لانعدام المطلق للتصرف وهو الملك والولاية على ما بينا فيما تقدم
وله ان يوكل وكيلا ويدفع اليه مالا ويامره ان ينفق على شي من تجارتهما والمال من
الشركة لما ذكرنا ان الشريك يملك التوكيل فكان تصرفه كتصرف الوكيل
فان اخرج الشريك الاخر الوكيل يخرج من الوكالة ان كانت في بيع او شرا
او اجارة لان كل واحد منهما لما ملك التوكيل على صاحبه ملك العزل عليه
ولان الموكل وكيل لشريكه فاذا وكل كان لموكله ان يعزل وكيله عنه وله ان
يستاجر اجيرا لشي من تجارتهما لان الاجارة من التجارة حتي يملكها الماذون
في التجارة وهو من عادة التجار ايضا ومن ضرورات التجارة لان التاجر
لا يجد بدا منه ولان المنافع عند ايراد العقد عليها تجري مجري الاعيان
فكان الاستيجار بمنزلة الشرا وهو يملك الشرا فيملك الاستيجار
والاجر يكون على المستاجر يطالب به دون شريكه لانه العاقد لا شريكه
وحقوق العقد ترجع الى العاقد ويرجع على شريكه بنصف الاجرة لانه شريكه
وكيله في العقد وله ان يرهن متاعا من الشركة بدين وجب بعقده وهو الشرا
او يرتهن بما باعه لان الرهن ايفا الدين والارتهان استيفاوه وانه يملك الايفا

والاستيفا فيملك الرهن والارتهان وذكر محمد رحمه الله في كتاب الرهن اذا رهن
احدهما متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين
لهما اداناه وقبض لم يجز علي شريكه وذلك محمول علي ما اذا رهن احدهما بدين
عليهما وجب بعقدهما لان الرهن ابفا وكل واحد منهما لا يملك ان يوفي دين الاخر من
ماله الا بامره فلا يملك الرهن والارتهان استيفا واحدهما لا يملك استيفا ثمن
ما عقده شريكه لنفسه فلا يملك ارتهانه فان هلك في يده وقيمته والدين سوا
ذهب بحصته لانه قبض الرهن بعقد فاسد والرهن الفاسد يكون مضمونا
كالصحيح فكان مستوفيا حصته من الدين لانه كان يملك استيفا حصته من الدين
قبل الارتهان وان وليه غيره فاذا ارتهنه بجميع الدين صار بجميع مستوفيا بجميع
الدين فيصير مستوفيا حصته ضرورة فذهب الرهن بحصته وشريكه بالخيار
ان شا رجع بحصته علي المطلوب ورجع المطلوب بنصف قيمة الرهن علي المرتهن
وان شا ضمن شريكه حصته من الدين لان قبض الرهن قبل استيفا الدين فاذا
هلك في يده تقرر استيفا كل الدين ومن استوفي كل الدين المشترك بغير اذن
شريكه كان لشريكه ان يرجع علي الغريم بحصته ويرجع الغريم علي القابض بما قبض
لانه انما سلم اليه ليملك ما في ذمته بما سلم ولم يملك فكان له ان يرجع عليه
كذا ههنا للمطلوب ان يرجع بنصف قيمة الرهن علي المرتهن وان شا شريكه الشريك
رجع عليه بنصف دينه لما ذكرنا ان احد الشريكين اذا استوفي المشترك كله
كان للشريك الاخر ان يرجع عليه بنصيبه وطريق ذلك ان نصف المقبوض
وقع للقابض ولشريكه ان يشاركه فيه فللقابض ان يرجع علي المطلوب بذلك
ثم يشاركه ايضا هكذا يستوفي هو ويشاركه الاخر الي ان يستوفيا الدين
طعن عيسي ابن ابان في هذه المسلة وقال يجب ان لا يضمن الشريك نصيب
شريكه لان محمدا رحمه الله قال لو قال رجل لرجل اعطني رهنا بدين فلان
الذي عليك فان اجازه جاز وان لم يجزه فلا ضمان علي فاعطاه وهلك الرهن في
يده لم يضمن وهذا الطعن في غير موضعه لان ذلك الرجل جعل الرهن في يد العدل
لانه لما اخذ رهنا لغيره وشرط ان لا ضمان عليه صار عدلا وهلاك الرهن
في يد العدل لا يوجب الضمان لان قبضه ليس بقبض استيفا وههنا انما
قبضه للاستيفا والرهن المقبوض للاستيفا مضمون فلم يصح الطعن وله ان
يحتال لان الحوالة من عمل التجارة لان التاجر يحتاج اليها لاختلاف الناس
في الملاة والافلاس وكون بعضهم املي من بعض وفي العادة يختار الاملي فالاملي
فكانت الحوالة وسيلة الي الاستيفا فكانت في معني الرهن في التوثق للاستيفا
وان الاحتيال تمليك ما في الذمة بمثله فيجوز كالصرف وحقوق عقد تولاه
احدهما يرجع الي العاقد حتي لو باع احدهما لم يكن للاخر ان يقبض شيا من
الثمن وكذلك كل دين لزم انسانا بعقد وليه احدهما فليس للاخر قبضه
وللمديون ان يمتنع من دفعه اليه كالمشتري من الوكيل بالبيع ان له ان
يمتنع من دفع الثمن الي الموكل لان القبض من حقوق العقد فتعود الي
العاقد لان المديون لم يلتزم الحقوق للمالك وانما التزمها للعاقد فلا يلزمه
ما يلتزمه الا بتوكيل العاقد فان دفع الي الشريك من غير توكيل بري من حصته

ولم

ولم يبرا من حصة الدافع وهذا استحسان والقياس ان لا يبرا الدافع وجه القياس ان حقوق
العقد لا تتعلق بالقابض بل هو اجنبي عنها وانما تتعلق بالعاقد فكان الدفع الي القابض
بغير حق فلا يبرا وجه الاستحسان انه لا فايدة في نقض هذا القبض اذ لو نقضناه
لاحتجنا الي اعادته لان المديون يلزمه رفعه الي العاقد والعاقد يرد حصة الشريك
اليه فلا يفيد في القبض ثم الاعادة في الحال وعلي هذا القياس والاستحسان
في الوكيل بالبيع اذا دفع المشتري الثمن الي الموكل من غير اذن الوكيل ولا يطالب الشريك
بتسليم المبيع لما قلنا وليس لاحدهما ان يخاصم فيما اداه الاخر او باعه والخصومة
للذي باع وعليه ليس علي الذي لم يل من ذلك فلا تسمع عليه بينة فيه ولا يستحلف وهو
والاجنبي في هذا سوا لان الخصومة من حقوق العقد وحقوق العقد تتعلق بالعاقد
ولو اشتري احدهما شيا لا يطالب الاخر بالثمن وليس للشريك قبض المبيع لما بينا
وللعاقد ان يوكل وكيلا يقبض الثمن والمبيع فيما اشتري وباع لما ذكرنا فيما تقدم
ولاحدهما ان يقايل فيما باعه الاخر لان الاقالة فيها معني الشرا وانه يملك الشرا
علي الشركة فيملك الاقالة فما باعه احدهما او اشتري فظهر عيب لا يرد الاخر
بالعيب ولا يرد عليه لان الرد بالعيب من حقوق العقد وانها ترجع الي العاقد
والرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع علي البايع لانه العاقد فان اقر احدهما
بعيب في متاع جاز اقراره عليه وعلي صاحبه قال الكرخي وهذا قياس ابي حنيفة
وزفر وابي يوسف فرق بين هذا وبين الوكيل اذا اقر بالعيب فرد القاضي المبيع عليه
انه لا ينفذ اقراره علي الموكل حتي يثبت بالبينة لان موجب الاقرار بالعيب ثبوت
حق الرد عليه ولاحد الشريكين ان يسترد المبيع ويقبل العقد والوكيل لا يملك
يملك ذلك فان باع احدهما متاعا من الشركة فرد عليه فقبله بغير قضا قاض
جاز عليهما لان قبول المبيع بالتراضي من غير قضا القاضي بمنزلة شرا مبتدا بالتعاطي
وكل واحد منهما يملك ان يشتري ما باعه علي الشركة وكذا القبول من غير قضا
القاضي بمنزلة الاقالة واقالة احدهما تنفذ علي الاخر وكذا لو حط من ثمنه او
اخر ثمنه لاجل العيب فهو جايز لان العيب يوجب الرد ومن الجايز ان يكون
الصلح والحط انفع من الرد فكان له ذلك وان حط من غير علة او امر يخاف منه
جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه لان الحط من غير عيب تبرع والانسان
يملك التبرع من مال نفسه لا من مال غيره وكذا لو وهب لان الهبة تبرع ولكل واحد
منهما ان يبيع ما اشترياه لان كل واحد منهما وكيل صاحبه بالشرا والبيع والوكيل
بالبيع والشرا يملك البيع مرابحة وهل لاحدهما ان يسافر بالمال من غير اذن
صاحبه ذكر الكرخي انه ليس له ذلك والصحيح من قول ابي يوسف ومحمد ان له
ذلك وكذا المضارب والمبضع والمودع لهم ان يسافروا وروي عن ابي حنيفة
انه ليس للشريك والمضارب ان يسافر وهو قول ابي يوسف وروي عن ابي
يوسف ان له ان يسافر الي موضع لا يبيت عن منزله وروي عنه انه يسافر
بما لا حمل له ولا مونة ولا يسافر بما له حمل ومونة وجه ظاهر قول ابي يوسف
ان السفر له خطر فلا يجوز في ملك الغير الا باذنه وجه الرواية التي فرق فيها
بين القريب والبعيد انه اذا كان قريبا بحيث لا يبيت عن منزله كان في حكم
المصر وجه الرواية التي فرق فيها بين ما له حمل وما لا حمل له ان ما له حمل اذا

احتاج شريكه الى رده يلزمه مونة في الرد فيتضرر به ولا مونة تلزمه فيما لا حمل له
وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاذن بالتصرف يثبت مقتضى الشركة وانها صدرت
مطلقة عن المكان والمطلق يجري على اطلاقه ولهذا جاز للمودع ان يسافر على انه في
معنى المودع لانه موتمن في مال الشركة كالمودع في مال الوديعة مع ان الشريك
يملك امرا زايدا لا يملكه المودع وهو التصرف فلما ملك المودع السفر فلان
يملك الشريك اولى وقول ابي يوسف ان المسافر بالمال مخاطر بالمال مسلم اذا
كان الطريق مخوفا فاما اذا كان امنا فلا خطر فيه بل هو مباح قال الله تعالى
فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا من فضل الله وقال تعالى ليس
عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم مطلقا من غير فصل وما ذكر من لزوم مونة
الرد فيما له حمل ومونة فلا يعد ذلك غرامة في عادة التجار ولان كل مونة تلزم
تلحق براس المال هذا اذا لم يقل كل واحد منهما لصاحبه اعمل ذلك برايك فاما
اذا قال ذلك فانه يجوز لكل واحد منهما المسافرة والمضاربة والمشاركة وخلط
مال الشركة بمال له خاصة والارتهان والرهن مطلقا لانه فوض اليه في التصرف
الذي الذي اشتملت عليه مال الشركة مطلقا واذا سافر احدهما بالمال وقد
اذن له بالسفر وقيل له اعمل برايك او عند اطلاق الشركة على الرواية الصحيحة عن
ابي حنيفة ومحمد فله ان ينفق من جملة المال على نفسه في كرايه ونفقته
وطعامه وادامه من راس روى ذلك الحسن عن ابي حنيفة وقال محمد وهذا
استحسان والقياس لا يكون له ذلك لان الانفاق من مال الغير لا يجوز الا باذنه
نصا وجه الاستحسان العرف والعادة لان عادة التجار الانفاق من مال الشركة
والمعروف كالمشروط ولان الظاهر هو التراضي بذلك لان الظاهر ان الانسان لا
يسافر بمال الشركة وتلزم النفقة من مال نفسه لربح يحتمل ان يكون
ويحتمل ان لا يكون لانه التزام ضرر للحال لنفع يحتمل ان يكون ويحتمل ان لا يكون
فكان اقدامهما على عقد الشركة دليلا على التراضي بالنفقة من مال الشركة ولان
كل واحد منهما في مال صاحبه بمنزلة المضارب لان ما يحصل من الربح فهو فرع جميع
المال وهو يستحق نصف الربح شايعا كالمضارب فيكون نفقته في جميع المال
كالمضارب اذا سافر بمال نفسه وبمال المضاربة كانت نفقته في جميع ذلك
كذا هاهنا قال محمد رحمه الله فان ربح حسب النفقة من الربح وان لم يربح كانت
النفقة في راس المال لان النفقة جزء هالك من المال فان كان هناك ربح
فهو منه والا فهو من الاصل كالمضارب وما اشتري احدهما بغير مال الشركة
لا يلزم صاحبه لما ذكرنا انه يصير مستدينا على مال الشركة وصاحبه
لم ياذن له بالاستدانة وليس لاحدهما ان يهب ولا ان يقرض على شريكه
لان كل واحد منهما تبرع اما الهبة فلا شك فيها واما القرض فلانه لا عوض له في
الحال وهو لا يملك التبرع على شريكه وسوا قال اعمل برايك او لم يقل الا ان
ينص عليه بعينه لان قوله اعمل برايك تفويض الراي اليه فيما هو من التجارة
وهذا ليس من التجارة ولو استقرض مالا لزمهما جميعا لانه تملك مال
بالعقد فكان كالصرف فيثبت في حقه وحق شريكه لانه ان كان الاستقراض
استعارة في الحال فانه يملك الاستعارة وان كان تملكا يملكه ايضا وليس له

ان يكاتب عبدا من تجارتهما ولا ان يعتق على مال لان الشركة تنعقد على التجارة
والكتابة والاعتاق ليسا من التجارة الا ترى انه لا يملكهما الماذون في التجارة
وسوا قال اعمل برايك او لا لما قلنا وليس له ان يزوج عبدا من تجارتهما في قولهم
جميعا لانه ليس من باب التجارة وهو ضرر محض فلا يملكه الا بالاذن نصا وكذا تزويج
الامة في قول ابي حنيفة ومحمد لانه ليس من التجارة ويجوز عند ابي حنيفة ابو يوسف
والمسلة قد تقدمت في كتاب النكاح ولو اقر بدين لم يجز على صاحبه لان
الاقرار حجة قاصرة فلا يصدق في ايجاب الحق على شريكه بخلاف المفاوضة
لان الجواز في المفاوضة بحكم الكفالة لا بالاقرار وهذه الشركة لا تتضمن
الكفالة ولو اقر بجارية في يده من تجارتهما انها لرجل لم يجز اقراره في نصيب
شريكه وجاز في نصيبه لما ذكرنا ان اقرار الانسان ينفذ على نفسه لا على غيره
لانه في حق غيره شهادة وسوا قال له اعمل برايك ام لا لان هذا القول يفيد
العموم فيما تتضمنه الشركة والشركة لم تتضمن الاقرار وما ضاع من مال
الشركة في يد احدهما فلا ضمان عليه في نصيب شريكه ويقبل قول كل واحد
من الشريكين على صاحبه في ضياع المال مع يمينه لانه امين واما المفاوضة
فجميع ما ذكرنا انه يجوز لاحد شريكي العنان ان يفعله وهو جايز على شريكه
اذا فعله فيجوز لاحد شريكي المفاوضة ان يفعله فاذا فعله فهو جايز على
شريكه لان المفاوضة من العنان فلما جاز لشريك العنان فما جوازه
للمفاوض اولى وكذا كل من كان شرطا لصحة شركة العنان فهو شرط
لصحة شرط المفاوضة لانها لما كانت اعم من العنان فهي تقتضي شروط العنان
وزيادة وكذا ما فسدت به شركة العنان تفسد به شركة المفاوضة
لان المفاوضة يفسدها ما لا يفسد العنان لاختصاصها بشرايط لم
يشترط في العنان وقد بينا ذلك فيما تقدم والان نبين الاحكام
المختصة بالمفاوضة التي تجوز للمفاوض ولا تجوز للشريك شركة العنان
فنقول وبالله التوفيق يجوز اقرار احد شريكي المفاوضة بالدين عليه
وعلى شريكه يطالب المقر له ايهما شا لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر فيلزم المقر
باقراره ويلزم شريكه بكفالته وكذلك ما وجب على كل واحد منهما من دين
التجارة كثمن المشترا في البيع الصحيح وقيمته في البيع واجرة المستاجر
او ما هو في معنى التجارة كالغصوب والخلاف في الودايع والعواري والاجارات
والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار ان شا اخذ هذا بدينه وان شا
شريكه بحق الكفالة اما دين التجارة فلانه دين لزمه بسبب الشركة لان
البيع الصحيح اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فيما يلزمه بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع في ذلك على الشريك الذي
لم يعقد لان الدين لزمه كما لزم شريكه ولانه كفيل عن شريكه والبينة
بالدين تسمع على الكفيل كما تسمع على المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل
ان الامر بالبيع يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة واما
الغصب فلان ضمان الغصب في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه
يفيد ملك المضمون فكان في معنى ضمان البيع والخلاف في الودايع والعواري

والاجارات والاستهلاكات وصاحب الدين بالخيار ان شا اخذ به ابذ به وان شا
اخذ شريكه بحق الكفالة اما دين التجارة فلانه لزمه بسبب الشركة لان البيع الصحيح
اشتمل عليه عقد الشركة لانه تجارة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيما يلزمه
بسبب الشركة ولهذا قالوا ان البينة تسمع في ذلك على الشريك الذي لم يعقد
لان الدين لزمه كما لزم شريكه ولانه كفيل عن شريكه والبينة بالدين تسمع على
الكفيل كما تسمع عن المكفول عنه وكذا البيع الفاسد بدليل ان الامر بالبيع
يتناول الصحيح والفاسد وكذا الاجرة لان الاجارة تجارة واما الغصب فلان
ضمان الغصب في معنى ضمان التجارة لان تقرر الضمان فيه يفيد ملك المضمون فكان
في معنى ضمان البيع والخلاف في الودايع والعواري في معنى الغصب لانه من باب
التعدي على مال الغير باذن مالكه فكان في معنى الغصب فكان ضمانه
ضمان الغصب واما اروش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص
فلا يواخذ به شريكه لانه ليس بضمان الاجارة التجارة ولا في معنى ضمان التجارة
ايضا لانعدام معنى معاوضة المال بالمال راسا وروي عن ابي يوسف
ان ضمان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله لانه ضمان جنايه فاشبه ضمان
الجناية على بني ادم والجواب ما ذكرنا ان ضمان الغصب وضمان الاتلاف في
غير بني ادم ضمان معاوضة لانه ضمان يملك به المضمون عوضا عنه بخلاف ضمان
الجناية على بني ادم لانه لا يملك به المضمون فلم يوجد معنى المعاوضة اصلا
ولو كفل احدهما عن انسان فان كفل عنه بمال يلزم شريكه عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد لا يلزمه وان كفل بنفس لا يواخذ بذلك شريكه في
قولهم جميعا وجه قولهما ان الكفالة تبرع فلم يلزم صاحبه كالهبة والصدقة
والكفالة بالنفس والدليل على انها تبرع اختصاص جوازها باهل التبرع حتى
لا تجوز من الصبي والمكاتب والعبد الماذون وكذا تعتبر من الثلث اذا
كان في حال المرض والشركة لا تنعقد على التبرع ولابي حنيفة ان الكفالة
تقع تبرعا ابتدا بها ثم تصير معاوضة بانتهايها لوجود التمليك والتملك حتى
يرجع الكفيل على المكفول عنه بما كفل اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه
فقلنا لا تصح من الصبي والمكاتب والماذون وتعتبر من الثلث عملا بالابتدا
ويلزم شريكه عملا بالانتها حقوق عقد تولاه احدهما يرجع اليهما جميعا حتى لو
باع احدهما شيا من مال الشركة يطالب غير البايع منهما بتسليم المبيع
كما يطالب البايع ويطالب غير البايع منهما المشتري بتسليم الثمن ويجب
عليه تسليمه كالبايع ولو اشترى احدهما شيا يطالب الاخر بالثمن كما يطالب
المشتري وله ان يقبض المبيع كالمشتري وله الرجوع بالثمن عند
الاستحقاق كالمشتري ولو باع احدهما سلعة من شركتهما فوجد المشتري
بها عيبا فله ان يردها على ايهما شا ولو انكر العيب فله ان يحلف البايع على البتات
وشريكه على العلم ولو اقر احدهما بعد اقراره على نفسه وشريكه
ولو باعا سلعة من شركتهما ثم وجد المشتري بها عيبا فله ان يحلف كل
واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات وعلى النصف الذي باعه
شريكه على العلم بيمين واحدة على العلم في قول محمد وقال ابو يوسف

يحلف

يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع ويسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم
وهما جميعا في خراج التجارة وضمانها سوا فعل احدهما فيها كفعلهما وقول احدهما
كقولهما وهما في الحقيقة شخصان وفي احكام التجارة كشخص واحد ولاحدهما ان يكاتب
عبد التجارة او يوذن له بالتجارة لان تصرف كل واحد منهما فيما يعود نفعه الى
مال الشركة عام كتصرف الاب في مال الصغير كذا روي عن محمد انه قال كل ما يجوز
ان يفعله الانسان فيما لا يملكه فالمفاوض فيه اجوز امرا ومعناه ان الاب يملك
كتابة عبد ابنه الصغير واذنه بالتجارة مع انه لا ملك له فيه راسا فلان يملك المفاوض
اولى ولا يجوز له ان يعتق شيا من عبيد التجارة على مال لانه في معنى التبرع لانه
يعتق بمجرد القبول ويبقى البدل في ذمة المفلس قد يسلم له وقد لا يسلم فكان
في معنى المحض التبرع ولهذا لا يملكه الاب في مال ابنه ولا يجوز له تزويج العبد
لانه ضرر محض لان المهر والنفقة يتعلقان برقبته وتنقص به قيمته ويكون
ولده لغيره فكان التزويج ضرر محض فلا يملكه في ملك غيره ويجوز له ان يزوج
الامة لان تزويج الامة نفع محض لانه يستحق المهر والولد ويسقط عنه نفقتها
وتصرف المفاوض نافذ في كل ما يعود نفعه الى مال الشركة سوا كان من باب
التجارة او لا بخلاف الشريك شركة عنان فان نفاذ تصرفه يختص بالتجارة
على اصل ابي حنيفة ومحمد وتزويج الامة ليس من التجارة لان التجارة معاوضة
المال بالمال ولم يوجد فلا ينفذ وعند ابي يوسف تنفذ كتصرف
المفاوض لوجود النفع ويجوز ان يدفع المال مضاربة لما ذكرنا في الشريك
شركة عنان انه يجوز له ان يستاجر من يعمل في مال الشركة بمال يستحقه
الاجير بيقين فالدفع مضاربة اولى لان المضارب لا يستحق الربح فيها بيقين
لجواز ان يحصل وان لا يحصل ويجوز له ان يشارك شركة عنان في قول ابي
يوسف ومحمد لان شركة العنان اخص من شركة المفاوضة فكانت دونها فجاز
ان تتضمنها المفاوضة كما يتضمن العنان المضاربة لانها دونه فتستتبعها
ولان الاب يملك ذلك في مال ابنه فيملك المفاوض على شريكه بطريق الاولى
على ما بينا وروي الحسن عن ابي حنيفة انه لا يجوز ذلك لانه يوجب للشريك
الثالث حقا في مال شريكه وذلك لا يجوز ذلك الا باذنه هذا اذا شارك رجلا
شركة عنان واما اذا فاوض جاز عليه وعلى شريكه ذكره محمد في الاصل وقال ابو يوسف
لا يجوز وكذلك في رواية الحسن عن ابي حنيفة وجه قول محمد ان عقد
المفاوضة عام فيصير تصرف كل واحد منهما كتصرف الاخر ولابي يوسف
ان المفاوضة مثل المفاوضة والشي لا يستتبع مثله ويجوز له ان يرهن
ويرتهن على شريكه لان الرهن ايفا والارتهان استيفا وكل واحد منهما
يملك الايفا والاستيفا فيما عقده صاحبه ويجوز لكل واحد منهما ان يقتضي
ما اداناه او ادانه صاحبه او ما وجب لهما على رجل من غصب او كفالة لان
كل واحد منهما وكيل الاخر فيملك ان يستوفي حقوقه بالوكالة وما وجب على
احدهما فلصاحب الدين ان ياخذ كل واحد منهما لان كل واحد منهما كفيل عن الاخر
وكل واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة ويستحلف
على علمه فيما هو من ضمان التجارات لان الكفيل خصم فيما يدعى على المكفول عنه

ويستحلف على علمه لانه يمين على فعل الغير وما اشترى احدهما من طعام لاهله
او كسوة او ما لا بد له منه فذلك جايز وله خاصة دون صاحبه والقياس
ان يكون المشترا مشتركا بينهما لان هذا مما يصح الاشتراك فيه كساير
الاعيان لكنهم استحسنوا ان يكون خاصة للضرورة لان ذلك مما لا بد منه
فكان مستثنا من المفاوضة فاختص به المشتري لكن للبايع ان يطالب ايهما شا
وان وقع المشترا للذي اشتراه خاصة لان هذا مما يجوز فيه الاشتراك
وكل واحد منهما كفيل عن الاخر ببدل ما يجوز فيه الاشتراك الا انهم قالوا
ان الشريك يرجع على شريكه بنصف ثمن ذلك لانه قضى دينا عليه من ماله
لا على وجه التبرع لانه التزم ذلك فيرجع عليه وليس له ان يشتري
جارية للوطي والخدمة بغير اذن الشريك لان الجارية مما يصح فيها الاشتراك
ولا ضرورة تدعوا الى الانفراد بملكها فصارت كساير الاعيان بخلاف الطعام
والكسوة فان ثمه ضرورة فاخرجا عن عموم الشركة للضرورة ولا ضرورة
في الجارية فبقيت داخلة تحت العموم فان اشترى ليس له ان يطاها ولا
لشريكه لانها دخلت في الشركة فكانت بينهما وهذه جارية مشتركة بين
اثنين فلا يكون لاحدهما ان يطاها ولا لشريكه لانها دخلت في الشركة فان
اشترى احدهما جارية ليطاها باذن شريكه فهي له خاصة ولم يذكر في كتاب الشركة
ان الشريك يرجع عليه بشي او لا يرجع وذكر في الجامع الخلاف فقال عند ابي
حنيفة لا يرجع عليه بشي من الثمن وعند ابي يوسف ومحمد يرجع عليه بنصف
الثمن وجه قولهما ان الحاجة الى الوطي متحققة فيلحق بالحاجة الى الطعام والكسوة
فاذا اشتراها لنفسه خاصة وقعت له خاصة وصارت مستثناة عن عقد الشركة
فقد نقد ما ليس بمشترك من مال الشركة فيرجع عليه شريكه بالنصف
ولابي حنيفة ان الاصل في كل ما يحتمل الشركة اذا اشتراه احد الشريكين
ان يقع الشرا مشتركا بينهما من غير اذن جديد من الشريك بالشرا الا فيما
فيه ضرورة وهو مما لا بد له من الطعام والكسوة ولا ضرورة في الوطي فوقع المشترا
على الشركة بالاذن الثابت باصل العقد من غير حاجة الى اذن اخر فلم يكن الاذن
الجديد من الشريك لوقوع المشترا على الشركة لانه وقع على الشركة بدونه
فكان للتمليك كانه قال اشتر جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي منها فكانت
الهبة متعلقة بالشرا فاذا اشترى وقبض صحت الهبة كما لو قال ان قبضت
مالي على فلان فقد وهبته لك فقبضته يملكه كذا هذا واذا كان كذلك فقد
ادى ثمن الواقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع على شريكه بشي فان اشترى
جارية للوطي باذن شريكه فاستولدها ثم استحقت فعلى الواطي العقر
ياخذ المستحق بالعقر ايهما شا اما وجوب العقر فلا شك فيه لان وطي ملك الغير
في دار الاسلام لا يخلوا عن احد الغرامتين اما الحد واما العقر وقد تعذر
ايجاب الحد لمكان الشبهة وهي صورة البيع فيجب العقر واما ولاية
الاخذ من ايهما شا فلان هذا ضمان وجب بسبب الشرا والضمان الواجب
بسبب الشرا يلزم كل واحد منهما كالثمن لان الشرا من التجارة فكان هذا ضمان
التجارة بخلاف المهر في النكاح الصحيح والفاسد لانه وجب بسبب النكاح والنكاح

ليس

ليس من التجارة فلا يدخل في الشركة ولو اقال احدهما في بيع باعه الاخر جازت
الاقالة عليهما لما ذكرنا ان الاقالة في معنى الشرا وهو يملك الشرا على الشركة
فيملك الاقالة ولان الشريك شركة العنان يملك الاقالة فالمفاوض اولى
واذا مات احد المتفاوضين او تفرقا لم يكن للذي لم يل المداينة ان يقبض الدين
لان الشركة بطلت بموت احدهما لانها وكالة والوكالة تبطل بموت الموكل
لبطلان امره بموته وتبطل بموت الوكيل لتعذر تصرفه فتبطل الشركة فلا يجوز
لاحدهما ان يقبض نصيب الاخر اذا لم يكن هو الذي تولى العقد ويجوز
قبضه في نصيب نفسه لانه موكل فيه وقبض الوكيل جايز استحسانا واما
الذي ولي المداينة فله ان يقبض الجميع لانه ملك بعقد المداينة لكونه من
حقوق العقد فلا يبطل بانفساخ الشركة بموت الشريك كما لا يبطل بالعزل
ولو اجر احدهما نفسه في الخياطة او عمل من الاعمال فالاجر بينهما نصفان
وان اجر نفسه للخدمة فالاجر له خاصة لان في الاول اجر نفسه في عمل
يملك ان يتقبل على نفسه وعلى صاحبه فاذا عمل فقد اوفى ما عليهما فكانت
الاجر بينهما وفي الفصل الثاني لا يملك التقبل على صاحبه بل على نفسه خاصة
فكانت الاجرة له خاصة قال ابو حنيفة اذا قضى احدهما دينا كان عليه
قبل المفاوضة فهو جايز لانه اذا قضى فقد صار المقضي دينا على القاضي اولا
ثم يصير قصاصا بما له على القاضي فكان هذا تمليكا بعوض قبضنا وله عقد
الشركة فملكه فجاز القضا وليس لصاحبه سبيل على الذي قبض لما ذكرنا
ان قبضه قبض مضمون لانه قبض ما للشريك ان يملكه اياه ويرجع على
شريكه بحصته منه لانه قضى دين نفسه من مال غيره ولا تنتقض
المفاوضة وان ازداد مال احد الشريكين لان الواجب دين وزيادة
مال احد الشريكين اذا كانت دينا لا يوجب بطلان المفاوضة كما لا يمنع
انعقادها لما مر ان الدين لا يصلح مال الشركة فاذا استرجع ذلك بطلت
المفاوضة لانه ازداد له مال صالح للشركة على مال شريكه ولو رهن امة
من مال المفاوضة بخمسماية وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت بخمسماية
ولا يضمن ما بقي لان الزيادة امانة في يد المرتهن فكان مودعا في قدر الامانة
من الرهن وللمودع والمفاوض ان يودع وكذلك وصي ايتام رهن امة
باربعماية وقيمتها الف فماتت في يد المرتهن ذهبت باربعماية وذلك يكون
دينا للورثة على الوصي وهو امين في الفضل وكذلك الاب يرهن امة ابن له
صغير بدين عليه لان الاب والوصي يملكان الايداع والزيادة على قدر
الدين من الرهن امانة فكانت وديعة وقال الحسن بن زياد قال
ابو حنيفة رحمه الله لو اقرض احد المتفاوضين مالا فاعطاه رجلا ثم اخذ
به سفتجة كان ذلك جايزا عليهما ولا يضمن نوى المال او لم ينو وفي قياس
قول ابي يوسف ان الذي اقرض واخذ السفتجة يضمن حصة شريكه
من ذلك وهذا فرع اختلافهم في الكفالة ان الكفيل في حكم المقرض فاذا
جازت الكفالة عند ابي حنيفة جاز القرض وعند ابي يوسف لا يجوز الكفالة
لما فيها من معنى التبرع فكذلك المقرض وقالوا في احد المتفاوضين اذا

الفصل صح

ابلا الى مكة ليحج ويحمل عليها متاع بيته فللمواجر ان يطالب ايهما شا لان المعقود
عليه وهو المنفعة مما يجوز دخوله في الشركة الا ترى انه لو بدا له من حمل متاعه
فحمل عليها متاع الشركة جاز واذا دخل في الشركة كان البدل عليهما فيطالب شريكه
بحكم الكفالة وان وقع له ذلك خاصة كما لو اشترى طعاما لنفسه ان المشترا
يقع له ويطالب الشريك بالثمن كذا هذا ولو اجر احدهما عبدا له ورثه لم يكن
لشريكه ان يقبض الاجرة لانها بدل مالم يدخل في الشركة فلا يملك قبضه
كالدين الذي وجب له بالميراث واما الشركة بالاعمال فاما العنان منها
فلكل واحد منهما ان يتقبل العمل ومتى تقبل يجب عليه وعلى شريكه لان كل واحد
منهما بعقد الشركة اذن صاحبه بتقبل العمل عليه فصار وكيلا فيه كانه
تقبل العمل بنفسه ولصاحب العمل ان يطالب بالعمل ايهما شا لوجوبه
على كل واحد منهما ولكل واحد منهما ان يطالب صاحب العمل بكل الاجرة
لانه قد لزمه كل العمل فكان له المطالبة بكل الاجرة والى ايهما دفع صاحب
العمل بري لانه دفع الى من امر بالدفع اليه وعلى ايهما وجب ضمان العمل وهو
جناية يده كان لصاحب العمل ان يطالب به الاخر به استحسانا كذا روي
روي بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال اذا جنت يد احدهما فالضمان
عليهما جميعا ياخذ صاحب العمل ايهما شا بجميع ذلك والقياس ان لا يكون له
ذلك وجه القياس ظاهر لان هذه شركة عنان لا شركة مفاوضة وحكم
الشرع في شركة العنان ان ما يلزم كل واحد منهما بعقده لا يطالب به الاخر
وجه الاستحسان ان هذه شركة ضمان في حق وجوب العمل لان العمل الذي
يتقبله احدهما يجب على الاخر حتى يجب الاجر يستحق الاجر به فان كانت
هذه الشركة مقتضية وجوب العمل على كل واحد منهما كانت مقتضية وجوب
ضمان العمل فكانت في معنى المفاوضة في حق وجوب الضمان فان لم تكن مفاو
حقيقة حتى قالوا في الدين الخرا اذا اقر احدهما بثمن صابون او اشنان
او غيرهما انه لا يصدق على صاحبه اذا كان المبيع مستهلكا الا باقراره او
بالبينة وكذا اذا اقر احدهما باجر اجير او حانوت بعد مضي مدة الاجارة
ان كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض ولزمهما جميعا باقراره
وان جحد شريكه كما في شركة العنان فدل انه ليس لها حكم المفاوضة
من جميع الوجوه بل من الوجه الذي بينا خاصة وقال ابو يوسف اذا ادعي
على احدهما ثوب عندهما فاقر به احدهما وجحد الاخر جاز اقراره على
الاخر ويدفع الثوب وياخذ الاجرة قال وهذا استحسان وليس بقياس
لانهما ليسا متفاوضين حتى يصدق كل واحد منهما على صاحبه بل هما
شريكان شركة عنان فلا ينفذ اقراره على صاحبه فيما في يد صاحبه كشريكي
العنان في المال اذا اقر احدهما بثوب من شركتهما وجحد الاخر انه لا ينفذ
اقراره على صاحبه في نصيبه كذا هذا وقد روي بن سماعة عن محمد انه اخذ
بالقياس في هذه المسالة وقال ينفذ اقراره في النصف الذي في يده
ولا ينفذ في النصف الذي في يد الشريك ووجهه ما ذكرنا ان الشي
في ايديهما والشركة شركة عنان واحد شريكي العنان اذا اقر بثوب

في ايديهما لا ينفذ على صاحبه وانما استحسنا والحقناها بالمفاوضة في حق وجوب
الضمان والمطالبة بالاجرة وفي حق وجوب ضمان العمل فبقي الامر فيما وراء ذلك على اصل
القياس وجه الاستحسان لابي يوسف انه لما ظهر حكم المفاوضة في هذه الشركة
في حق ضمان العمل وهو وجوبه حتى لزم كل واحد منهما كل العمل وجب له المطالبة بكل
الاجرة وعليه بكل العمل ولزمه ضمان ما حدث على شريكه يظهر في محل العمل ايضا
فينفذ اقراره بمحل العمل على صاحبه وان عمل احدهما دون الاخر بان مرض او سافر
او بطل فالاجر بينهما على ما شرطا لان الاجر في هذه الشركة انما يستحق بضمان العمل
لا بالعمل لان العمل قد يكون منه وقد يكون من غيره كالقصار والخياط اذا استعان
برجل على القصارة والخياطة انه يستحق الاجر وان لم يوجد ضمان العمل منه وههنا
شرطا العمل عليهما فاذا عمل احدهما يصير الشريك القابل عاملا لنفسه في النصف
ولشريكه في النصف الاخر ويجوز شرط التفاضل في الكسب اذا شرطا التفاضل في
الضمان بان شرطا لاحدهما ثلثي الكسب وهو الاجر وللاخر الثلث وشرطا العمل
عليهما كذلك سوا عمل الذي شرط له الفضل او لم يعمل بعد ان شرطا العمل عليهما
لان استحقاق الاجر في هذه الشركة بالضمان لا بالعمل بدليل انه لو عمل احدهما استحق
الاخر الاجر واذا كان استحقاق اصل الاجر باصل ضمان العمل لا بالعمل كان استحقاق
زيادة العمل الاجر بزيادة الضمان لا بزيادة العمل وحكي عن الكرخي انه علل في هذه
المسلة المنافع لا تتقوم الا بالعقد والشريك قد قومها بمقدار ما شرط لنفسه
فلا يستحق الزيادة عليها وهذا يشير الى ان الاستحقاق بالعمل ورد عليه الجصاص
وقال هذا لا يصح بدليل انه لو شرط فضل الاجرة لاقلهما عملا بان شرط ثلثا
الاجرة له جاز فدل ان استحقاق فضل الاجرة بفضل الضمان لا بفضل العمل
ولو شرطا التفاضل في الاجرة وجعلاها اثلاثا ولم ينسبا هذا العمل الى نصفين فهو
جائز لانهما لما شرطا التفاضل في الكسب ولا يصح ذلك الا بشرط التفاضل في العمل
كان ذلك اشتراطا للتفاضل في العمل تصحيحا لتصرفهما عند امكان التصحيح ولو شرطا الكسب
اثلاثا وشرطا العمل نصفين لم يجز لان فضل الاجرة لا يقابلها مال ولا عمل ولا
ضمان والربح لا يستحق الا باحد هذه الاشيا واما الوضيعة فلا يكون بينهما
الا على قدر الضمان حتى لو شرطا ان ما يتقبلانه فثلثاه على احدهما بعينه
وثلثه على الاخر والوضيعة بينهما نصفان كانت الوضيعة باطلة والقبالة بينهما
على ما شرطا على كل واحد منهما لان الربح اذا انقسم على قدر الضمان كانت الوضيعة
على قدر الضمان ايضا لانه لا يجوز اشتراط زيادة الضمان في الوضيعة في موضع
يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما وهو الشركة بالاموال حتى لا يكون الوضيعة
فيها الا بقدر المال ففي موضع لا يجوز اشتراط زيادة الربح فيه لاحدهما الى ان لا يجوز
ان تكون الوضيعة فيه الا على قدر الضمان اولى والله الموفق واما المفاوضة
منها فما لزم احدهما بسبب هذه الشركة يلزم صاحبه ويطالب به من ثمن صابون
او اشنان او اجر اجير او حانوت ويجوز اقرار احد الشريكين بالدين عليه
وعلى شريكه وللمقر له ان يطالب به ايهما شا لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فيلزم
المقر باقراره والشريك بكفالته ولو ادعى على احدهما ثوب في ايديهما فاقر به
وجحد الاخر صاحبه يصدق على صاحبه وينفذ اقراره عليه والله اعلم

واما الشركة بالوجوه فالعنان منها والمفاوضه في جميع ما يجب لهما وما يجب عليهما وما يجوز فيه فعل احدهما على شريكه وما لا يجوز بمنزلة شريكي العنان والمفاوضة في الاموال واما الشركة الفاسدة وهي التي فاتها شرط من شرايط الصحة فلا يفيد شيا مما ذكرنا لان لاحد الشريكين ان يعمله بالشركة الصحيحة والربح فيها على قدر المالين انه لا يجوز ان يكون الاستحقاق فيها بالشرط لان الشرط لم يصح فالتحق بالعدم فبقي الاستحقاق بالمال فيتقدر بقدر المال ولا اجر لاحدهما على صاحبه عندنا وقال الشافعي له اجره فيما عمل لصاحبه وهذا غير سديد لانه استحق الربح بعمله فلا يستحق الاجر والله اعلم

فصل واما صفة عقد الشركة فهي انه عقد جايز غير لازم حتى ينفرد كل واحد منهما بالفسخ الا ان من شرط جواز الفسخ ان يكون بحضرة صاحبه اي بعلمه حتى لو فسخ بحضر من صاحبه جاز الفسخ وكذا لو كان صاحبه غايبا وعلم بالفسخ وان كان غايبا ولم يبلغه الفسخ لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد لان الفسخ من غير علم صاحبه اضرار بصاحبه ولهذا لم يصح عزل الوكيل من غير علمه معا ان الشركة تتضمن الوكالة وعلم الوكيل بالعزل شرط جواز العزل فكذا في الوكالة التي تضمنته الشركة وعلى هذا الاصل قال الحسن بن زياد اذا شارك احد شريكي العنان رجلا شركة مفاوضة انه ان كان بغير حضرة من شريكه لم تكن مفاوضة وان كان بمحضر منه صحت المفاوضة لان المفاوضة مع غيره تتضمن فسخ العنان وهو لا يملك الفسخ عند غيبته ويملك عند حضرته وهل يشترط ان يكون مال الشركة عينا وقت الشركة لصحة الفسخ وهي ان تكون دراهم او دنانير ذكر الطحاوي انه شرط حتى لو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ لا يصح الفسخ ولا تنفسخ الشركة ولا رواية عن اصحابنا في الشركة والمضاربة وبه رواية ان رب المال عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهي دراهم او دنانير صح النهي لكن له ان يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لانهما في الثمنية كجنس واحد فانه لم يشتر بها شيا وليس له ان يشتري بها عروضا وان كان راس المال عروضا فلا يصح نهيه لانه يحتاج الى بيعها ليظهر الربح فكان الفسخ ابطالا لحقه في التصرف فجعل الطحاوي الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرق بين الشركة والمضاربة فقال يجوز فسخ الشركة وان كان راس المال عروضا ولا يجوز فسخ المضاربة لان مال الشركة في ايديهما جميعا وولاية التصرف لهما جميعا فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عينا كان المال او عروضا فاما مال المضاربة ففي يد المضارب وولاية التصرف له لا لرب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عرضا والله اعلم

فصل واما بيان ما يبطل عقد الشركة فما يبطل به نوعان احدهما يعم الانواع كلها والثاني يخص البعض دون البعض اما الاول فنوعان ايضا احدهما الفسخ من احد الشريكين لانه عقد جايز غير لازم فاذا فسخ عند وجود شرط الفسخ وهو ما ذكرنا ينفسخ والثاني موت احد الشريكين ايهما مات انفسخت الشركة لبطلان الملك واهليه التصرف بالموت سوا علم صاحبه بموته او لم يعلم لان كل واحد منهما كان وكيل صاحبه وموت الموكل يكون عزلا للوكيل علم به او لم يعلم لان هذا عزل حكمي فلا يقف على العلم واما الذي يخص البعض دون البعض فهلاك المالين او هلاك احدهما قبل الشرا في الشركة بالاموال من جنسين او من جنس واحد قبل الخلط لان الدراهم والدنانير يتعينان في الشركا

ففد هلك

ففد هلك ما تعلق العقد بعينه قبل انبرام العقد وحصول المقصود به فيبطل العقد بخلاف ما اذا اشتري بدراهم معينة شيا ثم هلكت لان الدراهم والدنانير في المعاوضات ويتعين في الشركات لانهما جعلا ثمنين فلو تعينتا في المعاوضات لا نقلبا ثمنين لان الثمن اسم لمعين يقابله عوض فلو تعين الدراهم والدنانير في المعاوضة لكان عينا يقابله العوض فكان مثمنا وفيه تغيير حكم الشرع لانه لا يقابلها عند انعقاد الشركة عليهما عوض ولهذا يتعينان في الهبات والوصايا بخلاف المضاربة والوكالة المنفردة عن الشركة لانهما لا يتعينان في هذين العقدين وان لم يكن التعيين فيهما تغيير الحكم الشرع وهو جعلهما ثمنين لا لما عوض للحال يقابلهما لان كل واحد من العقدين وقع وسيلة الى الشرا والوسيلة الى الشي حكمه حكم ذلك الشي فجعل حكمهما في حق المنع من تعين الدراهم والدنانير حكم الشرا فلم يتعينا بالعقد والاشارة بل يتعينان بالقبض كما في الشرا بخلاف الشركة فانها وان وقعت وسيلة الى الشرا ولكن لا بد مع هذا من سبب يوجب تعين راس المال لما مر ولا يمكن جعل القبض معينا لراس المال لانه لا وجه الى ايجاب القبض فيهما ليتعين راس المال لان العمل فيهما مشروط من الشريكين وكون العمل مشروطا من رب المال يوجب ان يكون راس المال في يده ليمكنه العمل وكون العمل الاخر مشروطا يوجب التسليم اليه ليتمكن من العمل فلا يجب التسليم للتعارض ولا بد من سبب يوجب تعين ما تعلق به العقد وليس ورا القبض الا العقد فاذا لم يكن ايجاب القبض جعل العقد موجبا بعينهما وان كان وسيلة الى الشرا لكن هذه الضرورة اوجبت استبداده بحكم غير حكم ما جعل هو وسيلة له فاما في الوكالة المفردة والمضاربة فعمل رب المال ليس بمشروط بل لو شرط ذلك لاوجب فسادها فامكن جعل القبض سببا للتعيين فلا حاجة الى جعل القبض سببا فلم يوجب العقد التعيين الحاقا له بالشرا ثم اذا هلك احد المالين قبل الشرا يهلك من مال صاحبه لان الهالك مال احدهما بيقين وانه امانة في يد صاحبه فيهلك على صاحبه بخلاف ما اذا كان راس المالين من جنس واحد وخلطا ثم هلكا انه يهلك مشتركا لانا لا نستيقن ان الهالك ملك احدهما والله اعلم ومنها فوات المساواة بين راسي المال في شركة المفاوضة بالمال بعد وجودها في ابتدا العقد لان وجود المساواة بين المالين كما هو شرط انعقاد هذا العقد فبقاؤها شرط بقايها وعلى هذا يخرج ما اذا تفاوضا والمال مستوفي ثم ورث احدهما ما لا يصح فيه الشركة من الدراهم والدنانير وصار ذلك في يده انه تبطل المفاوضة لبطلان المساواة التي هي معنى العقد وان ورث لا يبطل وكذا لو ورث ديونا لا تبطل ما لم يقبض الديون لانها قبل القبض لا تصلح راس مال الشركة وكذا لو ازداد احد المالين على الاخر قبل الشرا بان كان احدهما دراهم والاخر دنانير فازدادت قيمة احدهما قبل الشرا بطلت المفاوضة لما قلنا لان عقد الشركة يقف تمامه على الشرا فكان الموجود قبل الشرا كالموجود وقت العقد كالبيع لما كان تمامه بالقبض كان هلاك المبيع قبل القبض كهلاكه وقت العقد والزيادة وقت العقد تمنع من الانعقاد فاذا طري عليه يبطله قال محمد رحمه الله وكذلك لو اشتري باحد المالين ثم ازداد الاخر بطلت الشركة لان الشركة لا تتم ما لم يشتر بالمال فصار كان الزيادة كانت وقت العقد وان زاد المال المشترا في قيمته كانت المفاوضة بحالها لان تلك الزيادة تحدث على ملكهما لا لهما زائع في المال المشترا فلا يفضل احدهما على الاخر قال محمد رحمه الله القياس اذا اشتري

فلم يتعين وليس في تعينها في باب الشركه تغيير حكم الشرع صحه

عروضا صح

باحد المالين قبل صاحبه ان تنتقض المفاوضة لان الالف التي لم يشتر بها بقيت
علي ملك صاحبها وقد ملك صاحبها نصف ما اشتراه الاخر فصار ماله اكثر فينبغي
ان تبطل المفاوضة الا انهم استحسنوا وقالوا لا تبطل لان الذي اشتري وجب علي
شريكه نصف الثمن دينا فلم يفضل فلا تبطل المفاوضة والله اعلم بالصواب

كتاب المضاربة

يحتاج في هذا الكتاب • الي معرفة جواز هذا
العقد • والي معرفة ركنه • والي معرفة شرايط الركن • والي معرفة
حكمه • والي معرفة صفة العقد • والي معرفة ما يبطل به ومعرفة حكمه اذا
بطل • والي بيان حكم اختلاف رب المال والمضارب • اما الاول
فالقياس ان لا يجوز لانه استيجار باجر مجهول بل باجر معدوم ويعمل مجهول
لكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالي واخرون
يضربون في الارض يبتغون من فضل الله والمضارب يضرب في الارض يبتغي
من فضل الله وقوله تعالي فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض وابتغوا
من فضل الله وقوله تعالي ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم واما السنة
فما روي عن بن عباس رضي الله عنهما انه قال كان العباس بن عبد المطلب
اذا دفع المال مضاربة اشترط علي صاحبه ان لا يسلك به بحرا ولا ينزل به
واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن قال فبلغ شرطه
رسول الله صلي الله عليه وسلم والناس يتعاقدون المضاربة فلم ينكر عليهم
وذلك تقرير علي ذلك والتقرير احد وجوه السنة واما الاجماع فانه روي
عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم انهم دفعوا المال اليهم مضاربة فيهم
عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبيد الله بن عمر
وعايشة رضي الله عنهم اجمعين ولم ينقل انه انكر عليهم من اقرانهم احد
ومثله يكون اجماعا وروي ان عبد الله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله عنهم
قدما العراق وابو موسي الاشعري اميرها فقال لهما لو كان عندي فضل
لاكرمتكما ولكن عندي مال لبيت المال ادفعه اليكما فابتاعا به متاعا
واحملاه الي المدينة وبيعاه وادفعا ثمنه الي امير المومنين فلما قدما المدينة
قال لهما عمر رضي الله عنه هذا مال المسلمين فاجعلا ربحه لهم فسكت عبد
الله وقال عبيد الله ليس له ذلك لو هلك منا لضمنتنا فقال بعض الصحابة
يا امير المومنين اجعلهما كالمضاربين في المال لهما النصف ولبيت المال
النصف فرضي بذلك عمر رضي الله عنهم وعلي هذا تعامل الناس من لدن رسول
الله صلي الله عليه وسلم الي يومنا هذا في ساير الاعصار من غير انكار من احد
واجماع اهل كل عصر حجة يترك به القياس ونوع من القياس يدل علي الجواز
ايضا وهو ان الناس يحتاجون الي عقد المضاربة لان الناس الانسان قد يكون
له مال لكنه لا يهتدي الي التجارة وقد يهتدي الي التجارة ولكنه لا مال له
فكان في شرع هذا العقد دفع الحاجتين والله تعالي ما شرع العقود الا لمصالح
العباد ودفع حوايجهم والله اعلم

فصل

واما ركن العقد فالايجاب
والقبول وذلك بالفاظ تدل عليه فالايجاب هو لفظ المضاربة والمقارضة
والمعاملة وما يودي معاني هذه الالفاظ بان يقول رب المال خذ المال مضاربة

جواز المضاربة ثبت بالكتاب والسنة والاجماع

علي ان

علي ان ما رزق الله تعالي او اطعم الله تعالي منه من ربح فهو بيننا علي كذا من نصف
او ثلث او ربع او غير ذلك من الاجزاء المعلومة وكذا اذا قال مقارضة او معاملة
ويقول المضارب اخذت او رضيت او قبلت او نحو ذلك فيتم الركن بينهما
اما لفظ المضاربة فصريح ماخوذ من الضرب وهو السير فانما سمي هذا العقد
لان المضارب يسير في الارض ويسعي فيها لابتغاء الفضل وكذا لفظ المقارضة
صريح في عرف اهل المدينة لانهم يسمون المضاربة مقارضة كما يسمون الاجارة
بيعا ولان المقارضة ماخوذة من القرض وهو القطع سميت المضاربة مقارضة
لما ان رب المال يقطع يده عن راس المال ويجعله في يد المضارب والمعاملة
لفظ يشتمل علي البيع والشرا وهذا معني هذا العقد ولو قال خذ هذا المال
واعمل علي ان ما رزق الله تعالي من شي فهو بيننا علي كذا ولم يزد علي هذا فهو
جايز لانه اتي بلفظ يودي معني هذا العقد والعبرة في العقود لمعانيها لا لصور
الالفاظ حتي ينعقد البيع بلفظ التمليك بلا خلاف وينعقد النكاح بلفظ البيع
والهبة والتمليك عندنا وذكر في الاصل لو قال خذ هذه الالف فابتع بها متاعا
فما كان من فضل فلك النصف ولم يزد علي هذا فقبل هذا مضاربة استحسانا
والقياس ان لا يكون مضاربة وجه القياس انه ذكر الشرا ولم يذكر البيع ولا يتحقق
معني المضاربة الا بالشرا والبيع وجه الاستحسان انه ذكر الفضل ولا يحصل
الفضل الا بالشرا والبيع فكان ذكر الابتياع ذكرا للبيع والشرا وهذا معني
المضاربة ولو قال خذ هذه الالف بالنصف ولم يزد عليه كان مضاربة استحسانا
والقياس ان لا يكون لانه لم يذكر الشرا والبيع فلا يتحقق معني المضاربة وجه
الاستحسان انه لما ذكر الاخذ والاخذ ليس عملا يستحق به العوض وانما يستحق بالعمل
في الماخوذ وهو الشرا والبيع فيضمن ذكره ذكر الشرا والبيع ولو قال خذ هذا المال
فاشتر به هرويا بالنصف او رقيقا بالنصف ولم يزد علي هذا شيا فاشتري
كما امره فهذا فاسد وللمشتري اجر مثل عمله فيما اشتري وليس له ان يبيع ما
اشتري الا بامر رب المال لانه ذكر الشرا ولم يذكر البيع ولا ذكر ما يوجب ذكر
البيع ليحمل علي المضاربة فحمل علي الاستيجار علي الشرا باجر مجهول وذلك فاسد
فاذا اشتري كما امر فالمستاجر استوفي منافعه بعقد فاسد فاستحق
اجر مثل عمله وليس له ان يبيع ما اشتري من غير اذن الامر لانه امره بالشرا
لا بالبيع فكان المشتري له فلا يجوز بيعه من غير اذنه فان باع منه شيا لا ينعقد
بيعه من غير اجازة رب المال ويضمن قيمته ان لم يقدر علي عينه لانه صار
متلفا مال الغير بغير اذنه وان اجاز رب المال البيع والمتاع قايم جاز والثمن
لرب المال لان عدم الجواز لحقه فاذا اجاز فقد زال المانع وكذلك ان كان
لا يدري حاله انه قايم او هالك فاجاز لان الاصل هو بقا المبيع حتي يعلم هلاكه
وانما تشترط قيام المبيع لانه شرط صحة الاجازة لما عرف ان ما لا يكون محلا لانشا
العقد عليه لا يكون محلا لاجازة العقد فيه وان علم انه هالك فالاجازة
باطلة لما ذكرنا وروي بشر عن ابي يوسف في رجل دفع الي رجل الف درهم
ليشتري بها ويبيع فما ربح فهو بينهما فهذه مضاربة ولا ضمان علي المدفوع
اليه المال ما لم يخالف لانه لما ذكر الشرا والبيع فقد اتي بمعني المضاربة

وكذلك لو شرط عليه ان الوضيعة علي وعليك فهذه مضاربة والربح بينهما والوضيعة
على رب المال لان شرط الوضيعة على المضارب شرط فاسد فيبطل الشرط وتبقى
المضاربة وروى علي بن الجعد عن ابي يوسف لو ان رجلا دفع الي رجل الف درهم
ولم يقل مضاربة ولا بضاعة ولا قرضا ولا شركة قال فما ربحت فيها فبيننا فهذه
مضاربة لان الربح لا يحصل الا بالشرا والبيع فكان ذكر الربح ذكرا للشرا والبيع
وهذا معنى المضاربة ولو قال خذ هذه الالف على ان لك نصف الربح او ثلثه ولم
يزد على هذا فالمضاربة جايزة قياسا واستحسانا وللمضارب ما شرط وما بقي فلرب
المال والاصل في جنس هذه المسايل ان رب المال انما يستحق الربح لانه نما ماله
لا بالشرط فلا يفتقر استحقاقه الى الشرط بدليل انه اذا فسد الشرط كان
جميع الربح له والمضارب لا يستحق الا بالشرط لانه انما يستحق بمقابلة عمله والعمل
لا يتقوم الا بالعقد واذا عرف هذا فنقول في هذه المسلة اذا سمي للمضارب
جزوا معلوما من الربح فقد وجد في حقه ما يفتقر الى استحقاقه الربح فيستحقه
والباقي يستحقه رب المال بماله ولو قال رب المال خذ هذا المال مضاربة
على ان لي نصفه نصف الربح ولم يزد على هذا فالقياس ان يكون المضاربة فاسدة
وهو قول الشافعي ولكنها جايزة استحسانا ويكون للمضارب النصف وجه
القياس ان رب المال لم يجعل للمضارب شيا معلوما من الربح وانما سمي لنفسه
النصف فقط وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة اليها فكان ذكره والسكوت
عنه بمنزلة واحدة وانما الحاجة الى التسمية في حق المضارب ولم يوجد فلم تصح
المضاربة وجه الاستحسان ان المضاربة تقتضي الشركة في الربح فكان تسمية
احد النصفين لنفسه تسمية الباقي للمضارب كانه قال خذ هذا المال مضاربة
على ان لك النصف كما في ميراث الابوين في قوله وان لم يكن له ولد وورثه
ابواه فلامه الثلث لما كان ميراث الميت لابويه وقد جعل الله تعالى للام
الثلث كان ذلك جعلا للاب الثلثين كذا ها هنا ولو قال على ان لي نصف الربح
ولك ثلثه ولم يزد على هذا فالثلث للمضارب والباقي لرب المال لان استحقاق
المضارب الربح بالشرط واستحقاق رب المال من كونه من نما ماله فاذا اسلم
المشروط بالشرط يسلم المسكوت عنه وهو الباقي لرب المال وهو كونه
من نما ماله ولو قال رب المال على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا جاز ذلك
وكان الربح بينهما نصفين لان البين كلمة قسمة والقسمة تقتضي المساواة
اذا لم يتبين فيها مقدار معلوم قال الله تعالى ونبيهم ان الماقسمة بينهم
وقد فهم منها التساوي في الشرب قال الله تعالى فقال هذه ناقة لها شرب
ولكم شرب يوم معلوم هذا اذا شرط جزوا من الربح في عقد المضاربة
لاحدهما اما المضارب واما رب المال وسكت عن الاخر فاما اذا شرط
لهما ولغيرهما بان شرط فيه الثلث للمضارب والثلث لرب المال والثلث
لثالث سواهما فان كان الثالث اجنبيا او كان ابن المضارب وشرط عليه
العمل جاز فكان الربح بينهم اثلاثا وان لم يشترط عليهم العمل لم يجز
وما شرط له يكون لرب المال لان الربح لا يستحق في المضاربة من غير
عمل ولا مال فكان المشروط كالمسكوت عنه وان كان الثالث عبد المضارب

فان

فان كان عليه فكذلك عند ابي حنيفة ان شرط عمله لان المضارب لا يملك
كسب عبده فكان كالاجنبي وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب المال لما ذكرنا
في الاجنبي وعند ابي يوسف ومحمد المشروط له يكون للمضارب لان المولى يملك
كسبه عندهما كما يملك ولو لم يكن عليه دين وان كان الثالث عبد رب المال
فهو على هذا التفصيل ايضا ان كان عليه دين فان شرط عمله فهو كالاجنبي عند ابي
حنيفة لان المولى لا يملك اكسابه وان لم يشترط عمله فما شرط له فهو لرب
المال لما قلنا وعندهما ما شرط له فهو مشروط لمولاه عمل او لم يعمل لان المولى يملك
كسبه سوا كان عليه دين او لم يكن عليه دين فالملك يثبت للمولى فكان المشروط
له مشروطا للمولى فصار كانه شرط للمضارب الثلثين وفي عبد رب المال الثلث
للمضارب الثلث والثلثان لرب المال لان المشروط يكون مشروطا لمولاه اذا
لم يكن عليه دين فصار كان رب المال شرط لنفسه الثلثين وعلى هذا ما شرط
ثلث الربح الى العاقدين وهما رب المال والمضارب وبعضها يرجع الى راس المال
وبعضها يرجع الى الربح اما الذي يرجع الى العاقدين فاهلية التوكيل والوكالة
لان المضارب يتصرف بامر رب المال وهذا معنى التوكيل وقد ذكرنا
شرايط اهلية التوكيل والوكالة في كتاب الوكالة ولا يشترط اسلامهما لجواز
المضاربة فتصح المضاربة بين اهل الذمة وبين المسلم والذمي والحربي
المستامن حتى لو دخل حربي دار الاسلام بامان فدفع ماله الى مسلم مضاربة
او دفع اليه مسلم مالا مضاربة فهو جايز لان المستامن في دارنا بمنزلة
الذمي والمعاملة مع الذمي جايزة مضاربة جايزة كذا مع الحربي المستامن
فان كان المضارب هو المسلم فدخل دار الحرب بامان فعمل بالمال فهو جايز
لانه دخل دار رب المال فلم يوجد بينهما اختلاف الدارين صار كانهما
في دار واحدة وان كان المضارب هو الحربي فرجع الى دار الحرب بغير اذن
رب المال فعمل بالمال بطلت المضاربة وان كان باذنه فذلك جايز ويكون
على المضاربة الربح بينهما على ما شرطا ان رجع الى دار الاسلام مسلما او معاهدا او
بامان استحسانا والقياس ان تبطل المضاربة وجه القياس انه لما عاد الى دار
الحرب بطل امانه وعاد الى حكم الحرب كما كان فيبطل امر رب المال عند اختلاف
الدارين واذا تصرف فيه فقد تعدي بالتصرف فملك ما تصرف فيه وجه
الاستحسان انه لما دخل بامر رب المال صار كان رب المال معه ولو دخل رب
المال معه الى دار الحرب لم تبطل المضاربة كذا اذا دخل بامره بخلاف ما اذا
دخل بغير امره لانه لما لم ياذن له بالدخول انقطع حكم رب المال عنه فصار
تصرفه لنفسه فملك ما تصرف فيه وقد قالوا في المسلم اذا دخل دار الحرب
بامان فدفع اليه حربي مالا مضاربة فقد ربح مائة درهم ان هذا على قياس
قول ابي حنيفة ومحمد جايز فان اشترى المضارب على هذا وربح او وضع فالوضيعة
على رب المال والربح على ما اشترط ويستوفي المضارب مائة درهم والباقي
لرب المال وان لم يكن في المال من الربح الا مائة فهي كلها للمضارب وان كان
اقل من مائة فذلك للمضارب ايضا ولا شي للمضارب على رب المال لان رب
المال لم يشترط المائة الدرهم الا من الربح فاما في قول ابي يوسف فالمضاربة

لوصح

لا يشترط اسلام رب المال والمضارب

فاسدة وللمضارب اجر مثله وعلى هذا فرع اختلافهم في جواز الربوا في دار الحرب
واما الذي الى راس المال ٭ فمنها ان يكون المال من الدراهم والدنانير
عند عامة العلما فلا تجوز المضاربة بالعروض وعند مالك هذا ليس بشرط
وتجوز المضاربة بالعروض والصحيح قول العامة لما ذكرنا في كتاب الشركة
ان الربح على ما يتعين بالتعيين ربح ما لم يضمن لان العروض تتعين عند الشرا
بها والمعين غير مضمون حتى لو هلكت قبل التسليم لا شي على المضارب فالربح
عليها يكون ربح ما لم يضمن ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح ما
لم يضمن وما لم يتعين يكون مضمونا عند الشرا به حتى لو هلك العين
قبل التسليم فعلى المشترا به مثله من الربح فكان الربح على ما امثله فيكون ربح
المضاربة ولان المضاربة بالعروض تودي الى جهالة الربح وقت القسمة لان
قيمة العروض تعرف بالحرز والظن وتختلف باختلاف المقومين والجهالة
تفضي الى المنازعة تفضي الى الفساد وهذا لا يجوز وقدفا لو انه لو دفع اليه
عروضا فقال له بعها واعمل بثمنها مضاربة فباعها بدراهم او دنانير فتصرف
فيها جاز لانه لم يضف المضاربة الى العروض بل الى الثمن والثمن تصح به المضاربة
فان باعها بمكيل او موزون جاز البيع عند ابي حنيفة بنا على اصله في الوكيل بالبيع
انه يبيع بالاثمان وغيرها الا ان المضاربة فاسدة لانها صارت مضافة الى ما
لا تصح المضاربة الابه وهو الحنطة والشعير واما على اصلهما فالبيع لا يجوز
لان الوكيل بالبيع مطلقا لا يملك البيع بغير اثمان ولا تفسد المضاربة
لانها لم تصر مضافة الى ما لا يصلح راس مال المضاربة واما تبر الذهب والفضة
فقد جعله في هذا الكتاب بمنزلة العروض وجعله في كتاب الصرف بمنزلة
الدراهم والدنانير والامر فيه موكول الى التعامل فان كان الناس يتعاملون
به فهو كالعروض فلا يجوز المضاربة به واما الزيوف والنبهرجة فتجوز
المضاربة بها ذكره محمد رحمه الله لانها لا تتعين بالعقد كالجياد فاما
الستوقة فان كانت لا تروج فهي كالعروض وان كانت تروج فهي كالفلوس
وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف في الدراهم البخارية انه لا تجوز المضاربة
بها لانها كسدت عندهم وصارت سلعة قال ولو اجزت المضاربة بها
اجزتها بالطعام بمكة لانهم يتبايعون بالحنطة كما يتبايع غيرهم بالفلوس واما
الفلوس فقد ذكرنا الكلام فيها في كتاب الشركة والحاصل ان في جواز المضاربة
بها بالدراهم والدنانير عند ابي حنيفة و روى الحسن عن ابي حنيفة انه
روايتين عن ابي حنيفة ذكر محمد في المضاربة الكبيرة في الجامع الصغير
وقال لا تجوز المضاربة الا بالدراهم والدنانير عند ابي حنيفة وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه يصح والصحيح من مذهب ابي يوسف انها لا تجوز وعند
محمد تجوز بنا على ان الفلوس لا تتعين بالتعيين عنده فكانت اثمانا
كالدراهم والدنانير وعند ابي حنيفة وابي يوسف تتعين فكانت
كالعروض والله اعلم ٭ ومنها ان يكون معلوما فان كان مجهولا لا تصح المضاربة
لان جهالة راس المال تودي الى جهالة الربح وكون الربح معلوما شرط صحة المضاربة
ومنها ان يكون راس مال المضاربة عينا لا دينا فان كان دينا فالمضاربة

فاسدة

فاسدة وعلى هذا يخرج ما اذا كان لرب المال على رجل دين فقال له اعمل بديني الذي
في ذمتك مضاربة بالنصف ان المضاربة فاسدة بلا خلاف فان اشترى
هذا المضارب وباع له ربحه وعليه وضيعته والدين في ذمته بحاله عند ابي
حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ما اشترى وباع لرب المال له ربحه وعليه
وضيعته بنا على ان من وكل رجلا يشتري له بالدين الذي في ذمته لم يصح عند
ابي حنيفة حتى لو اشترى لا يبرا عما في ذمته عنده واذا لم يصح الامر بالشرا
بما في ذمته لم يصح اضافة المضاربة الى ما في الذمة وعندهما يصح التوكيل
ولكن لا تصح المضاربة لان الشرا يقع للموكل فتصير المضاربة بعد ذلك مضاربة
بالعروض لانه يصير في التقدير كانه وكله بشرا العرض ثم دفعه اليه مضاربة
فيصير مضاربة بالعروض فلا يصح ولو قال لرجل اقبض مالي على فلان من
الدين واعمل به مضاربة لان المضاربة هاهنا اضيفت الى المقبوض فكان
راس المال عينا لا دينا ولو اضاف المضاربة الى عين هي امانة في يد المضارب
من الدراهم والدنانير بان قال المودع او المبضع اعمل بما في يدك مضاربة
بالنصف جاز ذلك بلا خلاف وان اضافها الى مضمونة كالدراهم والدنانير
المغصوبة فقال للغاصب اعمل بما في يدك مضاربة بالنصف جاز ذلك
عند ابي يوسف والحسن بن زياد وقال زفر لا يجوز وجه قوله ان المضاربة
تقتضي كون المال امانة في يد المضارب والمغصوب مضمون في يده فلا
يتحقق التصرف للمضاربة فلا يصح ولابي يوسف ان ما في يده مضمون الى ان
ياخذ في العمل واذا اخذ في العمل وهو الشرا يصير امانة في يده فيتحقق معنى
المضاربة فيصح وسوا كان راس المال مفرزا او مشاعا بان دفع الى رجل مالا
بعضه مضاربة وبعضه غير مضاربة مشاعا في المال فالمضاربة جايزة
لان الاشاعة لا تمنع من التصرف في المال لان المضارب يتمكن من التصرف
في المشاع وكذا الشركة لا تمنع المضاربة فان المضارب اذا ربح يصير
شريكا في المال ويجوز تصرفه بعد ذلك على المضاربة فاذا لم يمنع البقا لا يمنع
الابتدا وعلى هذا يخرج ما اذا دفع الى رجل الف درهم فقال نصفها عليك قرض
ونصفها مضاربة ان ذلك جايز اما جواز المضاربة فلما قلنا واما جواز
القرض في المشاع وان كان القرض تبرعا والمشاع يمنع صحة التبرع فلان
القرض ليس بتبرع مطلقا مطلق لانه وان كان في الحال تبرعا لانه لا يقابله
عوض للحال فهو تمليك المال بعوض في الثاني الا ترى ان الواجب فيه رد
المثل لا رد العين فلم يكن تبرعا من كل وجه فلا يعمل فيه الشيوع بخلاف الهبة
فانها تبرع محض فعمل الشيوع فيها واذا جاز القرض والمضاربة كان نصف
الربح للمضارب لانه ربح ملكه وهو القرض ووضيعته عليه والنصف الاخر
بينه وبين رب المال على ما شرطا لانه ربح مستفاد بمال المضاربة ووضيعته
على رب المال ولا تجوز قسمة احدهما دون صاحبه لانه مال مشترك بينهما
فلا ينفرد احد الشريكين بالقسمة قالوا ولو كان قال له خذ هذه الالف على
ان نصفها عليك قرض على ان تعمل بالنصف الاخر مضاربة على ان الربح لي فهذا
مكروه لانه شرط لنفسه منفعة في مقابلة القرض وقد نهى رسول الله صلى الله

عليه وسلم عن قرض جر نفعا فان عمل على هذا وربح او وضع فالربح بينهما نصفان
وكذا الوضيعة اما الربح فلان المضارب ملك نصف المال بالقرض فكان نصف
الربح له والنصف الاخر بضاعة في يده فكان ربحه لرب المال واما الوضيعة فلانها
جزء هالك من المال والمال مشترك فكانت الوضيعة على قدره ولو قال خذ
هذه الالف نصفها مضاربة بالنصف ونصفها هبة فقبضها المضارب على ذلك
غير مقسوم فالهبة فاسدة لانها هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فان عمل في المال
وربح كان نصف الربح للمضارب حصة الهبة ونصف الربح بينهما على ما شرطا
والوضيعة عليهما اما نصف الربح للمضارب حصة الهبة فلانه يثبت الملك
له فيه اذا قبض بعقد فاسد فكان ربحه له واما النصف الاخر فانما يكون
ربحه بينهما على الشرط لانه استفيد بما له المضاربة مضاربة صحيحة واما كون
الوضيعة عليهما فلانه جزء هالك من المال والمال مشترك فان هلك المال
في يد المضارب قبل ان يعمل او بعد ما عمل فهو ضامن لنصف المال وهو الهبة
لانه مقبوض بعقد فاسد فكان مضمونا عليه كالمقبوض ببيع فاسد ولو كان
دفع نصف المال بضاعة ونصفه مضاربة فقبضه المضارب على ذلك فهو
جائز والمال على ما سميا في المضاربة والبضاعة والوضيعة على رب المال
ونصف الربح لرب المال ونصفه على ما شرطا لان الاشاعة لا تمنع من العمل
من المال مضاربة وبضاعة وجازت المضاربة والبضاعة وانما كانت الوضيعة
على رب المال لانه لا ضمان على المبضع والمضارب في البضاعة والمضاربة وحصة
البضاعة من الربح لرب المال خاصة لان المبضع لا يستحق الربح وحصة المضاربة
بينهما على ما شرطا لانه ربح حصل من مال المضاربة والمضاربة قد صحت فيكون
بينهما على الشرط ولو دفع اليه على ان نصفها وديعة في يد المضارب ونصفها
مضاربة بالنصف فذلك جائز والمال في يد المضارب على ما سميا لان كل واحد
منهما اعني الوديعة والمضاربة امانة فلا يتنافيان فكان نصف المال
في يد المضارب وديعة ونصفه مضاربة الا ان التصرف لا يجوز الا بعد
القسمة لان كل جزء من المال بعضه وديعة وبعضه مضاربة والتصرف في
الوديعة لا يجوز فان قسم المضارب المال نصفين ثم عمل باحد النصف
على المضاربة فربح او وضع فالوضيعة عليه وعلى رب المال نصفين
ونصف الربح للمضارب ونصفه على ما اشترطا لان قسمة المضارب هنا
لم تصح لان المالك لم ياذن له فيها فاذا افرز بعضه فقد تصرف في مال الوديعة
وفي مال المضاربة فما كان في مال الوديعة فهو غصب فيكون ربحه للغاصب
وما كان في حصة المضاربة فهو على الشرط ومن هذا الجنس ما اذا دفع الى
رجل متاعا فباع نصفه من المدفوع اليه بخمسماية ثم امره بان يبيع النصف
الثاني ويعمل بالثمن كله مضاربة على ان ما رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا
نصفان فباع المضارب نصف المتاع بخمسماية ثم عمل بها وبالخمسماية التي
عليه فربح في ذلك او وضع فالوضيعة عليهما نصفان والربح بينهما نصفان
في قياس قول ابي حنيفة لان هذا مذهبه ان من كان له على رجل دين فامره ان
يشتري له بذلك لا يصح والمشتري يكون للمامور لا للامر ويكون الدين على

المامور

المامور على حاله واذا كان كذلك فههنا امره ان يعمل بالدين وبنقد ثمن
المتاع فما ربح في حصة الدين فهو للمدفوع اليه لانه تصرف في ملك نفسه
فيكون ربحه له وما ربح في نصيب الدافع فهو للدافع والوضيعة عليهما لان
المال مشترك بينهما فكان الهالك بينهما واما في قياس قول ابي يوسف ومحمد
فمقدار ما ربح في الخمسماية التي امره ان يبيع نصف المتاع بها فهو نصفان على ما
اشترطا وما ربح في النصف الذي عليه من الدين يكون لرب المال لان من
اصلهما ان الامر بالشرا بالدين يصح وتكون المضاربة فاسدة لانه اذا اشترى
صار عروضا والمضاربة بالعروض لا تصح فصارت المضاربة ههنا جائزة في النصف
فاسدة في النصف فالربح في الصحيح يكون بينهما على الشرط وفي الفاسد يكون لرب
المال ولو شرط الدافع لنفسه الثلث وللمضارب الثلثين والمسئلة بحالها
فان في قول ابي حنيفة ثلثا الربح للمضارب على ما اشترطا نصف الربح من
نصيب المضارب خاصة والسدس من نصيب الدافع كانه قال له اعمل في
نصيبك على ان الربح لك واعمل في نصيبي على ان لك ثلث الربح من نصيبي واما
على قياس قولهما فقد دفع نصفه مضاربة جائزة ونصفه مضاربة فاسدة فما ربح
في النصف الذي كان دينا فهو لرب المال فانه مضاربة فاسدة وما ربح في النصف
الذي هو ثمن المتاع فالربح بينهما على ما شرطا فصار لرب المال ثلثا الربح وللمضارب
الثلث ولو كان شرط لرب المال ثلثي الربح وللمضارب الثلث فالربح بينهما نصفان
في قول ابي حنيفة لان رب المال شرط النصف من نصيب نفسه والزيادة
من نصيب المضارب وشرط الزيادة من غير عمل ولا راس مال باطل فيكون الربح
على قدر المال وفي قياس قولهما يكون الربح لرب المال خاصة لان المضاربة فيه
فاسدة وللمضارب ثلث ربح النصف الاخر والله اعلم ◦ ومنها تسليم راس
المال الى المضارب لانه امانة فلا يصح الا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة
ولا تصح مع بقا يد الدافع على المال لعدم التسليم مع بقا يده حتى لو شرط بقا
يد المالك على المال فسدت المضاربة لما قلنا فرق بين هذا وبين الشركة
فانه يصح مع بقا رب المال على ماله والفرق ان المضاربة انعقدت على راس
مال من احد الجانبين وعلى العمل من الجانب الاخر ولا يتحقق العمل الا بعد
خروجه من يد رب المال فكان هذا شرطا موافقا مقتضى العقد بخلاف
الشركة لانها انعقدت على العمل من الجانبين فشرط بقا زوال يد رب المال
عن المال يناقض مقتضى العقد وكذا لو شرط في المضاربة عمل رب المال
فسدت المضاربة سوا عمل رب المال معه او لم يعمل لان شرط عمله معه
شرط بقا يده على المال وانه شرط فاسد واذا سلم راس المال الى رب المال
ولم يشترط عمله ثم استعان به في العمل او دفع المال اليه بضاعة جاز لان
الاستعانة به لا توجب خروج المال عن يده وسوا كان المال عاقدا او
غير عاقد لابد من زوال يد رب المال عن ماله لتصح المضاربة حتى ان
الاب او الوصي اذا دفع مال الصبي مضاربة وشرط عمل الصغير لم تصح المضاربة
لان يد الصغير باقية لبقا ملكه فيمنع التسليم وكذلك احد شريكي المفاوضة
او العنان اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان لشريكه

فيه ملكا فيمنع التسليم فاما العاقد اذا لم يكن مالكا للمال فشرط ان يتصرف
في المال مع المضارب فان كان ممن يجوز ان ياخذ مال المضارب المالك
مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة
وشرطا ان يعملا مع المضارب بجزء من الربح لانهما لو اخذا مضاربا مال الصغير
مضاربة بانفسهما جاز فكذا اذا شرط عملهما مع المضارب وصارا كالاجنبيين
وان كان العاقد ممن لا يجوز ان ياخذ مال المالك مضاربة فشرط عمله يفسد
العقد كالماذون اذا دفع مالا مضاربة وشرط عمله مع المضارب لان الماذون
وان لم يكن مالكا رقبة المال فيد التصرف ثابتة له عليه فينزل منزلة
المالك فيما يرجع الي التصرف فكان قيام يده مانعا من التسليم والقبض فيمنع
صحة المضاربة وان شرط الماذون عمل مولاه مع المضارب ولا دين عليه
فالمضاربة فاسدة لان المولي هو مالك للمال حقيقة فاذا حصل في يده فقد
وجد يد المالك فيمنع التسليم فان كان عليه دين فالمضاربة جايزة في قول ابي
حنيفة لان المولي لا يملك يد المالك فصار كالاجنبي فاما المكاتب اذا شرط
عمل مولاه لم تفسد المضاربة لان المولي لا يملك اكساب مكاتبه وهو فيها
كالاجنبي ولو دفع الي انسان مالا مضاربة وامره ان يعمل برايه ودفعه
المضارب الاول الي اخر مضاربة علي ان يعمل المضارب معه او يعمل معه رب
المال فالمضاربة فاسدة لان اليد للمضارب والملك للمولي وكل ذلك يحمل
يمنع من التسليم وقد قالوا في المضارب اذا دفع المال الي رب المال
مضاربة بالثلث فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولي علي حالها جايزة
والربح بين رب المال وبين المضارب علي ما شرطا في المضاربة الاولي ولا اجر
لرب المال اما فساد المضاربة الثانية فلان يد رب المال يد ملك
ويد المالك مع يد المضاربة فلا لا يجتمعان فلا تصح المضاربة الثانية
وبقيت المضاربة الاولي علي حالها ولم يذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي
خلافا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا مذهب اصحابنا الثلاثة
وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولي بدفع المال الي رب المال والرد عليه
وجه قوله ان زوال يد رب المال شرط صحة المضاربة فكانت اعادة يده
اليه مفسدة لها ولنا ان رب المال يصير معينا للمضارب والاعانة
لا توجب اخراج المال عن يده فيبقي العقد الاول ولا اجر لرب المال لانه
عمل في ملك نفسه فلا يستحق الاجر واما الذي يرجع الي الربح فمنها
اعلام مقدار الربح لان المعقود عليه هو الربح وجهالة المعقود عليه توجب
فساد العقد ولو دفع اليه الف درهم علي انهما شريكان في الربح ولم يبين
ولم يبين مقدار الربح جاز ذلك في قول ابي يوسف والربح بينهما نصفان
لان الشركة تقتضي المساواة قال الله تعالي فهم شركاء في الثلث ولو قال علي ان
للمضارب شركا في الربح جاز ذلك في قول ابي يوسف والربح بينهما نصفان
وقال محمد المضاربة فاسدة وجه قول محمد ان الشرك هو النصيب قال
الله تعالي ام لهم شرك في السموات اي نصيب وقال تعالي وما لهم فيهما
من شرك اي نصيب فقد جعل له نصيبا من الربح والنصيب مجهول فصار

الربح مجهولا وجه قول ابي يوسف ان الشرك يذكر بمعني الشركة يقال شركته في هذا
الامر اشركه شركة وشركا ويذكر بمعني الشركة لنصيب ايضا لكن الحمل علي
الشركة تصحيح العقد فيحمل عليه تصحيحا ومنها ان يكون المشروط من الربح جزءا
شايعا نصفا او ثلثا او ربعا فان شرطا عددا مقدرا بان شرطا ان يكون لاحدهما
ماية درهم من الربح او اقل او اكثر والباقي للاخر لا يجوز والمضاربة فاسدة
لان المضاربة نوع من الشركة وهي الشركة في الربح وهذا شرط يوجب قطع الشركة
لجواز ان لا يربح المضارب الا القدر المذكور فيكون ذلك لاحدهما دون الاخر
فلا تتحقق الشركة فلا يكون التصرف مضاربة وكذلك ان شرطا ان يكون لاحدهما
النصف او الثلث وماية درهم او قال الا ماية فانه لا يجوز لما ذكرنا انه شرط
يقطع الشركة في الربح لانه اذا شرط لاحدهما النصف وماية فمن الجايز ان يكون
الربح ماية فيكون كل الربح للمشروط له فاذا شرط له النصف وماية فمن الجايز
ان يكون نصف الربح ماية فلا يكون له شي من الربح ولو شرط في العقد ان تكون الوضيعة
عليهما بطل الشرط والمضاربة صحيحة والاصل في الشرط الفاسد اذا دخل في هذا
العقد انه ينظر ان كان يودي الي جهالة الربح يوجب فساد العقد لان الربح هو
المعقود عليه وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد وان كان لا يودي
الي جهالة الربح يبطل الشرط وتصح المضاربة وشرط الوضيعة عليهما شرط فاسد
لان الوضيعة جزء هالك من المال فلا يكون الا علي رب المال الا انه لا يودي الي
جهالة الربح فلا يوثر في العقد فلا يفسد به العقد ولان هذا عقد يقف
صحته علي القبض فلا يفسده الشرط الزايد الذي لا يرجع الي المعقود عليه كالهبة
والرهن ولانها وكالة والشروط الفاسدة لا تعمل في الوكالة وذكر محمد رحمه الله
في المضاربة اذا قال رب المال للمضارب لك ثلث الربح وعشرة دراهم في كل شهر
ما عملت في المضاربة صحت المضاربة في الثلث وبطل الشرط وذكر في المزارعة
اذا دفع اليه ارضه بثلث الخراج وجعل له عشرة دراهم في كل شهر فالمزارعة
باطلة من اصحابنا من قال في المسلة روايتان رواية كتاب المزارعة تقتضي
فساد المضاربة لان المشروط للمضارب من المشاهرة معقود عليه وقد قطع
عنه الشركة وهذا يفسد المضاربة وفي رواية كتاب المضاربة تقتضي صحة
المضاربة لانه عقد علي ربح معلوم ثم الحق به شرطا فاسدا فيبطل وتصح الشرط
وتصح المضاربة والصحيح هو الفرق بين المسلتين لان معني الاجارة في المزارعة
اظهر منه في المضاربة بدليل انها لا تصح الا بمدة معلومة والمضاربة لا يفتقر
في صحتها الي ذكر المدة فالشرط الفاسد جاز ان يوثر في المزارعة ولا يوثر
في المضاربة وعلي هذا الاصل قال محمد فيمن دفع الفا مضاربة علي ان الربح
بينهما نصفين علي ان يدفع اليه رب المال ارضه ليزرعها سنة او داره
ليسكنها فالشرط باطلة والمضاربة صحيحة لانه الحق بها شرطا فاسدا لا يقتضيه
فبطل الشرط ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه ان يدفع ارضه ليزرعها
رب المال سنة او يدفع داره الي رب المال ليسكنها سنة فسدت المضاربة
لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله وعن اجرة الدار والارض فصارت حصة
العمل مجهولة بالعقد فلم يصح العقد وروي المعلا عن ابي يوسف في رجل دفع

دفع مالا الي رجل مضاربة علي ان يبيع في دار رب المال او علي ان يبيع في دار المضارب
كان ذلك جايزا لكن ان سكتي شرط ان يسكن دار رب المال او رب المال
دار المضارب فهذا لا يجوز لانه اذا شرط البيع في احدي الدارين فانما
خص البيع بمكان دون مكان ولم يعقد علي منافع الدار واذا شرط للمضارب
السكني فقد جعل تلك المنفعة اجرة له واطلق ابو يوسف انه لا يجوز
ولم يذكر انه لا يجوز الشرط او لا تجوز المضاربة وذكر القدوري رحمه الله
انه ينبغي ان يكون الفساد في الشرط لا في المضاربة ولو شرط جميع الربح للمضارب
فهو قرض عند اصحابنا وعند الشافعي هو مضاربة فاسدة وله اجر مثله اذا
عمل وجه قوله ان المضاربة عقد شركة في الربح فشرط قطع الشركة فيها
يكون شرطا فاسدا ولنا اذا لم يكن تصحيحها مضاربة تصح قرضا لانه اتي
بمعني القرض والعبرة في العقود لمعانيها وعلي هذا اذا شرط جميع الربح لرب
المال فهو ابضاع عندنا لوجود معني الابضاع والله اعلم فصل واما حكم المضاربة
لا تخلوا من ان تكون صحيحة او فاسدة ولكل واحد منهما احكام ۰ اما احكام المضاربة
الصحيحة فكثيرة ۰ بعضها يرجع الي حال المضارب في عقد المضاربة ۰ وبعضها
يرجع الي عمل المضارب ورب المال مما لكل واحد منهما ان يعمله
وما ليس له ان يعمله ۰ وبعضها يرجع الي ما يستحقه بالعمل ۰ اما الذي يرجع
الي جانب المضارب فهو ان راس المال قبل ان يشتري المضارب به منه شيا
امانة في يده بمنزلة الوديعة لانه قبضه باذن المالك لا علي وجه البدل
والوثيقة فاذا اشتري به شيا بمنزلة الوكيل بالشرا والبيع لانه تصرف
في مال الغير بامره وهو معني الوكيل فيكون شراوه علي المعروف وهو ان يكون
بمثل قيمته او بما يتغابن الناس في مثله كالوكيل بالشرا وبيعه علي الاختلاف
المعروف في الوكيل بالبيع ولو اشتري شرا فاسدا يملك اذا قبض لا يكون
مخالفا ويكون المشترا علي المضاربة وكذا اذا باع شيا من مال المضاربة
بيعا فاسدا لا يصير مخالفا ولا يضمن لان المضاربة توكيل والوكيل بالشرا والبيع
مطلقا يملك الصحيح والفاسد فلا يصير مخالفا فاذا ظهر في المال ربح صار شريكا
فيه بقدر حصته من الربح لانه ملك جزوا من المال المشترك بعمله
والباقي لرب المال لانه نما ماله فاذا فسدت بوجه من الوجوه صار
بمنزلة الاجير لرب المال واذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة
الغاصب ويصير المال مضمونا عليه ويكون ربح بعد ما صار مضمونا
كله له لان الخراج بالضمان لكن لا يطيب له في قول ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف يطيب له وهو علي الاختلاف في الغاصب والمودع اذا تصرفا
في المغصوب والوديعة وربحا ولو اراد رب المال ان يجعله المال
مضمونا علي المضارب فالحيلة في ذلك وهو ان يقرض المال من المضارب
ويشهد علي ذلك ويسلمه اليه ثم ياخذه منه مضاربة بالنصف او بالثلث
ثم يدفع الي المستقرض فيستعين به في العمل حتي لو هلك في يده كان القرض
عليه واذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما علي الشرط وحيلة اخري
ان يقرض رب المال جميع المال الا درهما واحدا ويسلمه اليه ويشهد

علي ذلك ثم انهما يشتركان في ذلك شركة عنان علي ان يكون راس مال المقرض
درهما وراس مال المستقرض جميع ما استقرض علي ان يعملا جميعا وشرطا
علي ان يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال فان
هلك المال في يده كان القرض عليه علي حاله ولو ربح كان الربح بينهما علي الشرط
واما الذي الي عمل المضارب مما له ان يعمله بعقد المضاربة وما ليس له ان
يعمل به فجملة الكلام فيه ان المضاربة نوعان مطلقة ومقيدة فالمطلقة ان
يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل
ومن يعامله ۰ والمقيدة ان يعين شيا من ذلك وتصرف المضارب في كل
واحد من النوعين ينقسم اربعة اقسام فقسم منه ما للمضارب ان يعمله
من غير حاجة الي التنصيص عليه ولا الي القول اعمل فيه برايك وقسم
منه ما ليس ان يعمله وان قيل له اعمل فيه برايك الا بالتنصيص
وقسم منه ما اذا قيل اعمل فيه برايك وان لم ينص عليه وقسم منه
ما ليس له ان يعمله راسا وان نص عليه اما القسم الذي للمضارب
ان يعمله من غير التنصيص عليه والقول فيه اعمل برايك ان المضاربة المطلقة
عن الشرط والقيد بها هي ما اذا قال له خذ هذا المال واعمل به علي ان ما
رزق الله تعالي من ربح فهو بيننا او علي كذا او قال خذ هذا المال مضاربة
علي كذا فله ان يشتري به ويبيع لانه امره بعمل هو سبب لحصول الربح وهو
الشرا والبيع الا ان شراه يقع علي المعروف وهو ان يكون بمثل قيمة المشتري
او باقل ذلك مما يتغابن الناس في مثله لانه وكيل وشرا الوكيل يقع علي المعروف
فان اشتري بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشتريا لنفسه لا علي المضاربة
بمنزلة الوكيل بالشرا واما بيعه فعلي الاختلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه
في الوكيل بمطلق البيع انه يملك البيع نقدا ونسيه وبغبن فاحش في
قول ابي حنيفة فالمضارب اولي لان المضاربة اعم من الوكالة وعندهما
لا يملك البيع بالنسية ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهي من مسايل كتاب
الوكالة وله ان يشتري ما بدا له من ساير انواع التجارات وساير الامكنة
مع ساير الناس لاطلاق العقد وله ان يدفع المال مضاربة بضاعة لان
الابضاع من عادة التجار ولان المقصود من هذا العقد هو الربح والابضاع
طريق الي ذلك ولانه يملك الاستيجار فالابضاع اولي لان الاستيجار
استعمال بعوض والابضاع استعمال بغير عوض فكان اولي وله ان يودع لان الايداع من عادة التجار
وضرورات التجارة وله ان يستاجر من يعمل في المال لانه من عادة التجار
ومن ضرورات التجارة ايضا لان الانسان قد لا يمكنه جميع الاعمال بنفسه
فيحتاج الي الاجير وله ان يستاجر البيوت ليجعل المال فيها لانه لا يقدر
علي حفظ المال به وله ان يستاجر السفن والدواب للحمل لان النقل
من مكان الي مكان طريق حصول الربح ولا يمكنه النقل بنفسه وله ان
يوكل بالبيع والشرا لان التوكيل من عادة التجار ولانه طريق الوصول
الي المقصود وهو الربح فكان بسبيل منه كالشريك ولان المضاربة
اعم من الوكالة ويجوز ان يستفاد بالشي ما هو دونه بخلاف الوكالة

المفردة ان الوكيل لا يملك ان يوكل غيره بمطلق الوكالة الا اذا قيل له اعمل
برايك لان المقصود من ذلك ليس هو التجارة وحصول بل ادخال المبيع في
ملكه وكذا الوكالة الثانية مثل الاولى والشي لا يستتبع مثله وكل ما كان
للمضارب ان يعمل بنفسه فله ان يوكل به غيره وكلما لا يجوز ان يفعله بنفسه
لا يجوز فيه وكالته على رب المال لانه لما لم يملك ان يعمل بنفسه فتوكيله اولى
وله ان يرهن بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين
له منها على رجل لان الرهن بالدين والارتهان من باب الايفا والاستيفا وهو
يملك ذلك فيملك الرهن والارتهان وليس للمضارب ان يرهن بعد نهي رب
المال له عن العمل ولا بعد موته لان المضاربة تبطل بالنهي والموت الا في تصرف
ينض به راس المال على ما نذكر والرهن ليس تصرفا ينض به راس المال
فلا يملكه المضارب ولو باع شيا فاخر الثمن جاز لان تاخير الثمن من عادة
التجار اما على اصل ابي حنيفة فلان الوكيل بالبيع يملك تاخير الثمن فالمضارب
اولى لان تصرفه اعم من تصرف الوكيل الا ان الوكيل بالبيع اذا اخر الثمن
يضمن عندهما والمضارب لا يضمن لان المضارب يملك ان يستقيل
ثم يبيع نسا فيملك الحكم التاخير ابتدا فلم يضمن فاما الوكيل فلا يملك
الاقالة ثم البيع بالنسيه فاذا اخر ضمن واما عند ابي يوسف فانما جاز
المضارب دون الوكيل لهذا المعنى ايضا وهو ان المضارب يملك ان
يشتري السلعة او يستقبل فيها ثم يبيعها نسا فيملك تاخير ثمنها
والوكيل لا يملك ذلك وله ان يحتال بالثمن على رجل موسرا كان المحتال
عليه او معسرا لان الحوالة من عادة التجار لان الوصول الى الدين قد
يكون ايسر من ذمة المحتال عليه من ذمة المحيل بخلاف الوصي اذا احتال
بمال اليتيم ان كان ذلك اصلح جاز والا فلا لان تصرف الوصي في مال
اليتيم مبني على النظر وتصرف المضارب مبني على عادة التجار قال
محمد رحمه الله وله ان يستاجر ارضا بيضا ويشتري ببعض المال طعاما
فيزرعه فيها وكذلك له ان يقبلها ليغرس فيها نخلا او شجرا او رطابا فذلك
كله جايز والربح على ما اشترطا لان الاستيجار من التجارة لانه طريق حصول
الربح وكذا هو من عادة التجار فيملكه المضارب وللمضارب ان يسافر
بالمال لان المقصود من هذا العقد استثمار المال وهذا المقصود
بالسفر اوفر لان العقد مطلق عن المكان فيجري على اطلاقه ولان ماخذ
الاسم دليل عليه لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض قال
الله تعالى واخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله
والضرب في الارض هو السفر ولانه طلب الفضل قال الله تعالى وابتغوا
من فضل الله وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف في رواية
محمد عنه وفي رواية اصحاب الاملا عنه ليس له ان يسافر وروي عنه
الفرق بين الذي ثبت في وطنه والذي لا ثبت في وطنه وبين ماله
حمل ومونة وما لا حمل له ولا مونة في الشركة فالمضاربة على ذلك وقد
ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب الشركة وقال ابو يوسف عن ابي حنيفة

(١٦١)

لعله يقلّبها

اذا دفع اليه المال بالكوفة وهما من اهلها فان اباحنيفة قال ليس له ان يسافر
بالمال وان كان الدفع في مصر غير الكوفة فللمضارب ان يخرج به حيث شا وقد ذكرنا
وجه الرواية المشهورة في كتاب الشركة واما وجه رواية ابي يوسف عنه ان
المسافرة بالمال مخاطرة به فلا يجوز الا باذن رب المال نصا او دلالة فان دفع المال
اليه في بلدهما فلم ياذن له بالسفر نصا ولا وجد منه ما يدل عليه فلم يكن له ان يسافر
واذا دفع اليه في غير بلدهما فقد وجد الاذن بالرجوع الى الوطن لان العادة
ان الانسان لا ياخذ المال مضاربة ويترك وطنه فكان دفع المال في غير بلدهما
رضى بالرجوع الى الوطن لان العادة ان الانسان لا ياخذ المال مضاربة ويترك
وطنه فكان دفع المال في غير بلدهما رضى بالرجوع الى الوطن فكان اذنا دلالة
وله ان ياذن لعبد المضاربة بالتجارة لان الاذن بالتجارة من التجارة ومن عادة التجار
ايضا وروي بن رستم عن محمد انه لا يملك ذلك باطلاق المضاربة لان الاذن بالتجارة
اعم من المضاربة فلا يستطيع يستتبع ما هو فوقه وله وله ان يبيعهم اذا لحقهم
دين سوا كان المولى حاضرا او غايبا لان البيع في الدين من التجارة فلا يقف على
حضور المولى وان جنى عبد المضاربة بان قتل انسانا وقيمته مثل مال المضاربة
بان كان راس المال الف درهم فاشترى بها عبدا قيمته الف فقتل انسانا خطا
لا يخاطب المضارب بالدفع او الفدا لان الدفع او الفدا ليس من التجارة ولا
ملك ايضا للمضارب في رقبته لانعدام الفضل والتدبير في جنايته الى رب
المال لان رقبته خالص ملكه لا ملك للمضارب بخلاف عبد عبد الماذون
اذا جنى انه يخاطب الماذون بالدفع والفدا مع غيبة المولى لان العبد الماذون
في التصرف كالحر لانه يتصرف لنفسه كالحر بدليل انه لا يرجع بالعهدة على المولى
ولو كان متصرفا للمولى لرجع بالعهدة عليه فدل انه متصرف لنفسه وانما يظهر
حق المولى في كسبه عند فراغه عن حاجته فاذا تعلقت الجناية برقبته صارت
مشغولة فلا يظهر حق المولى فيخاطب بالدفع كالحر فاما المضارب فانه وكيل رب
المال في التصرف حتى يرجع بالعهدة عليه والوكيل بالشرا يخاطب بحكم الجناية
فهو الفرق بين الفصلين فان اختار رب المال الدفع واختار المضارب الفدا
فله ذلك لانه بالفدا يستبقي مال المضاربة اما اذا دفع فلا شك فيه لان بالدفع
زال ملكه عنه الى بدل فصار كانه هلك وقد فدا وقد لزمه ضمان ليس من
مقتضيات المضاربة ولان اختيار الفدا دليل رغبته في عين العبد
فلا يحصل المقصود من العقد وهو الربح لان ذلك بالبيع ولو كان قيمة العبد الفين
فجنى جناية خطا لا يخاطب المضارب بالدفع او الفدا اذا كان رب المال غايبا
وليس لاصحاب الجناية على المضارب ولا على الغلام سبيل الا ان لهم ان يستوثقوا
من الغلام بكفيل الى ان يقدم المولى وكذا لا يخاطب المولى بالدفع والفدا اذا
كان المضارب غايبا وليس لاحدهما ان يفدي حتى يحضرا جميعا فان فدا كان
متطوعا في الفدا فان حضرا دفعا او فديا فان دفعا فليس لهما شي وان فديا كان
الفدا عليهما ارباعا وخرج العبد من المضاربة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف حضور المضارب ليس بشرط ويخاطب المولى بحكم الجناية
وجه قول ابي يوسف ان نصيب المضارب لم يتعين في الربح لعدم تعين

خطاء

راس المال لان التعيين بالقسمة ولم يوجد فبقي المال على حكم رب المال فكان هو
المخاطب بحكم الجناية فلا يشترط حضور المضارب ولهما انه اذا كان في المضاربة
فضل كان للمضارب ملكا في العبد ولهذا لو اعتقه ينفذ اعتاقه في نصيبه
واذا كان له نصيب في العبد كان فدا نصيبه عليه فلابد من حضوره واما
قول ابي حنيفة لم يتعين في الربح لعدم تعين راس المال فنقول لا بل تعين
ضرورة لزوم الفدا في نصيبه لانه لما لزمه الفدا في نصيبه ولا يلزم الا بتعين
حقه ولا يتعين راس الا بالقسمة فتثبت القسمة ضرورة فان اختار احدهما
الدفع والاخر الفدا فلهما ذلك لان كل واحد منهما مالك لنصيبه فصار
كالعبد المشترك غير ان العبد المشترك اذا حضر احد الشريكين وغاب
الاخر يخاطب الحاضر بحكم الجناية من الدفع والفدا وهاهنا لا يخاطب واحد
منهما ما لم يحضرا جميعا لان تصرف احدهما يتضمن قسمة لان المال لا يبقى
على المضاربة بعد الدفع او الفدا والقسمة لا تصح الا بحضرتهما والدفع او
الفدا من احد الشريكين لا يتضمن قسمة ولا حكما في حق الشريك الاخر فلا يقف
على حضوره وهذا بخلاف الرهن اذا كانت قيمته اكثر من الدين فجنا جناية
خطا انه يخاطب الراهن والمرتهن بحكم الجناية فان اختار احدهما الدفع والاخر
الفدا لهما ذلك فيلزمهما ان يجتمعا على احد الامرين لان المالك هناك واحد
فالخيار لهما فاختلاف اختيارهما يوجب تبعيض موجب الجناية في حق مالك
واحد وهذا لا يجوز كالعبد الذي ليس برهن وهاهنا مالك العبد اثنان
فلو اختلف اختيارهما لا يوجب ذلك تبعيض موجب الجناية في حق مالك واحد
وقد قالوا اذا غاب احدهما وادعيت الجناية على العبد لم تسمع البينة
حتى يحضر لان كل واحد منهما له حق في العبد فكان التدبير في الجناية
اليهما فلا يجوز سماع البينة على احدهما مع غيبة الاخر وانما اخذ بالعبد
كفيل لانه لا يومن عليه ان يغيب فيسقط حق ولي الجناية لان حقه يتعلق
برقبته فكان له ان يستوثق حقه بكفيل وحقوق العبد في الشرا والبيع
ترجع الى المضارب لا الى رب المال لانه العاقد فهو الذي يطالب بتسليم
الثمن وبتسليم المبيع والثمن ويرد بالعيب ويرد عليه ويخاصم ويخاصم
لما قلنا ولو اشترى المضارب عبدا معيبا قد علم رب المال بعيبه ولم
يعلم به المضارب فللمضارب ان يرده ولو كان المضارب علم بالعيب ولم
يعلم به رب المال لم يكن للمضارب ان يرده لان حقوق العقد تتعلق
بالمضارب لا برب المال فيعتبر علم المضارب لا علم رب المال ولو اشترى
عبدا فظهر به عيب فقال رب المال بعد الشرا رضيت بهذا العيب
بطل الرد لان الملك لرب المال فاذا رضي به فقد ابطل حق نفسه ولو ان
رب المال دفع اليه دراهم بها على ان يشتري عبد فلان بعينه ثم يبيعه
فاشتراه المضارب ولم يره فليس له ان يرده بخيار الروية ولا بخيار
العيب لانه امره بالشرا بعد العلم رضي منه بذلك العيب فكانه
بعد الشرا رضيت بخلاف ما اذا امره بشرا عبد غير معين لانه لا يعلم
انه يشتري العبد المعيب لا محالة حتى يكون علمه دلالة الرضا به وله

ان

ان ياخذ بالشفعة في دار اشتراها اجنبي الى جنب دار المضاربة او باع رب
المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها بدار اخرى من المضاربة ففيه تفصيل
نذكره ان شا الله تعالى ولو دفع المال الى رجلين مضاربة فليس لاحدهما ان
يبيع ويشتري بغير اذن صاحبه ولا يعمل احدهما شيا مما للمضارب الواحد
ان يعمله سوا قال لهما اعملا برايكما او لم يقل لانه راضي برايهما ولم يرض براي
احدهما فصارا كالوكيلين وان اذن له الشريك في شي من ذلك جاز في قولهم جميعا
لانه لما اذن له فقد اجتمع رايهما فكانهما عقدا جميعا الا انه لما اذن له فقد
اجتمع واما القسم الذي للمضارب ان يعمله الا بالتنصيص عليه في المضاربة
المطلقة فليس له ان يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على
رب المال ويكون دينا على المضارب في ماله لان الاستدانة اثبات زيادة
في راس المال من غير رضى رب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب
المال من غير رضاه لان ثمن المشترا براس المال في مال المضاربة مضمون
على رب المال بدليل ان المضارب لو اشترى براس المال ثم هلك المشترا
قبل التسليم فان المضارب على يرجع على رب المال بمثله فلو جوزنا الاستدانة
على المضاربة لالزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز والاستدانة
هي ان يشتري المضارب شيا بثمن دين ليس في يده من جنسه حتى انه
لو لم يكن في يده شي من راس المال من الدراهم والدنانير بان كان يشتري براس
المال سلعة ثم اشترى شيا بالدراهم او الدنانير لم يجز على المضاربة
وكان المشترا له عليه ثمنه من ماله لانه يثمن ليس في يده من جنسه فصار
مستدينا على المضاربة فلم يجز على رب المال وجاز عليه لان الشرا وجد
نفاذا عليه كالوكيل بالشرا اذا خالف وسوا اشترى بثمن حال او موجل لانه
لما اشترى بما ليس في يده من جنسه صار مستدينا على المضاربة وهو لا يملك
ذلك ولو كان ما في يد المضارب من الجيد او العرض يساوي راس المال
او اكثر فاشترى شيا للمضاربة بالدراهم والدنانير وحصل ذلك في يده
قبل حل الاجل لم ينتفع بذلك لانه لما خالف في حالة الشرا لزمه الثمن وصارت
السلعة له لانه لم يملك الشرا للمضاربة فوقع العقد له فلا يصير بعد ذلك
للمضاربة وكذا اذا قبض المضارب مال المضاربة ليس له ان يشتري باكثر
من راس المال الذي في يده لان الزيادة تكون دينا وليس في يده من مال
المضاربة ما يودي به حتى لو اشترى سلعة بالفي درهم ومال المضاربة
الف كانت حصة الالف من السلعة المشتراة للمضاربة وحصة ما زاد
على الالف للمضارب خاصة له ربح ذلك وعليه وضيعته والزيادة دين
عليه في ماله لانه يملك الشرا بالالف ولا يملك الشرا بما زاد عليها للمضاربة
ويملك الشرا لنفسه فوقع له وكذا اذا قبض المضارب راس المال وهو
قايم في يده فليس له ان يشتري للمضاربة بغير الدراهم والدنانير من
المكيل والموزون والمعدود والثوب الموصوف الموجل لان الشرا بغير
الاثمان اذا لم يكن في يده شي من ذلك لان الشرا بغير الاثمان يكون استدانة
على المال ولو كان في يده من مال المضاربة مكيل وموزون فاشترى ثوبا

من المسائل الواقعة

او عبدا بمكيل او موزون موصوف في الذمة كان المشترا للمضاربة لان في يده من جنسه ولو كان في يده دراهم فاشتري بدنانير او كان في يده دنانير فاشتري بدراهم فالقياس ان لا يجوز على رب المال وهو قول زفر وفي الاستحسان يجوز وجه القياس ان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فقد اشتري بما ليس في يده من جنسه فيكون استدانة كما لو اشتري بالعروض وجه الاستحسان انهما عند التجار كجنس واحد لانهما من الاثمان بهما يقدر النفقات واروش الجنايات وقيم المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الاخر فكان بمنزلة شي واحد فكان مشتريا بثمن في يده من جنسه وكذا لو اشتري بثمن هو من جنس راس المال لكنه يخالفه في الصفة بان اشتري بدراهم بيض وراس المال دراهم سود او اشتري بدراهم صحاح وراس المال غلة او اشتري بدراهم سود وراس المال بحدارهم بيض او اشتري بدراهم غلة وراس المال دراهم صحاح فذلك جايز على المضاربة وقال زفر لا يجوز شي من ذلك على المضاربة ويكون استدانة وجعل اختلاف الصفة كاختلاف الجنس وقال محمد ان اشتري بما صفته انقص من صفة راس المال جاز وهذا يشير الى انه لو اشتري بما صفته ازيد من صفة راس المال انه لا يجوز على المضاربة ووجهه انه اذا اشتري بما صفته انقص من صفة راس المال كان في يده ذلك القدر والذي اشتري به فلا يجوز على المضاربة والصحيح قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه لما جاز عند اختلاف الجنس فلان يجوز عند اختلاف الصفة اولى لان تفاوت الصفة دون تفاوت الجنس ولو كان راس المال الف درهم فاشتري سلعة بالف او بدنانير او بفلوس قيمة ذلك الف لا يملك ان يشتري بعد ذلك على الف المضاربة شيا بالف اخري او غير ذلك لان مال المضاربة كان مستحقا بالثمن الاول فلو اشتري بعد ذلك لصار مستدينا على مال المضاربة فلا يملك وان اشتري عليها اولا عبد بخمسماية لا يملك ان يشتري الا بخمسماية بقد رخمسمايه لان خمسماية خرجت من المضاربة وكذلك كل دين يلحق راس المال لان ذلك صار مستحقا من راس المال فيخرج القدر المستحق من المضاربة فاذا اشتري باكثر مما بقي صار مستدينا على مال المضاربة فلا يصح ولو باع المضارب واشتري وتصرف في المضاربة فحصل في يده صنوف من الاموال المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من ساير الاموال ولم يكن في يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له ان يشتري متاعا ليس في يده مثله من جنسه وصفته وقد روينا ان اشتري عبدا بكر حنطة موصوفة فان اشتري كر حنطة وسط وفي يده الوسط او كر حنطة جيد وفي يده الجيد جاز وان كان في يده اجود مما اشتري به او ادون لم يكن للمضاربة وكذا للمضارب لانه اذا لم يكن في يده مثل الثمن صار مستدينا على المضاربة فلا يجوز وليس اختلاف الصفة ههنا كاختلاف الصفة في الدراهم لان اختلاف الجنس هناك من الدراهم والدنانير لا تمنع الجواز فاختلاف الصفة اولى لانه دونه واختلاف الجنس ههنا يمنع الجواز فكذلك اختلاف الصفة ثم في جميع ما ذكرنا انه لا يجوز من

المضارب الاستدانة على رب المال يستوي فيه ما اذا قال له رب المال اعمل برايك او لم يقل لان قوله اعمل برايك تفويض الراي اليه فيما هو من المضاربة والاستدانة لم تدخل في عقد المضاربة فلا يملكها المضارب الا باذن رب المال بها نصا ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتي لو اشتري المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استاجر على حملها او على قصارتها او نقلها كان متطوعا في ذلك كله لانه اذا لم يبق في يده شي من راس المال صار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا في مال الغير كما لو حمل متاعا الغيره او قصر ثيابا لغيره بغير امره قال محمد رحمه الله وكذلك اذا صبغها سودا من ماله فقبضها ذلك لان الاستدانة لا تجوز ويصير شريكا في السواد لانه لم يوجب في العين زيادة بل اوجب نقصانا فيها ولا يضمن بفعله سوا قال له اعمل برايك او لم يقل لانه ماذون فيه بعقد المضاربة بدليل انه لو كان في يده فضل فصبغ الثياب به فقبضها ذلك لم يضمن فكذلك اذا صبغها من مال نفسه ولو صبغ المتاع بعصفر او زعفران او صبغ يزيد فيها وليس في يده من مضاربة شي فان كان لم يقل له اعمل برايك فهو ضامن ورب المال بالخيار ان شا ضمنه قيمة متاعه يوم صبغه وسلم اليه المتاع وان شا ترك المتاع حتي يباع فتصرف فيه رب المال بقيمته ابيض ويضرب المضارب بما زاد الصبغ فيه لان الصبغ عين قايم فما اصاب المتاع فهو مال المضاربة وما اصاب الصبغ فللمضارب خاصة لان الصبغ استدانة على المال وذلك لا يجوز فصار الصبغ من عين المضاربة والمضارب اذا خلط مال نفسه بمال المضاربة ولم يقل له اعمل برايك يضمن وصار كاجنبي خلط المال ولو صبغ الثياب اجنبي كان للمالك الخيار ان شا ضمنه قيمتها وان شا تركها على الشركة وتضاربا بثمنها كذا هذا وان قال له اعمل برايك فلا ضمان عليه لانه اذا قال له ذلك فله ان يخلط مال نفسه بمال المضاربة والصبغ على ملكه فلا يضمن بخلطه وصار المتاع بينهما فاذا باع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب ابيض فما اصاب ذلك كان في المضاربة وما اصاب الصبغ كان للمضارب والله اعلم • واذا اذن للمضارب ان يستدين على مال المضاربة جاز له الاستدانة وما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه وكان المشترا بينهما نصفين لانه لا يحتمل ان يجعل المشترا بالدين مضاربة لان المضاربة لا تجوز الا في مال عين فيجعل شركة وجوه ويكون المشترا بينهما نصفين لان مطلق الشركة يقتضي التساوي وسوا كان الربح بينهما نصفين او اثلاثا لان هذه شركة على حدة فلا يبني على حكم المضاربة وقد بينا في كتاب الشركة انه لا يجوز التفاضل في الربح في شركة الوجوه الا بشرط التفاضل في الضمان فان شرطا التفاضل في الضمان كان الربح كذلك وان اطلقا كان المشترا نصفين لا يجوز فيه التفاضل في الربح فاذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن دينا عليهما من غير مضاربة فلا يملك المضارب ان يرهن به مال المضاربة الا باذن رب المال فان اذن له ان يرهن بجميع الثمن فقد اعاره نصف الرهن

ليرهنه بدينه فاذا هلك صار مضمونا عليه وليس له ان يقرض مال المضاربة لان القرض تبرع للحال اذ لا يقابله عوض للحال وانما يصير مبادلة في الثاني ومال الغير لا يحتمل التبرع وكذلك القرض لان كل واحد منهما تبرع ولا ياخذ سفتجة لان اخذ السفتجة استدانة وكذا لا يعطي سفتجة لان اعطآ السفتجة اقراض وهو لا يملك الاقراض الا بالتنصيص عليه هكذا قال محمد عن ابي حنيفة رحمه الله انه قال ليس له ان يقرض ولا ان ياخذ سفتجة الا ان يامر بذلك بعينه فيقول له خذ السفاتج واقرض ان احببت فاما ان قال اعمل في ذلك برايك فانما هذا على البيع والشرا والشركة والمضاربة وخلط المال وهذا قول ابي يوسف وقولنا وهذا لما ذكرنا ان قوله اعمل في ذلك برايك تفويض الراي اليه في المضاربة والتبرع ليس من عمل المضاربة وكذا الاستدانة بل هي عند الاذن شركة وجوه وهي عقد اخر ورآ المضاربة وهو انما فوض الراي اليه في المضاربة خاصة لان عقد الاخر لا يتعلق بها فلا يدخل من ذلك وليس له ان يشتري بما لا يتغابن الناس في مثله وان قال له اعمل برايك ولو اشترى يصير مخالفا لان المضاربة توكيل بالشرا والوكيل بالشرا مطلقا ينصرف الى المتعارف وهو ان يكون بمثل القيمة او بما يتغابن الناس في مثله لان الشرا بما لا يتغابن الناس في مثله محاباة والمحاباة تبرع والتبرع لا يدخل في عقد المضاربة وليس له ان يعتق على مال لانه ازالة الملك عن الرقبة بدين في ذمة المفلس وليس له ان يزوج عبدا ولا امة من مال المضاربة في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يزوج الامة ولا يزوج العبد والمسئلة ذكرناها في موضع اخر وروى بن رستم عن محمد انه ليس له ان يتزوج امة من مال المضاربة لانه لا يملك ان يشتري شيا من مال المضاربة لنفسه فلا يملك ان يعقد على جارية المضاربة لنفسه فان تزوج باذن رب المال فهو جايز اذا لم يكن في المال ربح وقد خرجت من المضاربة اما الجواز فلانه اذا لم يكن في المضاربة ربح لم يكن للمضارب فيها ملك وانما له فيها حق التصرف وانه لا يمنع النكاح كالعبد الماذون واما خروج الامة عن المضاربة فلان العادة ان من تزوج امة حصنها ومنعها من الخروج والبروز والمضاربة تقتضي العرض على البيع وابرازها للمشتري فكان اتفاقهما على التزوج اخراجا منهما اياها عن المضاربة ويحسب مقدار قيمتها من راس المال لانه لما اخرجها من المضاربة صار كانه استرد ذلك القدر من راس المال وقد قال الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان المضارب لا يملك ان يزوج امة من المضاربة لعبد من المضاربة لان تصرف المضارب يختص بالتجارة والتزوج ليس من التجارة وذكر القدوري رحمه الله وقال ينبغي ان يكون هذا قولهم لان عند ابي يوسف ان كان يملك تزوج الامة لا يملك تزوج العبد ولو اخذ المضارب نخلا او شجرا او رطابا معاملة على ان ينفق من المال لم يجز على رب المال وان كان قال له رب المال حين دفع المال اليه اعمل في ذلك برايك لان الاخذ منه معاملة عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا تدخل تحت عقد المضاربة فصار كما لو اجر نفسه للخدمة ولا يعتبر ما شرط من الانفاق لان ذلك معقود عليه بل هو تابع للعمل كالخيط في اجارة الخياط والصبغ في الصباغة وكذا لا يعتبر قوله اعمل برايك لما ذكرنا ان ذلك يفيد تفويض الراي اليه في المضاربة والمضاربة تصرف في المال وهذا عقد على منافع نفسه ومنافع نفس المضارب لا يجوز ان يستحق بدلها رب المال ولو اخذ ارضا

مزارعة

مزارعة على ان يزرعها فما خرج من ذلك كان نصفين فاشترى طعاما ببعض المزارعة فزرعه قال محمد رحمه الله هذا لا يجوز ان قال له اعمل برايك فان لم يكن قال له اعمل برايك لم يجز لانه يوجب حقا لرب الارض في مال رب الارض فيصير كانه شارك في مال المضاربة لا يملك الاشراك باطلاق العقد ما لم يقل اعمل برايك واذا قال ملك كذا هاهنا وقد قال الحسن بن زياد ان الارض والبذر والبقر اذا كان من قبل رب الارض والعمل على المضاربة لم يكن ذلك على المضاربة بل كان للمضارب خاصة لما ذكرنا انه العقد عقد على منافع نفسه فكان بدل منافع نفسه فلا يستحقه رب المال وكذلك لو شرط البقر على المضارب لان العقد وقع على منفعته وانما البقر الة العمل والالة تبع ما لم يقع عليها العقد ولو دفع المضارب ارضا بغير بذر مزارعة جاز سوا قال له اعمل برايك او لم يقل لانه لم يقل شركة في مال المضارب المال وانما اجر ارضه والاجارة داخلة تحت عقد المضاربة واما القسم الذي للمضارب ان يعمله اذا قيل له اعمل برايك او لم ينص عليه فالمضاربة والمشاركة والخلط فله ان يدفع مال المضاربة مضاربة الى غيره وان يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان وان يخلط مال المضاربة بنفسه اذا قال له رب المال اعمل فيه برايك وليس له ان يعمل شيا من ذلك اذا لم يقل ذلك اما المضاربة فلان المضاربة مثل المضاربة والشي لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد كذا هذا واما الشركة فهي اولى ان لا يملكها بمطلق العقد لانها اعم من المضاربة والشي لا يستتبع مثله فما فوقه اولى واما الخلط فلانه يوجب في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز الا باذنه فان لم يقل ذلك فدفع المضارب مال المضاربة الى غيره فالامر لا يخلو من وجوه اما ان كانت المضاربتان صحيحتان واما ان كانت فاسدتان واما ان كانت احديهما صحيحة والاخرى فاسدة فان كانتا صحيحتين فان المال لا يكون مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع الى الثاني حتى لو هلك المال في يد الثاني قبل ان يعمل يهلك امانة وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يصير مضمونا بنفس الدفع عمل الثاني او لم يعمل واذا هلك قبل العمل يضمن وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه قول زفر ان رب المال اذا لم يقل للمضارب اعمل برايك لم يملك دفع المال الى غيره واذا دفع صار بالدفع مخالفا فصار مضمونا عليه كالمودع اذا اودع ولنا ان مجرد الدفع ايداع منه وهو يملك ايداع مال المضاربة فلا يضمن بالدفع ثم روى الحسن عن ابي حنيفة انه لا ضمان على الاول حتى يعمل به الثاني ويربح فاذا عمل به وربح كان ضامنا حين ربح فان عمل بالمال فلم يربح حتى ضاع من يده فلا ضمان عليه وروى محمد عن ابي يوسف انه لا ضمان عليه حتى يعمل بالثاني فاذا عمل ضمن ربح الثاني او لم يربح وهكذا روى بن سماعة والفضل بن غانم عن ابي يوسف وهو قول محمد وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وجه قولهما انه لما عمل فقد تصرف في المال بغير اذن المالك فيتعلق به الضمان سوا ربح او لم يربح ولابي حنيفة انه لا سبيل الى التضمين بالدفع لانه ايداع وابضاع ولا بالعمل لانه ما لم يربح فهو في حكم المبضع والمبضع لا يضمن بالعمل ولا يجوز ان يضمن بالشرط لانه مجرد قول ومجرد القول في ملك الغير لا يتعلق به ضمان لكنه اذا ربح فقد ثبت له شركة في المال باثبات المضارب الاول فصار الاول مخالفا فيضمن كما لو خلط مال المضاربة بغيره او شارك به واذا وجب الضمان بالعمل والربح او بنفس العمل على اختلافهم

بمال صح

في ذلك فرب المال بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني اما علي اصل
ابي يوسف ومحمد في المودع اذا اودع فظاهر لوجوب سبب وجوب الضمان من
كل واحد منهما لان الاول تعدي بالدفع والثاني تعدي بالقبض فصار عندهما
كالمودع اذا اودع واما علي اصل ابي حنيفة فيحتاج في مسلة الوديعة
فيحتاج الي الفرق لان الضمان عنده علي المودع لا علي الثاني وفي مسلة المضاربة
اثبت خيار تضمين الاول لان المضارب الثاني يعمل في المال لمنفعة نفسه وهو
الربح فكان عاملا لنفسه فجاز ان يضمن والمودع الثاني لم يقبض لمنفعة نفسه
بل لمنفعة الاول لحفظ الوديعة فلم يضمن فان ضمن المضارب الاول لا يرجع بما
ضمن علي الثاني وصحت المضاربة بين الاول وبين الثاني والربح علي ما شرطا لانه لما
تقرر الضمان علي الاول فقد ملك المضمون فصار كانه دفع مال نفسه مضاربة
الي الثاني وكان الربح علي ما شرطا لان الشرط قد صح وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن
علي الاول لان الاول غره بالعقد فصار مغرورا من جهته فكان له ان يرجع عليه
بما ضمن كمودع الغاصب وهو ضمان كفالة في الحقيقة لان الاول التزم له سلامة
المقبوض عن الضمان ولم يسلم بخلاف الرهن وهو ما اذا غصب رجل شيا فرهنه
فهلك في يد المرتهن فاختار المالك تضمين المرتهن انه يرجع علي الراهن بما ضمن
ولا يصح عقد الرهن ووجه الفرق ان قبض المرهون شرط صحة الرهن ولما ضمن
المرتهن تبين ان قبضه لم يصح فتبين ان الرهن لم يصح اذ لا صحة لها بدون القبض
واما في المضاربة فتضمين الثاني ابطال القبض بعد وجوده لان المضاربة
عقد جايز فكان لبقايه حكم الابتدا كانه ابتدا العقد بعد ادا الضمان فكان
التضمين ابطال القبض بعد وجوده وذلك لا يبطل المضاربة الا تري ان
ان المضارب لو باع المال من رب المال لا تبطل المضاربة وان بطل قبضه ولو رد
المرتهن الرهن علي الراهن يبطل الرهن لذلك افترقا وذكر ابن سماعة عن محمد انه
يطيب الربح للاسفل ولا يطيب للاعلي في قياس قول ابي حنيفة لان استحقاق
الاسفل بعمله ولا حظر في عمله فيطيب له الربح فاما الاعلي فانما يستحق الربح براس
المال والمالك في راس المال انما حصل له بالضمان فلا يخلوا عن نوع خبث فلا
يطيب له ٥ وان كانتا فاسدتين فلا ضمان علي واحد منهما لان الاول اجير في مال
المضاربة والثاني اجير للاول فصار كمن استاجر رجلا يعمل في ماله فاستاجر
الاجير رجلا ٥ وان كانت احديهما صحيحة والاخري فاسدة وان كانت الاولي
صحيحة والاخري فكذلك لا ضمان علي واحد منهما وان عمل المضارب في المال
لان المضارب الثاني اجير الاول والاجير لا يستحق شيا من الربح فلم يثبت
له شركة في راس المال فلا يجب الضمان علي الاول ولا علي الثاني لانه لا ضمان علي الاجير
وله اجر مثله علي المضارب الاول وللمضارب الاول ما شرط له من الربح لوقوع
المضاربة صحيحة وان كانت الاولي فاسدة والثانية صحيحة فكذلك لان الاول اجير
في مال المضاربة ولا حق له في الربح فلم ينفذ شرطه فيه فلا يلزمه ضمان انما الضما
الضمان اذ ان الضمان انما يجب باثبات الشركة ويكون الربح كله لرب المال لانه ربح
حصل في مضاربة فاسدة وللمضارب الاول اجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكانه
عمل بنفسه وللثاني مثل ما شرط له من الربح لانه عمل بمضاربة صحيحة وقد سمي له شيا

هو مستحق للغير فيضمن هذا اذا لم يقل له رب المال اعمل برايك فاما اذا قال له
ذلك فله ان يدفع مال المضاربة مضاربة الي غيره لانه قد فوض الراي اليه وقد راي
ان يدفعه مضاربة فكان له ذلك ثم اذا عمل الثاني وربح كيف يقسم الربح فجملة
الكلام فيه ان رب المال لا يخلوا اما ان اطلق الربح في عقد المضاربة ولم يضف
الي المضارب بان قال علي ان ما رزق الله من ربح فهو بيننا نصفان او قال ما اطعم
الله من ربح فهو بيننا نصفان واما ان اضافه الي المضارب بان قال علي ان ما
رزقك الله من ربح فهو بيننا نصفان او ما اطعمك الله تعالي من ربح او علي ان ما
ربحت من شي او ما اصبت من ربح فان اطلق الربح ولم يضفه الي المضارب
ثم دفع المال الاول المضارب الاول الي غيره مضاربة بالثلث فربح الثاني
فثلث الربح للثاني لان شرط الاول للثاني قد صح لانه يملك نصف الربح فكان ثلث
جميع بعض الربح ما يستحقه الاول فجاز شرطه فكان ثلث جميع الربح للثاني ونصف
لرب المال لان الاول لا يملك من نصيب رب المال شيا فانصرف شرطه
الي نصيبه لا الي نصيب رب المال وبقي نصيب رب المال علي حاله وهو
النصف وسدس الربح لانه لم يجعله للثاني فبقي له بالعقد الاول ويطيب له
ذلك لان عمل المضارب الثاني وقع له فكانه عمل بنفسه كمن استاجر انسانا
علي خياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من خاطه بنصف درهم طاب له الفضل
لان عمل اجيره وقع له فكان عمل بنفسه كذا هذا ولو دفع الي الثاني مضاربة
بالنصف فنصف الربح للثاني ونصفه لرب المال ولا شي للمضارب الاول
لانه جعل جميع ما يستحقه وهو نصف الربح للثاني وصح جعله لانه مالك للنصف
والنصف لرب المال بالعقد الاول وصار كمن استاجر رجلا علي خياطة ثوب
بدرهم فاستاجر الاجير من خاطه بدرهم ولو دفعه اليه مضاربة بالثلثين
فنصف الربح لرب المال ونصفه للمضارب الثاني ويرجع الثاني علي الاول
بمثل سدس الربح الذي شرط له لان شرطه الزيادة ان لم ينفذ في حق رب المال
لما لم يرض لنفسه باقل من نصف الربح فقد صح فيما بين الاول والثاني لان الاول
غر الثاني بتسمية الزيادة والغرور في العقود من اسباب وجوب الضمان
وهو في الحقيقة ضمان الكفالة وهو ان الاول صار ملتزما سلامة هذا القدر
للثاني ولم يسلم فيغرم للثاني مثل سدس الربح ولا يصير بذلك مخالفا كمن استاجر
رجلا لخياطة ثوب بدرهم فاستاجر الاجير من يخيطه بدرهم ونصف انه يضمن
زيادة الاجرة كذا هذا وان اضافه الي المضارب فدفعه الاول مضاربة الي
غيره بالثلث او بالنصف او بالثلثين فجميع ما شرط للثاني من الربح يسلم له
وما شرط للمضارب الاول من الربح يكون بينه وبين رب المال نصفين
بخلاف الفصل الاول ووجه الفرق ان هاهنا شرط رب المال لنفسه نصف
ما رزق الله تعالي المضارب او نصف ما ربح المضارب فاذا دفعه الي الثاني
مضاربة بالثلث فان الذي رزق الله المضارب الاول الثلثين فكان
الثلث للثاني والثلثان بين رب المال والمضارب الاول نصفين لكل
لكل واحد منهما الثلث واذا دفعه مضاربة بالنصف كان ما رزق الله تعالي
المضارب الاول النصف فكان النصف للثاني والنصف بينهما نصفين

وان دفعه مضاربة بالثلثين كان الذي رزقه الله تعالى فالثلثان للثاني
والثلث بينهما لكل واحد منهما السدس وفي الفصل الاول رب المال انما
شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى ونصف جميع الربح وذلك ينصرف الى
كل الربح وكذا له ان يخلط مال المضاربة بمال نفسه لانه فوض الراي اليه وقد
راى الخلط واذا ربح قسم الربح على المالين فربح ماله يكون له خاصة وربح مال
المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذا له ان يشارك غيره شركة عنان لما قلنا
ويقسم الربح بينهما على الشرط لان الشرط قد صح واذا قسم الربح بينهما يكون مال
المضاربة مع حصة المضارب فيستوفي منها رب المال راس ماله وما فضل يكون
بينهما على الشرط ٭ واما القسم الذي ليس للمضارب ان يفعله اصلا وراسا
فشرا ما لا يملك بالقبض وما لا يجوز بيعه فيه اذا قبضه اما الاول فنحو شرا
الميتة والدم والخنزير والخمر وام الولد والمكاتب والمدبر لان المضاربة
تتضمن الاذن بالتصرف الذي يحصل به الربح والربح لا يحصل الا بالشرا والبيع
فما لا يملك بالشرا لا يحصل فيه الربح وما يملك بالشرا لكن لا يقدر على بيعه
لا يحصل منه الربح ايضا فلا يدخل تحت الاذن فان اشترى شيا من ذلك كان
مشتريا لنفسه لا للمضاربة فان دفع فيه شيا من مال المضاربة يضمن وان
اشترى عبدا او ثوبا او عرضا من العروض بشي مما ذكرنا فجعله الميتة والدم
فالشرا على المضاربة لان المبيع هاهنا مما يملك بالقبض ويجوز بيعه فكان هذا
شرا فاسدا والاذن بالشرا المستفاد بعقد المضاربة يتناول الصحيح والفاسد
فاما اذا كان الثمن ميتة او دما فما اشتراه لا يكون المشترا للمضاربة بل يكون
مشتريا لنفسه لانه لو وقع شراوه للمضاربة لعتق على رب المال فلا يقدر
على بيعه بعد ذلك فلا يحصل المقصود من الاذن فلا يحصل تحت الاذن ولو
اشترى ذا رحم محرم من نفسه فان لم يكن في المال ربح فالشرا على المضاربة
لانه لا ملك له فيه فيقدر على بيعه فيحصل المقصود وان كان في المال ربح
لم يكن الشرا على المضاربة لانه اذا كان في المضاربة ربح يملك قدر نصيبه
من الربح فيعتق ذلك القدر عليه فلا يقدر على بيعه ولا على بيع الباقي
لانه معتق البعض وما لا يقدر على بيعه لا يكون للمضاربة والله اعلم ٭ واما
المضاربة المقيدة فحكمها حكم المضاربة المطلقة في جميع ما وصفنا لا يفترقان
الا في قدر القيد والاصل فيه ان القيد اذا مفيدا يثبت لان الاصل في
الشروط اعتبارها ما امكن واذا كان القيد مفيدا كان يمكن الاعتبار فيعتبر
لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم فيتقيد بالمذكور ويبقى
مطلقا فيما وراه كالعام اذا خص منه بعضه انه يبقى عاما فيما وراه وان لم
يكن مفيدا لا يثبت بل يبقى مطلقا لان ما لا فايدة فيه يلغوا ويلحق بالعدم اذا عرف
هذا فنقول اذا دفع الرجل الى رجل الفا مضاربة على ان يعمل بها بالكوفة فليس له
ان يعمل بها في غير الكوفة لان قوله على ان من الفاظ الشروط وانه شرط لان
الاماكن تختلف بالرخص والغلا وكذا في السفر خطر فيعتبر وحقيقة الفقه
في ذلك ان الاذن كان عدما وانما يحدث بالعقد فيبقى فيما تناوله العقد
على اصل العدم وكذا لا يعطيها بضاعة لمن يخرج بها من الكوفة لانه اذا لم

يملك

يملك الاخراج بنفسه فلان لا يملك الامر بذلك اولى وان اخرجها من الكوفة
فان اشترى بها وباع ضمن وكان الشرا لنفسه له ربحه وعليه وضيعته لانه تصرف
لا على الوجه الماذون فيه فصار مخالفا فيضمن وان لم يشتر بها شيا حتى ردها
من الكوفة بري من الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ولو اشترى
ببعضه ببعضه ورد بعضه فما اشتراه فهو له وما رد رجع به على المضاربة
لانه تقرر الخلاف في المشترا وزال عن القدر المردود ولو دفع اليه على ان
يعمل في سوق الكوفة فعمل بالكوفة في غير سوقها فهو جايز على المضاربة
استحسانا والقياس ان لا يجوز وجه القياس انه شرط عليه العمل في مكان معين
فلا يجوز في غيره كما لو شرط ذلك في بلد معين وجه الاستحسان ان التعليق
بسوق الكوفة غير مفيد لان البلد الواحد بمنزلة بقعة واحدة فلا فايدة
في التعليق بهذا الشرط فيلغوا الشرط ولو قال اعمل في سوق الكوفة ولا
تعمل به الا في سوق الكوفة فعمل في غير السوق يضمن لان قوله لا تعمل الا
في سوق الكوفة حجر عليه فلا يجوز تصرفه بعد الحجر وفي الفصل الاول
ما حجر عليه بل شرط عليه ان يكون عمله في السوق والشرط غير مفيد
فلغا ولو قال خذ المال تعمل به في الكوفة لم يجز له العمل في غيرها لان
في كلمة ظرف فقد جعل الكوفة ظرفا للتصرف الذي اذن له فيه فلو جاز في غيرها
لم تكن الكوفة ظرفا لتصرفه وكذلك اذا قال فاعمل به في الكوفة لما قلنا
لان الفا من حروف التعليق فيوجب تعلق ما قبلها بما بعدها وانما يتعلق
اذا لم يجز التصرف في غيرها وكذلك اذا قال خذ هذا المال بالنصرف
بالكوفة لان البا حرف الصاق فيقتضي التصاق الصفة بالموصوف
وهذا يمنع جواز التصرف في غيرها ولو قال خذ هذا المال مضاربة واعمل
به في الكوفة فله ان يعمل بالكوفة وحيث ما بدا له لان قوله خذ هذا المال
مضاربة اقرار بالتصرف مطلقا وقوله اعمل به في الكوفة اذن بالكوفة
فكان له ان يعمل في اي موضع شا كمن قال لغيره اعتق عبدا من عبيدي
ثم قال له اعتق عبدي سالما ان له ان يعتق اي عبد شا ولا يتقيد
التوكيل باعتاق سالم كذا هذا اذ المضاربة توكيل بالشرا والبيع ولو
قال خذ هذا المال مضاربة سنة جاز المضاربة عندنا وقال الشافعي
المضاربة فاسدة وجه قوله انه اذا وقت المضاربة فقد يحتمل انه لا يجد زبونا
في الوقت فلا يفيد العقد فايدته ولنا ان المضاربة توكيل والتوكيل
يحتمل التخصيص بوقت دون وقت وذكر الطحاوي وقال لم نجد عن
اصحابنا توقيت المضاربة وقياس قولهم في الوكالة انها لا تختص بالوقت
لانهم قالوا لو وكل رجلا يبيع عبده اليوم فباعه غدا جاز كالوكالة المطلقة
وما قاله ليس بسديد لانهم قالوا في الوكيل اذا قال له بعه اليوم ولا
تبعه غدا جاز ذلك ولم يكن له ان يبيعه غدا وكذا اذا قال له على ان تبيعه
اليوم دون غد ولو قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف على ان تشتري
به الطعام او قال فاشتر به الطعام او قال تشتري به الطعام او قال
خذ هذا المال مضاربة بالنصف في الطعام فذلك كله سوا وليس له ان

يشتري سوي ذلك بالاجماع لما ذكرنا ان علي ان للشرط والاصل في الشرط المذ
في الكلام اعتباره والفا للتعليق ما قبلها بما بعدها وقوله تشتري به الطعام
تفسير التصرف الماذون فيه وقوله في الطعام ففي كلمة ظرف فاذا دخلت علي
ما لا يصلح ظرفا يصير بمعني الشرط وكل ذلك يقتضي التقييد بالشرط المذكور
وانه شرط مفيد لان بعض انواع التجارة قد يكون اقرب الي المقصود من البعض
وكذا الناس قد يختلفون في ذلك فقد يهتدي الانسان الي بعض التجارة دون
بعض فكان الشرط مفيدا فيتقيد به فلا يملك ان يشتري غير الطعام والطعام
هو الحنطة ودقيقها اذ لا يراد به كل ما يطعم بل البعض دون البعض والامر
يختلف باختلاف عادة البلدان فاسم الطعام في عرفهم لا يطلق الا علي الحنطة
ودقيقها وكذلك لو ذكر جنسا اخر بان قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف
علي ان تشتري به الدقيق والخز والبز وغير ذلك ليس له ان يعمل في غير ذلك
الجنس بلا خلاف لكن له ان يشتري ذلك الجنس في المصر وغيره وان يبضع
فيه وان يعمل فيه جميع ما يعمله المضارب في المضاربة المطلقة لما ذكرنا
ان اللفظ المطلق اذا قيد ببعض الاشيا يبقي علي اطلاقه فيما وراه ولو قال
له ان تشتري من فلان وتبيع منه جاز عندنا وهو علي فلان خاصة ليس
له ان يشتري ويبيع من غيره وقال الشافعي المضاربة فاسدة لان في تعيين
الشخص تضييق طريق الوصول الي المقصود من التصرف وهو الربح وتغيير
لمقتضي العقد ايضا لان مقتضي العقد التصرف مع من شا ولنا ان هذا
شرط مفيد لاختلاف الناس في الثقة والامانة لان الشرا من بعض الناس
قد يكون له ربح لكونه سهل البيع وقد يكون اوثق علي المال فكان التقييد مفيدا
كالتقييد بنوع دون نوع وقوله التعيين تغيير مقتضي العقد قلنا هو
تغيير مقتضي مطلق العقد لا مطلق عقد مفيد وهذا مقيد قال ابن سماعة
سمعت محمدا رحمه الله قال في رجل دفع الي رجل مالا مضاربة فقال له ان اشتريت
به الحنطة فلك من الربح ولي النصف وان اشتريت به الدقيق فلك الثلث
ولي الثلثان قال هذا جايز وله ان يشتري اي ذلك شا علي ما سمي له رب
المال لانه خيره بين عملين مختلفين فيجوز كما لو خير الخياط بين خياطة
الرومية والفارسية ولو دفع اليه علي انه ان عمل في المصر فله ثلث الربح وان
سافر فله النصف جاز والربح بينهما علي ما شرطا ان عمل في المصر فله الثلث وان
سافر فله النصف ولو اشتري في المصر وباع في السفر او اشتري في السفر
وباع في المصر فقد روي عن محمد انه قال المضاربة في هذا علي الشرا فان
اشتري في المصر فالربح في ذلك المتاع فهو علي ما شرط في المصر سوا باعه في المصر
او في غيره لان المضارب انما يستحق الربح بالعمل والعمل يحصل بالشرا فاذا اشتري
في المصر تعين احد العملين فلا يتغير بالسفر وان عمل ببعض المال في السفر
وبالبعض في المصر فربح كل واحد من المالين علي ما شرط لا محالة ولو قال علي ان
يشتري من اهل الكوفة ويبيع فاشتري وباع من رجال بالكوفة من غير اهلها
فهو جايز لان هذا الشرط لا يفيد الا ترك السفر كانه قال علي ان يشتري ممن
بالكوفة وكذلك اذا دفع اليه مالا مضاربة في الصرف علي ان يشتري من

الصيارفة

الصيارفة ويبيع كان له ان يشتري من غير الصيارفة ما بدا له بالصرف لان
التقييد بالصيارفة لا يفيد الا تخصيص البلد في النوع ولو دفع اليه مالا
مضاربة ثم قال بعد ذلك اشتر به البز وبع فله ان يشتري البز وغيره
لان هذا قوله خذ هذا المال مضاربة واعمل فيه بالكوفة سوا الا ان القيد
هناك مقارن وهاهنا متراخي وذكر القدوري ان هذا محمول علي انه نهاه بعد
الشرا والحكم في التقييد الطاري علي مطلق العقد انه ان كان ذلك قبل الشرا
يعمل وان كان بعدما اشتري به لا يعمل ولو دفع اليه مالا مضاربة علي ان يشتري
ويبيع بالنقد جاز لان التقييد مفيد ولو قال له بع بنسيئة ولا تبع بالنقد
فباع بالنقد جاز لان النقد انفع من النسيئة فلم يكن التقييد بها مفيدا فلا
يثبت القيد فصار كما لو قال للوكيل بع بعشرة فباع باكثر منها جاز كذا هذا
والله اعلم واما الذي يرجع الي عمل رب المال مما له ان يعمله ومما ليس
له ان يعمله فقد قال اصحابنا اذا باع رب المال مال المضاربة بمثل قيمته
او اكثر جاز بيعه واذا باع باقل من قيمته لم يجز الا ان يجيزه المضارب سوا
باع من قيمته مما لا يتغابن الناس فيه او مما يتغابن الناس فيه لان جواز بيع
رب المال من طريق الاعانة للمضارب وليس من الاعانة ادخال القبض
عليه بل هو استهلاك فلا يحتمل قل او كثر وعلي هذا لو كان المضارب اثنين فباع
احدهما باذن رب المال لم يجز ان يبيعه الا بمثل القيمة او اكثر الا ان يجيز
المضارب الاخر لان احد المضاربين لا ينفرد بالتصرف بنفس العقد
بل باذن رب المال وهو لا يملك التصرف فيه اذا كان فيه غبن فلا يملك
الامر به واذا اشتري المضارب بمال المضاربة متاع وفيه فضل او لا
فضل فيه فاراد رب المال بيع ذلك فابي المضارب واراد امساكه حتي
يجد ربحا فان المضارب يجبر علي بيعه الا ان يشا ان يدفعه الي رب المال
لان منع المالك عن تنفيذ ارادته في ملكه بحق يحتمل الثبوت والعدم وهو
الربح لا سبيل اليه ولكن يقال له ان اردت الامساك فرد عليه ماله وان كان
فيه ربح يقال له ادفع اليه راس المال وحصته من الربح ويسلم المتاع لك
ولو اخذ رجل مالا ليعمل لاجل ابنه مضاربة فان كان الابن صغيرا لا يعقل
البيع فالمضاربة للاب ولا شي للابن من الربح لان الربح في باب المضاربة يستحق
بالمال او بالعمل وليس للابن واحد منهما وان كان الابن يقدر علي العمل
فالمضاربة للابن والربح له ان عمل الاب بامر الابن فهو متطوع وان عمل بغير
اذنه صار بمنزلة الغاصب لانه ليس له ان يعمل فيه بغير امر مضاربه
كالاجنبي وقد قالوا في المضارب اذا اشتري جارية فليس لرب المال ان
يطاها سوا كان فيه ربح او لم يكن اما اذا كان فيه ربح فلا شك فيه لان المشتري
فيها ملكا ولا يجوز وطي الجارية المشتركة وان يكن فيها ربح فللمضارب فيها حق
نسبة الملك بدليل ان رب المال لا يملك منعه من التصرف ولو مات
كان للمضارب ان يبيعها فصارت كالجارية المشتركة ويجوز شرا رب المال من
المضارب وشرا المضارب من رب المال في قول اصحابنا الثلاثة وقال
زفر لا يجوز الشرا بينهما في مال المضاربة وجه قول زفر ان هذا شرا ماله

بماله وبيع ماله بماله اذ المال ان جميعا لرب المال وهذا لا يجوز كالموكل مع الوكيل
ولنا ان لرب المال في مال المضاربة ملك رقبة لا ملك تصرف فالتحق ملكه في حق
ملك التصرف بملك الاجنبي وللمضارب فيه ملك التصرف لا ملك الرقبة فكان
في حق ملك الرقبة كملك الاجنبي حتى لا يملك رب المال منعه عن التصرف فكان
مال المضاربة في حق كل واحد منهما كمال الاجنبي فجاز الشرا بينهما ولو اشترى
المضارب دارا ورب المال شفيعها بدار اخرى بجنبها فله ان ياخذ بالشفعة
لان المشترا وان كان له في الحقيقة لكنه في الحكم كانه ليس له بدليل انه لا يملك
انتزاعه من يد المضارب ولهذا اجاز شراوه من المضارب ولو باع المضارب
دارا من المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له سوا كان في الدار المبيعة
ربح وقت البيع او لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب بالبيع والوكيل
ببيع الدار اذا باع لا يكون للموكل الاخذ بالشفعة وان كان فيها ربح فا ما حصة
رب المال فكذلك هو وكيل ببيعها واما حصة المضارب فلانا لو اوجبنا فيها
الشفعة لتفرقت الصفقة على المشتري ولان الربح تابع لراس المال فاذا لم تجب
الشفعة في المتبوع لا تجب في التابع ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب
شفيعها بدار اخرى من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفا بثمن
الدار لم تجب الشفعة لانه لو اخذ بالشفعة لوقع لرب المال والشفعة لا تجب
لبايع الدار وان لم يكن في يده وفا فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة لان اخذها
لرب المال وان كان فيه ربح فللمضارب ان ياخذها لنفسه بالشفعة لان له
نصيبا في ذلك فجاز ان ياخذها لنفسه ولو ان اجنبيا اشترى دارا الى
جنب دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفا بالثمن فله ان ياخذها
للمضاربة وان سلم الشفعة بطلت وليس لرب المال ان ياخذها لنفسه
لان الشفعة وجبت للمضاربة وملك التصرف في المضاربة للمضارب فاذا
سلم جاز تسليمه على نفسه وعلى رب المال وان لم يكن في يده وفا فان كان في
الدار ربح فالشفعة للمضارب ولرب المال جميعا فان سلم احدهما فللاخر
ان ياخذها جميعا لنفسه بالشفعة كدار بين شريكين وجبت الشفعة لهما
وان لم يكن في الدار ربح فالشفعة لرب المال خاصة لانه لا نصيب للمضارب
فيه قال ابو يوسف اذا استاجر الرجل اجيرا كل شهر بعشرة دراهم ليشتري
له ويبيع ثم دفع المستاجر الى الاجير دراهم مضاربة فالمضاربة فاسدة والربح
كله للدافع ولا شي للاجير سوى الاجرة وقال محمد المضاربة جايزة ولا شي
للاجير في الوقت الذي يكون مشغولا بعمل المضاربة وجه قول محمد انه لما دفع
اليه المضاربة فقد اتفقا على ترك الاجارة ونقضها فما دام يعمل بالمضاربة فلا
اجر له ولان المضاربة شركة ولهذا لا يفتقر الى التوقيت ولو شاركه بعد ما
استاجره جازت الشركة فكذلك المضاربة ولابي يوسف انه لما استاجره فقد
ملك عمله فاذا دفعه مضاربة فقد شرط للمضارب ربحا بعمل قد ملكه رب
المال وهذا لا يجوز ولان المضارب يعمل لنفسه فلا يجوز ان يستوجب الربح والاجر
ولا يجوز ان ينتقض الاجارة بالمضاربة لان الاجارة اقوى من المضاربة لانها
لازمة والمضاربة ليست بلازمة والشي لا ينتقض بما هو اضعف منه وما

ذكره محمد ان المضاربة شركة فالجواب ان الشريك يستحق الربح بالمال والمضارب
بالعمل ورب المال قد ملك العمل فلا يجوز ان يستحق المضارب به الربح ولان الشريك
يعمل لنفسه فكانه امتنع من عمل الاجارة فسقط عنه الاجرة بحصته والمضارب
يعمل لرب المال فبقي عمله على الاجارة ولو اشترى المضارب بمال المضاربة
وهو الف عبدا قيمته الف فقتل عمدا فلرب المال القصاص لان العبد ملكه
على الخلوص لا حق للمضارب فيه وان كانت قيمته الفين لم يكن فيه قصاص وان
اجتمعا لان ملك كل واحد منهما لم يتعين اما رب المال فلان راس ماله ليس هو
العبد وانما هو الدراهم ولو اراد ان يعين راس ماله في العبد كان للمضارب
ان يمنعه من ذلك حتى يبيع ويدفع اليه من الثمن واذا لم يتعين ملكهما في العبد
لم يجب القصاص لواحد منهما وان اجتمعا تؤخذ قيمة العبد من القاتل
في ماله في ثلاث سنين لان القصاص سقط في القصا القتل العمد لمانع مع وجوب
السبب فتجب الدية في ماله ويكون الماخوذ على المضاربة يشتري به المضارب
ويبيع لانه بدل مال المضاربة فيكون على المضاربة كالثمن وذكر محمد في النوادر
اذا كان في يد المضارب عبدان قيمة كل واحد الف فقتل رجل الف احد
العبدين عمدا لم يكن لرب المال عليه قصاص لان ملك رب المال لم يتعين
في العبد المقتول على ما بينا وعلى القاتل قيمته في ماله ويكون في المضاربة
لما قلنا ثم في كل موضع وجب بالقتل القصاص خرج العبد عن المضاربة
وفي كل موضع وجب بالقتل مال فالمال على المضاربة لان القصاص اذا استوفي
فقد هلك مال المضاربة وهلاك مال المضاربة يوجب بطلان المضاربة
والقيمة بدل مال المضاربة فكانت على المضاربة كالثمن قال محمد رحمه الله
واذا اشترى المضارب ببعض مال المضاربة عبدا يساوي الفا فقتله
رجل عمدا فلا قصاص فيه لا لرب المال ولا للمضارب ولا لهما اذا اجتمعا
اما رب المال فلانه اذا استوفي القصاص لا يصير مستوفيا لراس المال
بالقصاص لان القصاص ليس بمال ولهذا لو عفا المريض كان من جميع المال
واذا لم يصر مستوفيا راس ماله ليستوفي راس المال من بقية راس المال
واذا استوفي تبين ان العبد كان ربحا فتبين انه انفرد باستيفا القصاص
عن عبد مشترك واما المضارب فلانه لم يتعين له فيه ملك ولا يجوز لهما
الاجتماع على الاستيفا لهذا المعنى وهو ان حق كل واحد منهما غير متعين واختلف
اصحابنا في القتل العمد اذا ادعي على عبد المضاربة انه هل يشترط حضور المولى
لسماع البينة قال ابو حنيفة ومحمد يشترط وقال ابو يوسف لا يشترط وجه
قوله ان العبد في باب القصاص يبقى على اصل الحرية بدليل انه لو اقر به يجوز
اقراره وان كذبه المولى فلا يقف سماع البينة عليه على حضور المولى كالحر ولهما
ان هذه البينة يتعلق بها استحقاق رقبة العبد فلا تسمع مع غيبة المولى
كالبينة القايمة على استحقاق الملك والبينة القايمة على جناية الخطا
وفرقا لو اجمعا لو اقر العبد بقتل عمد فكذبه المولى والمضارب لزمه القصاص
لان الاقرار بالقصاص مما لا يملكه المولى من عبده وهو مما يملك فيملكه العبد
كالطلاق وان كان الدم بين شريكين وقد اقر به العبد فعفا احدهما فلا

شي للاخر لان موجب الجناية انقلب مالا واقرار العبد غير مقبول في حق المال فصار كانه اقر بجناية الخطا فان كان المضارب صدقه وكذبه رب المال قيل للمضارب ادفع نصيبك او افده وصار كاحد الشريكين اذا اقر العبد بجناية وكذبه الاخر واما وجوب القصاص على عبد المضاربة وان لم يجب بقتله القصاص لان عدم الوجوب بقتله لكونه مستحق الدم غير معين فاذا كان هو القاتل فالمستحق للقصاص هو ولي القتل وانه متعين وتجوز المرابحة بين رب المال وبين المضارب وهو ان يشتري رب المال من مضاربه فيبيعه مرابحه ويشتري المضارب من رب المال فيبيعه مرابحه لكن يبيعه على اقل الثمنين الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شا وانما كان كذلك لان جواز شرا رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ثبت محد ولا عن القياس لما ذكرنا ان رب المال يشتري مال نفسه بمال نفسه والمضارب يبيع مال رب المال من رب المال اذ المال لان ماله والقياس يابى ذلك الا انا استحسنا الجواز لتعلق حق المضارب بالمضارب وهو ملك التصرف فجعل ذلك بيعا في حقهما لا في حق غيرهما ملحقا بالعدم ولان المرابحة بيع بخبر البايع من غير بينة واستحلاف فيجب صيانته عن الخيانة وعن تهمة الخيانة ما امكن وقد تمكنت التهمة في البيع بينهما لجواز ان رب المال باعه من المضارب باكثر من قيمته ورضي به المضارب لان الجود بمال الغير امر سهل فكانت تهمة الخيانة ثابتة والتهمة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة فلا يبيع مرابحة الا على اقل الثمنين وبيان ذلك في مسايل اذا دفع الي رجل الف درهم مضاربة فاشتري رب المال عبدا بخمسماية فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه مرابحة على اقل الثمنين وذلك خمسماية الا اذا بين الالف على وجهه فانه يبيعه كيف شا لان المانع هو التهمة وقد زالت ولو اشتري المضارب عبدا بالف المضاربة فباعه من رب المال بالف ومايتين باعه رب المال مرابحة بالف وماية ان كانت المضاربة بالنصف لان الربح ينقسم بين رب المال والمضارب ولا شبهة في حصة المضارب لانه لاحق فيه لرب المال فكان رب المال اشتري ذلك من اجنبي وتمكنت الشبهة في حصة رب المال لانه ماله بعينه فكانه اشتري من نفسه فتسقط حصته من الربح الا اذا بين الامر على وجهه فيبيعه كيف شا ولو اشتري رب المال سلعة بالف درهم تساوي الفا وخمسماية فباعها من المضارب بالف وخمسماية فان المضارب يبيعها مرابحة بالف ومايتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه لما ذكرنا وقال بن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف في مسلة المضاربة وهو احزما قال اذا اشتري رب المال عبدا بالف فباعه من المضارب بماية وراس المال الف في يد المضارب فان المضارب يبيعه على ماية وكذلك لو اشتراه المضارب بالف فباعه من رب المال بماية فباعه رب المال بماية يبيعه ابدا على اقل الثمنين القيمتين لانه لا تهمة في الاقل وانما التهمة في

الزيادة

الزيادة فيثبت مالا تهمة فيه ويسقط ما فيه تهمة ولو اشتراه رب المال بخمسماية فباعه من المضارب بالف وماية فانه يبيعه مرابحه على خمسماية وخمسين لان الماية الزايدة على الالف ربح فنصفها للمضارب وما اشتراه المضارب من رب المال لنفسه لا تهمة فيه فيضم حصته من الربح الى القدر الذي اشتري رب المال به ويسقط خمسماية لانها نصيب رب المال ويسقط خمسون لانها حق رب المال من الربح فيبيعه مرابحة على خمسماية وخمسين ولو اشتراه المضارب بستماية باعه مرابحة بخمسماية لانه لا فضل في ثمنه على راس المال فيسقط كل الربح ويباع على اقل الثمنين والاصل ان المضارب لا يحتسب شيا من حصته نفسه حتى يكون ما نقد اكثر من الف فيحتسب من حصته نصف ما زاد على الف لانه اذا لم يزد على الف بان اشتري بمثل راس المال او باقل منه وله في المال ربح لم يتعين له في التراحق لكونه مشغولا براس المال فلا يظهر له الربح كانه اشتري ولا ربح في يده وعلى هذا القياس يجري المسايل فمتي كان شرا المضارب باقل الثمنين فان كان للمضارب حصة ضمها الى اقل الثمنين واذا اشتري رب المال من المضارب يبيعه على اقل الثمنين ويضم اليه حصة المضارب ولو كان المضارب اشتراه بخمسماية ثم باعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه بالف وخمسماية راس المال وخمسماية حصة من المضارب من الالفين لان نصيب رب المال من الثمن الف وخمسماية فيسقط الزيادة فيها على راس المال وهو الف ويبقى من نصيب رب المال خمسماية ونصيب المضارب خمسماية ورب المال فيها كالاجنبي فيبيعه مرابحة على الف ولو كان المضارب اشتراه بالف وباعه من رب المال بالفين باعه رب المال بالف وخمسماية لان الالف راس المال وخمسماية نصيب المضارب ورب المال فيهما كالاجنبي وخمسماية نصيب رب المال فيجب اسقاطها قال بن سماعة وروي عن ابي يوسف انه قال وهو قوله الاخير ان رب المال اذا اشتري عبدا بعشرة الالف ثم باعه من المضارب بماية باعه المضارب مرابحة على ماية وكذلك لو اشتري المضارب بعشرة الاف فباعه من رب المال بماية باعه رب المال مرابحة على ماية لان البيع على اقل الثمنين لا تهمة فيه ولانه اشتراه باقل الثمنين فلا يجوز ان يزيد على الثمن الذي اشتراه فان قيل كيف يجوز للمضارب الحط على قول ابي يوسف فالجواب انه لا يجوز حطه عند ابي يوسف ومحمد لحق رب المال فاذا باع من رب المال وحط فقد رضي رب المال بذلك فجاز واما على قول ابي يوسف الاول الذي اشار اليه بن سماعة فهو ان الحط لا يجوز لانه قال اذا كان راس المال الف فربح فيها الفا ثم اشتري بالفين جارية ثم باعها من رب المال بالف وخمسماية فان رب المال يبيعها مرابحة على الف وسبعماية وخمسين لان المضارب حط من الثمن خمسماية نصفها من نصيبه ونصفها من مال المضاربة وهو يملك في حق نصيبه ولا يملك ذلك في مال المضاربة في قول ابي يوسف ومحمد فلم يصح حط نصيب رب المال فلذلك باع مرابحة على الف وسبعماية وخمسين

فينبغي على هذا القول اذا باع مرابحة ان يقول قامت علي بكذا ولا يقول اشتريتها
بكذا لان الزيادة لحقت بالثمن حكما والشرا ينصرف الي ما وقع العقد به والصحيح
قوله الاخير لما ذكرنا ان عدم جواز الحط في مال المضاربة لحق رب المال
فاذا اشتري هو فقد رضي بذلك فكانه اذن للمضارب ان يبيعه بنقصان
لاجنبي وذكر محمد رحمه الله في كتاب المضاربة لو اشتري رب المال عبدا
بالف وخمسماية يسقط من ذلك ربح رب المال ويبيع علي راس المال وربح
المضارب لما بينا ولو كان رب المال اشتري العبد بخمسماية والعبد يساوي
الفين فباعه من المضارب بالفين فان المضارب يبيعه مرابحة لان راس
المال خمسماية ونصيب المضارب من المال خمسماية وماسوي ذلك ربح رب
المال فلا يثبت حكمه علي ما بينا فيما تقدم الا اذا تبين الامر علي وجهه فيبيعه
كيف شا لان المانع من البيع بجميع الثمن التهمة فاذا بين فقد زالت التهمة
فيجوز البيع ولو اشتراه رب المال بالف وقيمته الف فباعه من المضارب
بالفين الف مضاربة والف ربح فان المضارب يبيعه مرابحة علي الف لانه
لما اشتري ما قيمته الف ذهب ربحه فلم يبق له في المال حصة وصار
كله مال رب المال فباعه علي راس ماله ولو كان رب المال اشتراه
بخمسماية والمسلة علي حالها فان المضارب علي مرابحه علي خمسماية لانه لم
يبق للمضارب فصار شرا مال رب المال بعضه ببعض فيبيعه علي راس
المال الاول ولو كان رب المال اشتراه بالفين وقيمته الف فباعه
من المضاربة بالفين فان المضارب يبيعه بالف ولا يبيعه علي اكثر من ذلك
لان قيمته الف فليس فيه ربح يبيعه عليه ولان رب المال لما باعه بالفين
ما يساوي الفا وهما متهمان في حق الف في العقد فصار كانه اخذ الفا لا
علي طريق البيع وباعه العبد بالف فلا يبيعه علي اكثر من ذلك ولو كان
العبد يساوي الفا وخمسماية والمسلة بحالها وقد اشتراه بالف واراد
المضارب ان يبيعه مرابحة باعه مرابحة علي الف ومائتين وخمسين
لان في العبد ربحا للمضارب ونصيبه من الربح وذكر محمد رحمه الله في
الاصل اذا اشتري المضارب عبدا بالف درهم مضاربه فباعه من رب
المال بالفين ثم ان رب المال باعه من اجنبي مساومة بثلاثة الاف ثم
اشتراه المضارب من الاجنبي بالفي درهم فاراد ان يبيعه مرابحة لم يجز له
ذلك في قول ابي حنيفة الا ان يبين له الامر علي وجهه وفي قول ابي يوسف
ومحمد يبيعه مرابحة علي الفين وهذه فريعة مسلة مذكورة في البيوع
وهي ما اذا اشتري شيا فربح فيه ثم ملكه بشرا اخر فاراد ان يبيعه مرابحة
فان عند ابي حنيفة يسقط الربح ويعتبر ما مضي من العقود وفي مسلتنا قد
ربح فيه رب المال الفي درهم لان المضارب لما اشتراه بالف وباعه من
رب المال بالفين فنصف ذلك الربح لرب المال وهو خمسماية فلما باعه
رب المال بثلثة الالف فقد ربح فيه الفا وخمسماية لانه قام عليه بالف وخمسماية
مقدار راس المال ونصيب المضارب من الربح اذا ضمت الي ذلك فقد ربح
الفين فاذا اشتراه المضارب بالفين وجب ان يطرح الالفين من راس

المال

المال فلا يبقي شي فلهذا لم يجز البيع مرابحة الا بعد ان يبين واما علي قولهما
فانما يعتبر العقد الاخير خاصة فالربح في العقد الاول لا يحط من الثاني فيبيعه
مرابحة علي جميع الالفين حتي لو اشتري المضارب عبدا بالف فباعه من
رب المال بالف وخمسماية ثم باعه رب المال من اجنبي بالف وستماية
ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي بالفي درهم فاراد ان يبيعه مرابحة
باعه علي الف واربعماية في قول ابي حنيفة لان رب المال قد ربح فيه ستماية
الا تري ان المضارب لما اشتراه بالف باعه من رب المال بالف وخمسماية
فنصيب رب المال من الربح مايتان وخمسون فكان رب المال اشتري
بالف ومائتين وخمسين راس المال وحصة المضارب فلما باعه بالف وستماية
فقد ربح ثلثماية وخمسين وقد كان ربح مائتين وخمسين بربح المضارب فوجب
ان يحط ذلك المضارب من الثمن فيبقي الف واربعماية ولو اشتري المضارب
عبدا بالف فولاه رب المال ثم ان رب المال باعه من اجنبي بالف وخمسماية
ثم ان المضارب اشتراه من الاجنبي مرابحة بالفين ثم ان رب المال حط
عن الاجنبي ثلثماية فان الاجنبي يحط من المضارب اربعماية لان رب المال
لما حط من الاجنبي ثلثماية استند ذلك الحط الي العقد فكان ذلك المقدار
لم يكن فيطرح من راس المال ويطرح حصته من الربح وقد كان الاجنبي ربح
مثل ثلث الثمن فيطرح مع الثلثماية ثلثها فيصير الحط عن المضارب اربعماية
وان اراد المضارب ان يبيع هذا العبد مرابحة باعه علي الف ومائتين لان
رب المال ربح اربعماية الا تري انه لو باعه من الاجنبي فربح خمسماية ثم حط
عنه ثلثماية وهذا الحط من راس المال والربح جميعا مائتين من راس المال
وماية من الربح فلما سقط من الربح ماية بقي الربح اربعماية فلما اشتراه المضارب
بالفين ثم حط عنه اربعماية صار شراوه بالف وستماية فيطرح عنه مقدار
ما ربح فيه رب المال وهو اربعماية فيبيعه علي ما بقي وتجوز المرابحة بين
المضاربين كما تجوز بين المضارب ورب المال قال محمد في الاصل اذا دفع
الرجل الي رجل الف درهم مضاربة بالنصف ودفع الي اخر الف درهم مضاربة
بالنصف فاشتري احد المضاربين عبدا بخمسماية من المضاربة فباعه
من المضارب الاخر بالف فاراد الثاني ان يبيعه مرابحة فباعه علي خمسماية
وهو اقل الثمنين لان مال المضاربين لرجل واحد فصار بيع احدهما من
الاخر في حق الاجانب كبيع الانسان ماله بماله فيبيعه مرابحة علي اقل الثمنين
ولو باعه الاول من الثاني بالفين الف من المضاربة والف من مال نفسه
فان الثاني يبيعه علي الف ومائتين وخمسين لان الثاني اشتري نصفه لنفسه
بالف وقد كان الاول اشتري ذلك النصف بمائتين وخمسين فيبيعه
الثاني مرابحة علي الف لانه لا نصيب لواحد منهما في شرا صاحبه فصار كشرا
كالاجنبيين فاما النصف الذي اشتري الثاني مرابحة علي الف لانه
بالف المضاربة فقد كان الاول اشتراه بالف المضاربة فباعه من الثاني
بالفين للمضاربة الف راس المال والف ربح فان الثاني يبيعه مرابحة بالف
وخمسماية وان كان الاول اشتراه بخمسماية والمسلة بحالها باعه الثاني علي الف

لان اقل الثمنين خمسماية وحصة المضارب خمسماية فيبيعه مرابحة على اقل الثمنين
وحصته من الربح والربح في المضاربة بينهما على الشرط والوضيعة على رب المال
والقول في دعوى الهلاك قول المضارب لان المال امانة في يده والله اعلم
بالصواب ٭ واما الذي يستحقه المضارب بالعمل فالذي يستحقه بعمله
شيان احدهما النفقة ٭ والكلام في النفقة في مواضع ٭ في بيان
وجوبها وفي بيان شرط الوجوب وفي مافيه النفقة ٭ وفي تفسير النفقة
وفي قدرها وفيما يحتسب النفقة منه ٭ اما الوجوب فلان الربح في باب
المضاربة يحتمل الوجود والعدم والعاقل لا يسافر بمال غيره لفايدة يحتمل الوجود
والعدم مع تعجيل النفقة من مال نفسه فلو لم يجعل نفقته في مال المضاربة
لامتنع الناس عن قبول المضاربات مع مساس الحاجة اليها فكان اقدامهما على
هذا العقد والحال ما وصفنا اذنا من رب المال للمضارب بالانفاق من مال
المضاربة فكان ماذونا بالانفاق دلالة فصار كما لو اذن له به نصا وانه
يسافر لاجل المال لا على سبيل التبرع ولا ببدل واجب لا محالة فيكون نفقته
في المال بخلاف المبضع لانه يسافر بمال الغير على وجه التبرع وبخلاف
الاجير لانه يعمل ببدل لازم في ذمة المستاجر لا محالة فلا يستحق النفقة
وهكذا روي بن سماعة عن محمد في الشريك اذا سافر بالمال ان ينفق من المال
كالمضارب ٭ واما شرط وجوبها فخروج المضارب بالمال من المصر فان كان
في المصر فان نفقته في مال نفسه لا في المضاربة وان انفق منه شيا ضمن
لان دلالة الاذن لا تثبت في المصر وكذا اقامته في الحضر لا تكون لاجل المال
لانه كان مقيما قبل ذلك فلا يستحق النفقة ما لم يخرج من ذلك المصر سوا كان
خروجه بالمال مدة سفر او اقل من ذلك حتى لو خرج من المصر يوما او يومين
فله ان ينفق من المضاربة كذا ذكر محمد رحمه الله عن نفسه وعن ابي يوسف
في كتاب المضاربة لو خرج من المصر لاجل المال فاذا انتهى الى المصر الذي قصده
فان كان ذلك مصر نفسه او كان له في ذلك المصر اهل سقطت نفقته حين
دخله لانه يصير مقيما بدخوله فيه لا لاجل المال وان لم يكن ذلك مصره
ولا له اهل فيه لكنه اقام فيه للبيع والشرا لا تسقط نفقته ما اقام فيه
وان نوى الاقامة خمسة عشر يوما فصاعدا لم يتخذ ذلك المصر الذي هو
فيه دار اقامة لانه اذا لم يتخذه دار اقامة كانت اقامته فيه لاجل المال
وان اتخذه وطنا كانت اقامته للوطن لا للمال فصار كالوطن الاصلي فالحاصل
انه لا تبطل نفقة المضاربة بعد المسافرة بالمال الا باقامته في مصره
او في مصر يتخذه دار اقامة لما قلنا ولو خرج من المصر الذي دخله للبيع
والشرا بنية العود الى المصر الذي اخذ المال فيه مضاربة فان نفقته
في مال المضاربة حتى يدخله فاذا دخله فان كان ذلك مصره او كان له
فيه اهل سقطت نفقته والا فلا ولو اخذ المضارب مالا بالكوفة وهو من
اهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافرا فلا نفقة له والمال ما دام بالكوفة
لما قلنا فاذا خرج منها مسافرا فله النفقة حتى ياتي البصرة لان خروجه لاجل
المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لان البصرة وطن اصلي له فكان

اقامته

اقامته فيها لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة فله ان ينفق من
المال الى ان ياتي الكوفة لان خروجه من البصرة لاجل المال وله ان ينفق
ايضا ما دام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه بالكوفة كان وطن اقامة
وانه يبطل بالسفر فاذا عاد اليها وليست له وطن كانت اقامته فيها لاجل المال
فكان نفقته فيه وكل من كان مع المضارب ممن يعينه على العمل فنفقته في مال
المضاربة حرا كان او عبدا او اجيرا كان يخدمه او يخدم دابته لان نفقتهم
كنفقة نفسه لا يتهيا له السفر الا بهم الا ان يكون معه عبيد لرب المال
بعثهم ليعاونوه فلا نفقة لهم في مال المضاربة ونفقتهم على رب المال
خاصة لان اعانة رب المال نفسه ورب المال لو اعان المضارب بنفسه
في العمل لم تكن نفقته في مال المضاربة كذا عبده فاما عبد المضارب
فهو كالمضارب والمضارب اذا عمل في المال انفق منه كذا عبده ٭ واما
بيان ما فيه النفقة فالنفقة في مال المضاربة وله ان ينفق من مال
نفسه ماله ان ينفقه من مال المضاربة على نفسه ويكون دينا على المضاربة
حتى كان له ان يرجع فيها لان الانفاق من المال وتدبيره اليه فكان له ان
ينفق من ماله ويرجع به الى مال المضاربة كالوصي اذا انفق على الصغير من
مال نفسه كان له ان يرجع بما انفق على مال الصغير لما قلنا كذا هنا له ان يرجع
بما انفق على مال المضاربة لكن بشرط بقا المال حتى لو هلك المال لم يرجع
على رب المال بشي كذا ذكر محمد رحمه الله في المضاربة لان نفقة المضارب
في مال المضاربة فاذا هلك هلك بما فيه كالدين يسقط بهلاك الرهن والزكوة
تسقط بهلاك النصاب وحكم الجناية تسقط بموت العبد الجاني ٭ واما
تفسير النفقة التي في مال المضاربة فالكسوة والطعام والادام والشراب
واجر الاجير وفراش ينام عليه وعلف دابته التي يركبها في سفره ويتصرف
عليها في حوايجه وغسل ثيابه ودهن السراج والحطب ونحو ذلك ولا خلاف
بين اصحابنا في هذه الجملة لان المضارب له منها فكان بها ماذونا من رب المال
دلالة واما ثمن الدوا والحجامة والفصد والتنور والادهان وما يرجع الى
التداوي وصلاح البدن ففي ماله خاصة لا في مال المضاربة وذكر الكرخي
في مختصره في الدهن خلاف محمد انه في مال المضاربة عنده وذكر في الحجامة
والاطلا بالنورة والخضاب قول الحسن بن زياد انه قال على قياس قول
ابي حنيفة يكون في مال المضاربة والصحيح انه يكون في ماله لان وجوب
النفقة للمضارب في المال لدلالة الاذن الثابت عادة وهذه الاشيا
غير معتادة ولهذا اذا قضى القاضي بالنفقة يقضي بالادام والكسوة ولا
يقضي بهذه الاشيا واما الفاكهة فالمعتاد منها يجري مجرى الطعام والادام
وقال بشر في نوادره سالت ابا يوسف عن اللحم فقال ياكل كما كان ياكل
لانه من الماكول المعتاد ٭ واما بيان قدر النفقة فهو ان يكون بالمعروف
عند التجار من غير اسراف فان جاوز ذلك ضمن الفضل لان الاذن ثابت بالعادة
فيعتبر الفعل المعتاد وسوا سافر براس المال او بمتاع من المضاربة لان
سفره في الحالين لاجل المال وكذا لو سافر فلم ينفق له شرا متاع من حيث

قصد وعاد بالمال فنفقته ما دام مسافرا في مال المضاربة لان التجارة على
هذا وهو ان ينفق الشراي وقت دون وقت ومكان دون مكان وسوا بمال
المضاربة وحده او بماله ومال المضاربة او بمال المضاربة لرجل او لرجلين
فله النفقة غير انه ان سافر بماله ومال المضاربة او بمال لرجلين كانت
النفقة في المالين بالحصص لان السفر لاجل المالين فتكون النفقة فيهما
فان كان احد المالين مضاربة لرجل والاخر بضاعة لرجل اخر فنفقته في مال
المضاربة لان سفره لاجله لا لاجل البضاعة لانه متبرع بالعمل بها الا ان يتفرغ
لعمل البضاعة فينفق من مال نفسه لانه ترك العمل في المضاربة وليس على
رب البضاعة شي الا ان يكون اذن له في النفقة فيها لانه تبرع باخذ البضاعة
فلا يستحق النفقة كالمودع ولو خلط مال المضاربة بماله وقد اذن له في ذلك
فالنفقة بالحصص لان سفره لاجل المالين واما ما يحتسب النفقة فيه فالنفقة
يحتسب من الربح اولا ان كان في المال ربح وان لم يكن فهو من راس المال
لان النفقة جزء هالك من المال والاصل ان الهلاك ينصرف الى الربح ولانا
لو جعلناها من راس المال خاصة او في نصيب رب المال من الربح لازداد
نصيب المضارب في الربح على نصيب رب المال واذا رجع المضارب الى
مصره فما فضل عنده من الكسوة والطعام رده الى المضاربة لان الاذن
له بالنفقة كان لاجل السفر فاذا انقطع السفر لم يبق الاذن فيجب رد ما
بقي الى المضاربة وروى المعلى عن ابي يوسف اذا كان مع الرجل الف درهم
مضاربة فاشترى عبدا بالفين فانفق عليه فهو متطوع في النفقة لانه لم
يبق في يده شي من راس المال فالنفقة تكون استدانة على المال وهو لا
يملك ذلك فصار كالاجنبي اذا انفق على عبد غيره الا ان يكون القاضي
امره بذلك فان رفعه الى القاضي فامره القاضي بالنفقة عليه فما انفق
فهو عليهما على قدر رؤوس اموالهما قال ابو يوسف وهذه قسمة من القاضي
بين المضارب وبين رب المال اذا قضى بالنفقة وانما صارت النفقة
دينا بامر القاضي لان له ولاية على الغائب في حفظ ماله وهذا من باب الحفظ
فيملك الامر بالاستدانة عليه وانما صار قضاء القاضي بالنفقة قسمة
لوجود معنى القسمة وهو التعريف لان القاضي لما الزم المضارب النفقة
لاجل نصيبه فقد عين نفسه ولا يتحقق تعيين نصيب المضارب الا بعد
تعيين راس المال وهذا معنى القسمة ولو دفع الى رجل الف درهم مضاربة
فاشترى بها جارية قيمتها الفان فالنفقة على المضارب وعلى رب المال
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قول محمد النفقة على رب المال
كذا حقق القدوري رحمه الله الاختلاف وجه قول محمد ان المال لم يتعين
له ملك لان راس المال غير معين فكانت الجارية على حكم رب المال فكانت
نفقته عليه وتحتسب بها في راس ماله في رواية عنه وفي رواية اخرى عنه
يقال لرب المال انفق ان شئت ولهما ان نصيب المضارب من العبد
على ملكه بدليل ان اعتاقه ينفذ فيه فلا يجوز لرب المال الزام رب
المال الانفاق على ملك غيره فاذا قضى على كل واحد منهما بنفقة نصيبه

فقد

فقد تعين الربح وراس المال فيكون قسمة لمعنى وجود القسمة وعلى هذا الخلاف
العبد الابق من المضاربة اذا جاء به رجل وقيمته الفان وليس في يده من المضاربة
غير العبد ان الجعل عليهما في قول ابي حنيفة وابي يوسف لان العبد على ملكهما
وعند محمد الجعل على رب المال يحتسب من راس ماله اي هو زيادة في راس
المال واذا بيع يستوفي رب المال راس ماله والجعل وما بقي يكون بينهما
على ما اشترطا من الربح قال بشر عن ابي يوسف ان الجعل لا يحتسب به في
مال المرابحة ويحتسب به فيما بين المضارب ورب المال فان كان هناك
ربح فالجعل منه والا فهو وضيعة من راس المال وانما لم يلحق الجعل براس
المال في المرابحة ما جرت عادة التجار بالحاقه به وما جرت عادتهم بالحاق الجعل
ولانه نادر غير معتاد فلا يلحق بالعادة ما ليس بمعتاد وانما احتسب به
فيما بين المضارب ورب المال لانه غرم لزم لاجل المال ويجوز ان يحتسب
بالشي فيما بين المضارب ورب المال ولا يلحق براس المال في المرابحة كنفقة
المضارب على نفسه والله اعلم • والثاني مما يستحقه المضارب بعمله في المضاربة
الصحيحة هو الربح المسمى ان كان في المضاربة ربح وان لم يظهر الربح بالقسمة
وشرط جواز القسمة قبض راس المال فلا تصح قسمة الربح قبل قبض راس
المال حتى لو دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالنصف فربح الفا فاقتسما الربح
وراس المال في يد المضارب لم يقبضه رب المال فهلكت الالف التي
في يد المضارب بعد قسمتهما الربح فان القسمة الاولى لم تصح وما قبض رب
المال فهو محسوب عليه من راس ماله وما قبضه المضارب كان عليه
يرده على رب المال حتى يستوفي رب المال راس ماله ولا يصح قسمة الربح
حتى يستوفي رب المال راس المال والاصل في اعتبار هذا الشرط ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال مثل المومن مثل التاجر لا يسلم له
ربح حتى يسلم له راس ماله كذلك المومن لا يسلم له نوافل حتى يسلم له
عزايمه فدل الحديث على ان قسمة الربح على قبض راس المال لا تصح ولان الربح
زيادة والزيادة على الشي لا تكون الا بعد سلامة الاصل ولان المال اذا بقي
في يد المضارب فحكم المضاربة بحالها فلو صححنا قسمة الربح لثبت الفرع
قبل الاصل وهذا لا يجوز فاذا لا تصح القسمة فاذا هلك ما في يد المضارب
صار الذي اقتسماه هو راس المال فوجب على المضارب ان يرد منه تمام
راس المال فان قبض رب المال الف درهم راس ماله اولا ثم اقتسما الربح
ثم رد الالف التي قبضها بعينها الى يد المضارب على ان يعمل بها بالنصف
فهذه مضاربة مستقبلة فان هلكت في يده لم تنتقض القسمة الاولى
لان رب المال لما استوفى راس المال فقد انتهت المضاربة وصحت القسمة
فاذا رد المال اليه فهذا عقد اخر فهلاك المال فيه لا يبطل القسمة في غيره ولو
كان الربح في المضاربة الاولى[الفين صح] واقتسما الربح فاخذ رب المال الفا والمضارب
الفا ثم هلك ما في يد المضارب فان القسمة باطلة وما قبضه رب المال
محسوب من راس مال ويرد المضارب نصف الالف الذي قبض لانه لما
هلك في يد المضارب من راس المال قبل صحة القسمة صار ما قبضه رب المال

راس ماله واذا صار ذلك راس المال تعين الربح فيما قبضه المضارب
بالقسمة فيكون بينهما على الشرط فيجب عليه ان يرد نصفه وكذلك ان هلك
ما قبضه المضارب من الربح يجب عليه ان يرد نصفه لانه تبين انه قبض نصيب
رب المال من الربح لنفسه صار ذلك مضمونا عليه ولو هلك ما قبضه رب
المال لم يتعين بهلاكه شي لان ما هلك بعد القبض يهلك في ضمان القابض فبقاوه
وهلاكه سوا قالوا ولو اقتسما الربح ثم اختلفا فقال المضارب قد كنت دفعت
اليك المال قبل القسمة وقال رب المال لم اقبض راس المال قبل ذلك
فالقول قول رب المال ويرد المضارب ما قبضه لنفسه تمام راس المال
يحتسب على رب المال بما قبض من راس ماله ويتم له راس المال مما يرده
المضارب فان بقي شي بعد ذلك مما قبضه المضارب كان بينهما نصفين
وانما كان كذلك لان المضارب يدعي ايفا راس المال ورب المال ينكر ذلك
والمضارب وان كان امينا لكن القول قول الامين في اسقاط الضمان
عن نفسه لا في التسليم الى غيره ولان المضارب يدعي خلوص ما بقي من المال
للربح ورب المال يجحد ذلك فلا يقبل قول المضارب في الاستحقاق فان
اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت ايفا راس المال ولا يقال
ان الظاهر شاهد للمضارب فيما ادعاه من ايفا راس المال اذ الربح لا يكون
الا بعد الايفا وهو شرط قسمة الربح لانا نقول قد جرت عادة التجار بالمقاسمة
مع بقا راس المال في يد المضارب فلم يكن الظاهر شاهدا للمضارب
وذكر ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف في رجل دفع الى رجل الف درهم
مضاربة صحيحة ثم جعل رب المال ياخذ الخمسين والعشرين لنفقته والمضارب
يعمل ببقية المال ويربح فيما يبيع ويشتري ثم احتسبا فانهما يحتسبان
براس المال الف درهم يوم يحتسبان والربح بينهما نصفين ولا يكون ما
اخذ رب المال من النفقة نقصانا من راس المال ولكنهما يحتسبا راس
المال الفا من جميع المال وما بقي من ذلك فهو بينهما نصفان لانا لو جعلنا
المقبوض من راس المال بطلت المضاربة لان استرجاع رب المال راس
ماله يوجب بطلان المضاربة وهما لم يقصدا في ابطالها فيجعل راس المال
فيما بقي لئلا تبطل هذا كله اذا كان في المضاربة ربح فان لم يكن فيها ربح فلا
شي للمضارب لان الشرط قد صح فلا يستحق الا ما شرط له وهو الربح ولم
يوجد واما الذي يستحقه رب المال فالربح المسمى ان كان في المال ربح
وان لم يكن فلا شي له على المضارب هذا كله حكم المضاربة الصحيحة واما
المضاربة الفاسدة فليس للمضارب ان يعمل شيا مما ذكرنا ان له ان يعمله
في المضاربة الصحيحة ولا يثبت بها شي مما ذكرنا من احكام المضاربة الصحيحة
ولا يستحق النفقة ولا الربح المسمى وانما له اجر مثل عمله سوا كان في المضاربة
او لم يكن لان المضاربة الفاسدة في معنى الاجارة الفاسدة والاجير
لا يستحق النفقة ولا المسمى في الاجارة الفاسدة وانما يستحق اجر المثل
والربح كله يكون لرب المال لان الربح نما ملكه وانما يستحق المضارب
شطرا منه بالشرط ولم يصح بالشرط فكان كله لرب المال والخسران عليه

والقول

والقول قول المضارب في دعوى الهلاك والضياع في المضاربة الفاسدة
مع يمينه كذا في ظاهر الرواية وجعل المال في يده امانة كما في المضاربة
الصحيحة وذكر الطحاوي فيه اختلافا فقال لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وعندهما
يضمن كما في الاجير المشترك اذا هلك المال في يده والله اعلم

فصل

واما صفة هذا العقد فهو انه عقد غير لازم ولكل واحد منهما اعني رب المال
والمضارب الفسخ لكن عند وجود شرطه وهو علم صاحبه به لما ذكرنا في
كتاب الشركة ويشترط ايضا ان يكون راس المال عينا وقت الفسخ دراهم
او دنانير حتى لو نهى رب المال المضارب عن التصرف وراس المال عروض
وقت النهي لم يصح نهيه وله ان يبيعها لانه يحتاج الى بيعها بالدراهم
والدنانير ليظهر له الربح فكان النهي والفسخ ابطالا لحقه في التصرف ولا يملك
ذلك وان كان راس المال دراهم او دنانير وقت الفسخ والنهي صح الفسخ والنهي
لكن له ان يصرف الدراهم الى الدنانير والدنانير الى الدراهم لان ذلك لا يعد
بيعا لاتحادهما في الثمنية والله اعلم

فصل

واما حكم اختلاف المضارب ورب المال
فان اختلفا في العموم والخصوص فالقول قول من يدعي العموم بان ادعى احدهما
المضاربة في جميع التجارات او في عموم الامكنة او مع عموم الاشخاص لان قول
من يدعي العموم يوافق المقصود بالعقد اذ المقصود من العقد الربح وهذا
هو المقصود في العموم اوفر وكذا لو اختلفا في الاطلاق والتقييد فالقول
قول من يدعي الاطلاق حتى لو قال رب المال اذنت لك ان تتجر في الحنطة
دون ما سواها وقال المضارب ما سميت لي تجارة بعينها فالقول قول
المضارب مع يمينه لان الاطلاق اقرب الى المقصود بالعقد على ما بينا وقال
الحسن بن زياد القول قول رب المال في الفصلين جميعا وقيل انه قول زفر
ووجهه ان الاذن مستفاد من جهة رب المال فكان القول في ذلك قوله
فان قامت بينهما لهما بينة فالبينة بينة من يدعي العموم في دعوى العموم
والخصوص وفي دعوى التقييد والاطلاق البينة بينة مدعي التقييد
لانها تثبت زيادة قيد وبينة الاطلاق ساكتة ولو اتفقا على الخصوص لكنهما
اختلفا في ذلك الخاص فقال رب المال دفعت اليك المال مضاربة في
البز وقال المضارب في الطعام فالقول قول رب المال في قولهم جميعا لانه
لا يمكن الترجيح هاهنا بالمقصود من العقد لاستوائهما في ذلك فيرجح بالاذن
وانه يستفاد من رب المال فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب
فان بينته مثبتة وبينة رب المال نافية لانه لا يحتاج الى الاثبات
والمضارب محتاج الى الاثبات لدفع الضمان عن نفسه فالبينة المثبتة
للزيادة اولى وقد قالوا في البينتين اذا تعارضتا في صفة الامر وقد
وقتتا ان الوقت الاخير اولى لان الشرط الثاني ينقض الاول فكان الرجوع
اليه اولى وان اختلفا في قدر راس المال والربح فقال رب المال كان راس
المال الفا وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف
وشرطت لك نصف الربح فان كان في يد المضارب الفا درهم يقر انهما مال
المضاربة فالقول قول المضارب في ان راس المال الف والقول قول

رب المال انه شرط ثلث الربح وهذا قول ابي حنيفة الاخير وهو قول ابي يوسف ومحمد
وكان قوله الاول ان القول قول رب المال في الامرين جميعا وهو قول زفر وجه قوله
الاول ان الربح مستفاد من اصل المال وقد اتفقا على ان جملة المال مضاربة
وادعى المضارب استحقاقا فيها ورب المال ينكر ذلك فكان القول قوله بخلاف
ما اذا قال المضارب بعض هذه الالفين خلطته بها او بضاعة في يدي لانهما اتفقا
على ان الجميع مال المضاربة ومن كان في يده شي فالقول قوله وجه القول الاخير
في ان القول في مقدار راس المال قول المضارب انهما اختلفا في مقدار المقبوض
فكان القول قول القابض الا ترى انه لو انكر القبض اصلا وقال لم اقبض منك شيا
كان القول قوله فكذا اذا انكر البعض دون البعض وانما كان القول قول رب المال
في مقدار الربح لان شرط الربح يستفاد من قبله فكان القول في المقدار المشروط
قوله الا ترى انه لو انكر الشرط راسا فقال لم اشترط لك ربحا وانما دفعت اليك
بضاعة كان القول قوله فكذا اذا اقر بالبعض دون البعض واذا كان القول قول
المضارب في قدر راس المال في قوله الاخير والقول قول رب المال في قدر الربح في
قولهم فيجعل راس المال درهم و يجعل للمضارب ثلث الالف الاخر فلا يقبل قول
رب المال في زيادة راس المال ولا يقبل قول المضارب في زيادة شرط الربح وعلى
قوله الاول ياخذ رب المال الالفين جميعا وان كان في يده ثلاثة الاف درهم والمسلة
بحالها اخذ رب المال الف درهم على قوله الاخير واقتسما ما بقي المال اثلاثا وعلى قوله
الاول ياخذ رب المال الفي درهم وياخذ ثلثا الالف الاخرى لما بينا وان كان في يد
المضارب قدر ما ذكر انه قبض من راس المال او اقل ولم يكن في يده اكثر مما اقر فالقول
قول المضارب عندهم جميعا لانه لا سبيل الى قبول رب المال في ايجاب الضمان على
المضارب فان جا المضارب بثلاثة الاف فقال الف راس المال والف ربح والف وديعة
لاخر او مضاربة لاخر او بضاعة لاخر او شركة لاخر او على الف دين فالقول في الوديعة
والشركة والبضاعة والدين قول المضارب في الاقاويل كلها لان من في يده شي فالظاهر انه
له الا ان يعترف به لغيره ولم يعترف لرب المال بهذه الالف فكان القول قوله
فيها وكل من جعلنا القول قوله في هذا الباب فهو مع يمينه ومن اقام منهما بينة
على ما ادعى من فضل فالبينة بينته لان بينة كل واحد منهما تثبت زيادة فبينة رب
المال تثبت زيادة في راس المال وبينة المضارب تثبت زيادة ربح وقال محمد اذا
قال رب المال شرطت لك ثلث الربح وزيادة عشرة دراهم وقال المضارب بل
شرطت لي الثلث فالقول قول المضارب لانهما اتفقا على شرط الثلث وادعى رب
المال زيادة لا منفعة له فيها الا فساد العقد فلا يقبل قوله وان قامت لهما البينة
فالبينة بينة رب المال لانها تثبت زيادة شرط ولو قال رب المال شرطت لك
الثلث الا عشرة وقال المضارب بل شرط لي الثلث فالقول قول رب المال لانه
اقر له ببعض الثلث والمضارب يدعي تمام الثلث فلا يقبل قوله في زيادة شرط
الربح وفي هذا نوع اشكال وهو ان المضارب يدعي صحة العقد ورب المال يدعي
فساده فينبغي ان يكون القول قول المضارب والجواب ان دعوى رب المال
وان تعلق فساد العقد لكنه منكر لزيادة يدعيها المضارب فيعتبر انكاره لانه مفيد
في الجملة ولو قال رب المال شرطت لك نصف الربح وقال المضارب شرطت لي

ماية درهم او لم تشترط لي شيا ولي اجر المثل فان القول قول رب المال لان المضارب
يدعي امرا واجبا في ذمة رب المال ورب المال ينكر ذلك فيكون القول قوله فان
اقام رب المال البينة على شرط النصف واقام المضارب البينة على انه لم يشترط له
شيا فالبينة بينة رب المال لانها مثبتة للشرط وبينة المضارب نافية فالمثبتة
اولى ولو اقام المضارب البينة انه شرط له ماية درهم فبينته اولى لان البينتين
استويا في اثبات الشرط وبينة المضارب اوجبت حكما زايدا وهو ايجاب الاجر على رب
المال فكانت اولى وذكر الكرخي انهم جعلوا حكم المزارعة في هذا الباب حكم المضاربة الا
ان في هذا الفصل خاصة لو هو انه اذا اقام رب الارض والبذر البينة على انه شرط
للعامل نصف الخارج وقال العامل شرطت لي ماية قفيز فالبينة بينة الدافع وفي المضاربة
البينة بينة المضارب والفرق بينهما ان المزارعة عقد لازم في جانب العامل بدليل
ان من لا بذر من جهته اذا امتنع عن العمل يجبر عليه فرجحنا بينة من يدعي الصحة والمضاربة
ليست بلازمة فان المضارب لو امتنع من العمل لا يجبر عليه فلم يقع الترجيح بالصحيح فرجحنا
بايجاب الضمان وهو الاجر ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب
مضاربة بالنصف او بماية درهم فالقول قول رب المال لان المضارب يستفيد الربح بشرطه
وهو منكر فكان القول قوله انه لم يشترط ولو قال المضارب اقرضتني المال والربح لي
وقال رب المال دفعت اليك بضاعة او مضاربة فالقول قول رب المال لان المضارب
يدعي عليه التمليك وهو ينكر فان اقاما البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت
التمليك ولانه لا تنافي بين البينتين لجواز ان يكون اعطاه بضاعة او مضاربة ثم اقرضه
ولو قال المضارب دفعت الي مضاربة وقال رب المال اقرضتك فالقول قول المضارب
لانهما لو جحدا اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعي على المضارب الضمان
وهو ينكر فكان القول قوله فان قامت لهما البينة فالبينة بينة رب المال لانها تثبت الضمان
ولو جحد المضارب المضاربة اصلا ورب المال يدعي دفع المال اليه مضاربة فالقول
قول المضارب لان رب المال يدعي عليه قبض ماله وهو ينكر فكان القول قوله ولو جحد
ثم اقر به فقد قال ابن سماعة في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل دفع الى رجل مالا
مضاربة ثم طلبه منه فقال لم يدفع الي شيا ثم قال بل استغفر الله قد دفعت الي الف
درهم مضاربة فهو ضامن للمال لانه امين والامين اذا جحد الامانة ضمن كالمودع
وهذا لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم بل هو عقد جايز محتمل للفسخ فكان جحوده فسخا
له ورفعا له واذا ارتفع العقد صار المال مضمونا عليه كالوديعة فان اشترى بها مع الجحود
كان مشتريا لنفسه لانه ضامن للمال فلا يبقى حكم المضاربة لان من حكم المضاربة ان يكون
المال امانة في يد المضارب فاذا صار ضمينا لم يبق امينا فان اقر بعد الجحود لا يرتفع
الضمان لان العقد قد ارتفع بالجحود فلا يعود الا بسبب جديد فان اشترى بها بعد
الاقرار فالقياس ان يكون ما اشتراه لنفسه لانه قد ضمن المال بجحوده فلا يبرا منه
بفعله وفي الاستحسان يكون ما اشتراه على المضاربة ويبرا من الضمان لان الامر بالشرا
لم يرتفع بالجحود بل هو قايم مع الجحود لان الضمان لا ينافي الامر بدليل ان من غصب من
اخر شيا فامر المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب او بالشرا به صح الامر وان كان
المغصوب مضمونا على الغاصب واذا بقي الامر بعد الجحود فاذا اشترى بموجب الامر
وقع الشرا للامر ولن يقع الشرا له الا بعد انتفا الضمان وصار كالغاصب اذا باع المغصوب

بامر المالك وسلم انه يبرا عن الضمان كذا هذا وقوله المال صار مضمونا عليه
فلا يبرا من الضمان بفعله فنقول العين المضمونه فيجوز ان يبرا الضامن منها بفعله
كالمغصوب منه اذا امر الغاصب ان يجعل المغصوب في موضع كذا او يسلمه الي فلان
انه يبرا بذلك من الضمان وكذلك رجل دفع الي رجل الف درهم وامره ان يشتري
بها عبدا فجحد الالف ثم اقر بها ثم اشتري جاز الشرا ويكون للامر ويبري الجاحد
من الضمان وان اشتري بها عبدا ثم اقر لم يبرا عن الضمان وكذا الشرا لما ذكرنا
في المضارب ولو كان دفع اليه الفا وامره ان يشتري بها عبدا بعينه ثم جحد الالف
ثم اشتري بها العبد ثم اقر بالالف فان العبد للامر فان الوكيل بشرا عبد بعينه
لا يملك ان يشتريه لنفسه فيتعين ان يكون الشرا للامر فصار كانه اقر ثم
اشتري بخلاف المضارب لانه يملك ان يشتري لنفسه فلا يحمل علي الشرا لرب المال
الا ان يقر بالمال قبل الشرا وقال ابو يوسف رحمه الله في المامور ببيع العبد اذا جحده
اياه وادعاه لنفسه ثم اقر له به فباعه ان البيع جايز وهو بري من ضمانه وكذلك
لو دفع اليه عبدا فامره ان يهبه لفلان فجحده وادعاه لنفسه ثم اقر له به ثم اعتقه
جاز عتقه لما ذكرنا ان الامر بعد الجحود قايم فاذا جحد ثم اقر فوهبه فهو جايز وكذلك
ان امره بعتقه فجحده وادعاه لنفسه ثم اقر له به ثم تصرف فقد تصرف بامر المالك
فيبرا من الضمان ولو باع العبد او وهبه او اعتقه ثم اقر بعد البيع قال ابن سماعة
ينبغي في قياس ما اذا دفع اليه الفا وامره ان يشتري بها عبدا بعينه انه يجوز ويلزم
الامر لانه لا يملك ان يبيع العبد لنفسه وقال هشام سمعت محمدا رحمه الله قال
في رجل دفع الي رجل الف درهم مضاربة فجا بالف وخمسماية فقال هذه الالف راس
المال وهذه الخمسماية ربح وسكت ثم قال علي دين لفلان كذا وكذا قال محمد قبل قول
المضارب وقال الحسن بن زياد اذا اقر المضارب انه عمل بالمال وان في يده عشرة
الاف فيها دين الفا والفين فقال ذلك في كلام متصل كان القول قوله مع يمينه
يدفع الدين منه سمي صاحبه او لم يسمه وان سكت سكتة ثم اقر بذلك وسمي صاحبه
او لم يسمه لم يصدق قال هذا قياس قول ابي حنيفة وهذا الذي ذكره الحسن
يخالف ما ذكره محمد ووجهه انه اذا قال في يدي عشرة الاف وسكت فقد اقر بالربح
فاذا قال علي الف دين فقد رجع عما اقر به لان الربح لا يكون الا بعد قضا الدين
والاقرار اذا صح لا يحتمل الرجوع عنه بخلاف ما اذا قال ذلك متصلا لان الاقرار
لم يستقر بعد فكان بمنزلة الاستثنا وجه قول محمد انه اقر بالدين في حال يملك
الاقرار به فينفذ اقراره كما اذا قال هذا ربح وعلي دين وقوله ان قوله علي دين بعد
ما سكت يكون رجوعا عما اقر به من الربح ممنوع فانه يجوز انه ربح ثم لزمه الدين
الا تري ان الرجل يقول قد ربحت ولزمني دين وهو يملك الاقرار بالدين فاذا
اقر به صح ولو جا المضارب بالفين فقال الف راس المال والف ربح ثم قال لم اربح
الا خمسماية ثم هلك المال كله في يد المضارب فان المضارب يضمن الخمسماية التي
جحدها ولا ضمان عليه في باقي المال لان الربح امانة في يده فاذا جحده فقد صار غاصبا
بالجحود فيضمن اذا هلك ولو قال المضارب لرب المال قد دفعت اليك راس
مالك والذي يبقي في يدي ربح ثم رجع فقال لم ادفعه اليك ولكنه هلك فانه
يضمن ما ادعي دفعه الي رب المال لانه صار جاحدا بدعوي الدفع فيضمن بالجحود

وكذلك

وكذلك لو اختلف في الربح ثم رجع فقال رب المال شرطت لك الثلث وقال
المضارب شرطت لي النصف ثم هلك المال في يد المضارب قال محمد يضمن
المضارب السدس من الربح يوديه الي رب المال خاصه من ماله خاصة
ولا ضمان عليه فيما سوي ذلك لانا قد بينا ان القول في شرط الربح قول رب
المال واذا كان كذلك فنصيب المضارب الثلث وقد ادعي النصف ومن ادعي
امانة في يده ضمنها لذلك سدس الربح والله اعلم **فصل** واما بيان ما يبطل به عقد
المضاربة فعقد المضاربة يبطل بالفسخ وبالنهي عن التصرف لكن عند وجود
شرط الفسخ والنهي وهو علم صاحبه بالفسخ والنهي وان يكون راس المال عينا وقت
الفسخ والنهي فان كان متاعا لم يصح وله ان يبيعه بالدراهم والدنانير حتي ينض
لما ذكرنا فيما تقدم وان كان عينا صح لكن له صرف الدراهم الي الدنانير والدنانير
الي الدراهم بالبيع لما ذكرنا ان ذلك لا يعد بيعا لتجانسهما في معني الثمنية
ويبطل بموت احدهما لان المضاربة تشتمل علي الوكالة والوكالة تبطل بموت
الوكيل والموكل وسوا علم المضارب بموت رب المال او لم يعلم لانه عزل
حكمي فلا يقف علي العلم كما في باب الوكالة الا ان راس المال اذا صار متاعا فللوكيل
ان يبيع حتي يصير ناضا لما بينا ويبطل بجنون احدهما اذا كان مطبقا لانه
يبطل اهلية الامر للامر واهلية التصرف للمامور وكل ما تبطل به الوكالة تبطل
به المضاربة وقد مر في كتاب الوكالة ولو ارتد رب المال والعياذ بالله فباع
المضارب واشتري بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول ابي
حنيفة ان رجع الي الاسلام بعد ذلك كله التحقت ردته بالعدم في جميع
احكام المضاربة وصار كان لم يرتد اصلا وكذا ان لحق بدار الحرب ثم عاد مسلما
قبل ان يحكم بلحاقه بدار الحرب علي الرواية التي يشترط حكم الحاكم
بلحاقه للحكم بموته وصيرورة امواله ميراثا لورثته وان مات او قتل علي
الردة او لحق بدار الحرب وقضي القاضي بلحاقه بطلت المضاربة من يوم ارتد
علي اصل ابي حنيفة ان ملك المرتد موقوف ان مات او قتل او لحق فحكم باللحوق
يزول من وقت الردة الي ورثته ويصير كانه مات في ذلك الوقت فيبطل
تصرف المضارب بامره لبطلان اهلية الامر فان كان راس المال يوميذ
قايما في يده لم يتصرف فيه ثم اشتري بعد ذلك فالمشتري وربحه يكون له
لانه زال ملك رب المال عن المال وانعزل عن المضاربة فصار متصرفا في
ملك الورثة بغير امرهم وان كان صار راس المال متاعا فبيع المضارب فيه
وشراوه جايز حتي ينض راس المال لما ذكرنا ان المضارب في هذه الحالة لا ينعزل
بالعزل والنهي ولا بموت رب المال فكذلك ردته فان حصل في يد رب
المال دنانير وراس المال دراهم او حصل في يده دراهم وراس المال دنانير
فالقياس ان لا يجوز له التصرف لان الذي حصل في يده من جنس راس المال معني لاتحادهما
معني لاتحادهما في الثمنية فيصير كان عين المال قايم في يده الا انهم استحسنوا
فقالوا لو ان باعه بجنس راس المال جاز لان علي المضارب ان يرد مثل راس المال
فكان له ان يبيع ما في يده كالعروض واما علي اصل ابي يوسف ومحمد فالردة لا تقدح
في ملك المرتد فيجوز تصرف المضارب بعد ردة رب المال كما يجوز تصرف رب

المال بنفسه عندهما فان مات رب المال او قتل كان موته كموت المسلم
في بطلان عقد المضاربة وكذلك ان لحق وحكم بلحاقه لان ذلك بمنزلة الموت
بدليل ان ماله يصير ميراثا لورثته فيبطل امره في المال فان لم يرتد رب
المال ولكن المضارب ارتد فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا لان وقوف
تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ولا وقوف للمضارب مما يتصرف فيه
بل الملك لرب المال ولم يوجد منه الردة فبقيت المضاربة الا انه لا عهدة
على المضارب وانما العهدة على رب المال في قياس قول ابي حنيفة لان العهدة
تلزم بسبب المال فيكون على رب المال وصار كما لو وكل صبيا او عبدا محجورا
فاما على قولهما فالعهدة عليه لان تصرفه كتصرف المسلم ولو مات المضارب
او قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا
اذا لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه لان ردته مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته
في بطلان تصرفه فان لحق المضارب بدار الحرب بعد ردته فباع واشترى
هناك ثم رجع مسلما فجميع ما اشترى وباع في دار الحرب يكون له ولا ضمان
عليه في شي من ذلك لانه لما لحق بدار الحرب صار كالحربي اذا استولى على مال
الانسان ولحق بدار الحرب انه يملكه فكذا المرتد واما ارتداد المراة وعدم
ارتدادها سوا في قولهم جميعا سوا كان المال لها او كانت مضاربة لان
ردتها لا توثر في ملكها الا ان تموت فتبطل المضاربة كما لو ماتت قبل الردة
او تلحق بدار الحرب ويحكم بلحاقها لما ذكرنا ان ذلك بمنزلة الموت والله اعلم
وتبطل بهلاك مال المضاربة في يد المضارب قبل ان يشتري به شيا في قول
اصحابنا لانه تعين لعقد المضاربة بالقبض فيبطل العقد بهلاكه كالوديعة
وكذلك لو استهلكه المضارب او انفقه او دفعه الي غيره فاستهلكه لما قلنا
حتى لا يملك ان يشتري به شيا للمضاربة فان اخذ مثله من الذي استهلكه
كان له ان يشتري به على المضاربة كذا روى الحسن عن ابي حنيفة لانه اخذ
عوض راس المال فكان اخذ عوضه بمنزلة اخذ ثمنه فيكون على المضاربة
وروى ابن رستم عن محمد انه اقرضه المضارب رجلا فان رجع اليه الدراهم
بعينها رجعت على المضاربة لانه وان تعدى فضمن لكنه زال التعدي فيزول
الضمان المتعلق به وان اخذ مثلها لم يرجع في المضاربة لان الضمان بهلاك
العين مع الضمان لا يجتمعان وهذا يخالف ما رواه الحسن عن ابي حنيفة
في الاستهلاك والله اعلم ▪ هذا اذا هلك مال المضاربة قبل ان يشتري
به المضارب شيا فان هلك بعد الشرا به بان كان مال المضاربة الفا فاشترى
بها جارية ولم ينقد الثمن البايع قال اصحابنا ان الجارية على المضاربة
ويرجع على رب المال بالالف فيسلمها الى البايع وكذلك ان هلكت الثانية التي
قبض يرجع بمثلها على رب المال وكذلك سبيل الثالثة والرابعة وما بعد
ذلك ابدا حتى يسلم الى البايع ويكون ما دفعه اولا رب المال وما غرمه
كله من راس المال وانما كان كذلك لان المضارب متصرف لرب المال
فيرجع بما لحقه من الضمان بتصرفه له كالوكيل غير ان الفرق بين الوكيل والمضارب
ان الوكيل اذا هلك الثمن في يده يرجع بمثله على الموكل ثم هلك الثاني لم يرجع

على الموكل والمضارب يرجع في كل مرة ووجه الفرق ان الوكالة قد انتهت بشرا
بشرا الوكيل لان المقصود من الوكالة بالشرا استفادة ملك لا الربح فاذا اشترى
فقد حصل المقصود فانتهى عقد الوكالة نهايته ووجب على الوكيل الثمن للبايع
فاذا هلك من يده قبل ان ينقده البايع وجب للوكيل على الموكل مثل ما وجب للبايع
عليه فاذا قبضه مرة فقد استوفى حقه فلا يجب له عليه شي اخر فاما المضاربة
فانها لا تنتهي بالشرا لان المقصود منها الربح وانه لا يحصل الا بالبيع والشرا مرة بعد
اخرى فاذا بقي العقد فكان له ان يرجع ثانيا وثالثا وما غرم رب المال مع الاول
يصير كله راس المال لانه غرم لرب المال بسبب المضاربة فيكون كله من مال
المضاربة ولان المقصود من هذا العقد هو الربح فلو لم يعتبر ما غرم رب المال
من راس المال ويهلك مجانا يتضرر به رب المال لانه يخسر ويربح المضارب
وهذا لا يجوز ولو قبض المضارب الالف الاول فتصرف فيها حتى صارت الفين
ثم اشترى بها جارية قيمتها الفان فهلك الالفان قبل ان ينقدها البايع فانه
يرجع على رب المال بالف وخمسماية ويغرم المضارب في ماله خمسماية وهي حصته
من الربح فيكون ربع الجارية للمضارب خاصة وثلثة ارباع الجارية على المضاربة
وراس المال في هذه الثلاثة ارباع الفان وخمسماية وانما كان كذلك لانه لما اشترى
الجارية بالفين فقد اشتراها ارباعا ربعها للمضارب وثلثة ارباعها لرب
المال لانه اشتراها بعد ما ظهر ملك المضارب في الربح لانه اشتراها بالفين
وراس المال الف فحصة رب المال من الربح خمسماية وحصة المضارب خمسماية
فما اشتراه لرب المال يرجع به عليه وما اشتراه لنفسه فضمانه عليه وانما
خرج ربع الجارية من المضاربة لان القاضي لما لزمه ضمان حصته من الربح فقد
عينه ولا يتعين الا بالقسمة فخرج الربع من المضاربة وبقي الباقي على ما كان عليه
وقد لزم رب المال الف وخمسماية بسبب المضاربة فصار ذلك زيادة في
راس المال فصار راس المال الفا وخمسماية فان بيعت هذه الجارية باربعة الاف
فالف منها للمضارب لان ذلك حصته من الربح لاول فكان ملكه وبقي ثلثة الاف
على المضاربة لرب المال منها الفان وخمسماية راس ماله يبقى ربح خمسماية فيكون
بينهما نصفين على الشرط ولو كانت الجارية تساوي الفين والشرا بالف
وهي مال المضاربة فضاعت غرمها رب المال كلها لان الشرا اذا وقع بالف
فقد وقع بثمن كله راس المال وانما يظهر الربح في الثاني فيكون الضمان على رب
المال بخلاف الفصل الاول فان هناك الشرا وقع بالفين فظهر ربح المضارب
وملك ربع الجارية فيغرم حصة ذلك الربع من الثمن وروى عن محمد في المضارب
اذا اشترى جارية بالفي درهم الف ربح وقيمتها الف فضاعت الالفان قبل
ان ينقدها البايع ان على المضارب الربع وهو خمسماية وعلى رب المال الف وخمسماية
وهذا على ما بينا قال محمد رحمه الله ولو اشترى جارية تساوي الفين بامة
تساوي الفا وقبض التي اشتراها ولم يدفع امته حتى ماتتا جميعا في يده
فانه يغرم قيمة التي اشترى وهي الف يرجع بذلك لان المضمون عليه قيمة الجارية
التي اشتراها ولا فضل في ذلك عن راس المال وهذا انما يجوز وهو ان يشتري
المضارب جارية قيمتها الف بالفين اذا كان رب المال قال له اشتر بالقليل والكثير

المبيع صح

والاشترا المضارب على هذا الوجه لا يصح في قولهم جميعا وذكر بن سماعة عن محمد
في موضع اخر في نوادره في رجل دفع الى رجل الف درهم مضاربة بالتنصيف
فاشترى المضارب وباع حتى صار المال ثلثة الاف فاشترى بثلاثة الاف
ثلاثة اعبد قيمة كل واحد الف ولم ينقد المال حتى ضاع قال فغرم ذلك كله
على رب المال ويكون المال راس المال اربعة الاف لان المضارب لم يتعين له
ملك في واحد من العبيد لان كل واحد منهم يجوز ان يكون راس المال ولهذا
لا ينفذ عتقه فيهم فيرجع بجميع ثمنهم وقد علل محمد رحمه الله في هذا فقال
من ان المضارب لم يكن يجوز عتقه في شي من العبيد وهذا يخالف ما ذكره
الكرخي فانه قال ان محمدا يعتبر المضمون على المضارب الذي يغرمه دون ما وجب
عليه من الثمن ومعنى هذا الكلام ان المضارب اذا قبض ولم ينقد الثمن حتى هلك
كان المعتبر ما يجب عليه ضمانه فان كان ما يضمنه زايدا على راس المال كان على المضارب
حصة ذلك والا فلا وهذا يخالف الاول لانا اذا اعتبرنا الضمان فقد ضمن اكثر
من راس المال فاما ان يجعل عن محمد روايتان او يكون شرط فيما صار مضمونا
على المضارب ان يتعين حقه فيه وهاهنا وان ضمن فانه لم يتعين حقه فيه وانما
تعليله بعدم نفاذ العتق فلا يطرد فانه لو اشترى بالالفين جارية تساوي الفا
يضمن وان لم ينفذ عتقه فيه الا ان يكون جعل نفوذ العتق في الجارية المشتراة
بالفين وقيمتها الفان علة لوجوب الضمان عليه فما لا ينفذ عتقه فيه يكون عكس العلة
فلا يلزم طرده في جميع المواضع وقال محمد اذا اشترى المضارب عبدا بالف درهم
وهي مال المضاربة فنفذ المال فقال رب المال اشتريته على المضاربة ثم ضاع
المال وقال المضارب اشتريته بعد ما ضاع وانا ادري ان المال عندي
فاذا هو قد ضاع قبل ذلك فالقول قول المضارب لان الاصل في كل من يشتري
شيا انه يشتريه لنفسه ولان الحال يشهد له ايضا وهي هلاك المال فكان
الظاهر شاهدا للمضارب فكان القول قوله وذكر محمد في المضاربة الكبيرة اذا
اختلفا فقال رب المال ضاع قبل ان تشتري الجارية وانما اشتريتها وهو لنفسك
وقال المضارب ضاع المال بعد ما اشتريتها وانما اريد ان اخذك بالثمن ولا يعلم
متى ضاع فالقول قول رب المال مع يمينه وعلى المضارب البينة انه اشترى
والمال عنده وانما ضاع بعد الشرا لان رب المال ينفي الضمان عن نفسه والمضارب
يدعي عليه الضمان ليرجع عليه بالثمن لانه يدعي وقوع العقد له ورب المال ينكر
ذلك فكان القول قوله ولان الحال وهي الهلاك يشهد لرب المال فان اقاما
البينة فالبينة بينة المضارب لانها تثبت الضمان فكانت اولى فاذا انفسخت
المضاربة ومال المضاربة ديون على الناس وامتنع عن التقاضي والقبض فان
كان في المال ربح اجبر على التقاضي وان لم يكن فيه ربح لم يجبر على التقاضي والقبض
وقيل احل رب المال بالمال على الغرما لانه اذا كان هناك ربح كان له فيه نصيب
فيكون عمله على الاجر والاجير مجبور على العمل فيما التزم واذا لم يكن هناك ربح لم
تسلم له منفعة فكان عمله عمل الوكلا فلا يجبر على اتمام العمل كما لا يجبر الوكيل على
قبض الثمن غير انه يومر المضارب او الوكيل ان يحيل رب المال على الذي عليه الدين
حتى يمكنه قبضه لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فلا يثبت للامر ولاية القبض

الا بالحالة العاقد فلزمه ان يحيله بالمال حتى لا يتوي حقه ولو ضمن العاقد لرب
المال هذا الدين الذي عليه لم يجز ضمانه لان العاقد جعله امينا فلا يملك ان يجعل
نفسه ضمينا فيما جعله العاقد امينا ولو مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة
فيما خلف المضارب فانه يعود دينا فيما خلف المضارب وكذا المودع والمستعير
والمستبضع وكل من كان المال في يده امانة اذا كان مات قبل البيان ولا يعرف
الامانة بعينها فانه يكون عليه دينا في تركته لانه صار بالتجهيل مستهلكا للوديعة
ولا يصدق ورثته على الهلاك والتسليم الى رب المال ولو عين الميت المال في
حال حيوته او علم ذلك تكون تلك الامانة في يد وصيه او في يد وارثه كما كان
في يده ويصدقون على الهلاك والدفع الى صاحبه كما يصدق الميت في حال حيوته
والله اعلم بالصواب

كتاب الغصب

جمع محمد رحمه الله في كتاب
الغصب بين مسايل الغصب وبين مسايل الاتلاف وبدا بمسايل الغصب
فنبدا بما بدا به فنقول وبالله التوفيق • معرفة مسايل الغصب في الاصل
مبنية على معرفة حد الغصب • وعلى معرفة حكم الغصب • وعلى معرفة حكم
اختلاف الغاصب والمغصوب منه • اما حد الغصب فقد اختلف العلما فيه
قال ابو حنيفة وابو يوسف رحمهما الله هو ازالة يد المالك عن ماله المتقوم
على سبيل المجاهرة والمغالبة بفعل في المال وقال محمد رحمه الله الفعل في المال
ليس بشرط لكونه غصبا وقال الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد على مال الغير
بغير اذنه والازالة ليست بشرط انما الكلام مع الشافعي فهو احتج لتمهيد
اصله بقوله تعالى وكان وراءهم ملك ياخذ كل سفينة غصبا جعل الاخذ مصدره
الغصب مصدر الاخذ فدل ان الاخذ والغصب واحد والاخذ اثبات اليد الا ان
الاثبات اذا كان باذن المالك يسمى ايداعا واعارة وابضاعا في عرف الشرع فان
كان بغير اذن المالك يسمى في متعارف الشرع غصبا وانما الغصب انما جعل سببا
لوجوب الضمان والدليل عليه ان غاصب الغاصب ضامن وان لم يوجد منه
ازالة يد المالك بزوالها بغصب الغاصب الاول وازالة الزايل محال والله اعلم
ولنا الاستدلال بضمان الغصب من وجهين احدهما ان المالك استحق بيد
الغاصب عن الضمان وان يكون الغصب منه ازالة يد المالك لان الله تعالى
لم يشرع الاعتدا الا بالمثل بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى عليكم والثاني ان ضمان الغصب لا يكون ضمان زجر واما ان يكون
ضمان جبر ولا سبيل الى الاول لانه يجب على من ليس من اهل الزجر ولان
الانزجار لا يحصل به فدل انه ضمان جبر والجبر يستدعي الفوات فدل
انه لا بد من التفويت لتحقق الغصب ولا حجة له في الاية لان الله تعالى فسر
اخذ الملك تلك السفينة بغصبه اياها كانه قال وكان وراءهم ملك يغصب
كل سفينة وهذا لا يدل على ان كل اخذ غصب بل هي حجة عليه لان غصب ذلك الملك
كان اثبات اليد على السفينة مع ازالة ايدي المساكين عنها فيدل ان الغصب
اثبات على وجه يتضمن الازالة لا في الاثبات لان وقوعه تعديا بوقوعه ضارا
بالمالك وذلك باخراجه من ان يكون منتفعا به في حق المالك واعجازه عن
الانتفاع به وهو تفسير تفويت اليد وازالتها فاما مجرد الاثبات فلا ضرر

ربة

اما ان صح

فيه فلم يكن الاثبات تعديا وعلى هذا الاصل تخرج زوايد الغصب انها ليست مضمونة
سواكانت منفصلة كالولد واللبن والثمرة او متصلة كالسمن والجمال لانها لم تكن
في يد المالك وقت غصب الام فلم توجد ازالة يده عنها فلم يوجد الغصب
وعند محمد مضمونة لان الغصب عنده اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه
وقد وجد وهل تصير مضمونة عندنا بالبيع والتسليم والمنع او الاستهلاك
او الاستخدام جبرا اما المنفصل فلا خلاف بين اصحابنا في انها تصير مضمونة
بها واما المتصلة فذكر في الاصل انها تصير مضمونة بالبيع والتسليم ولم
يذكر الخلاف وصورة المسلة اذا غصب جارية قيمتها الف درهم فازدادت
في يده خيرا حتى صارت قيمتها الفي درهم فباعها وسلمها الى المشتري فهلكت
في يده فالمالك بالخيار ان شا ضمن المشتري قيمتها وان شا ضمن البايع فان
اختار تضمين المشتري ضمنه قيمتها يوم القبض الفي درهم وان اختار تضمين
البايع ضمنه بالبيع والتسليم قيمتها الفي درهم ايضا كذا ذكر في الاصل ولم يذكر
خلافا وحكي بن سماعة عن محمد رحمه الله الخلاف ان على قول ابي حنيفة ان شا
ضمن المشتري قيمتها يوم القبض الفي درهم وان شا ضمن الغاصب قيمتها
يوم الغصب الف درهم وليس له ان يضمنه زيادة بالبيع والتسليم
وهكذا ذكر الحاكم الشهيد في المنتقى وحكى الخلاف وهكذا ذكر الطحاوي في
مختصره الا انه للاستهلاك مطلقا فقال الا ان يستهلكها وفسره الجصاص
في شرحه مختصر الطحاوي فقال الا ان يكون عبدا او جارية فيقتل وهذا
هو الصحيح ان المغصوب اذا كان عبدا او جارية فقتله الغاصب خطا يكون
المالك بالخيار ان شا ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب وان شا ضمن عاقلة
القاتل قيمته وقت القتل زايدة في ثلث سنين وجه قولهما ان المنع والتسليم
غصب لان تفويت امكان الغصب الاخذ لان المالك كان متمكنا من اخذه
منه قبل البيع والتسليم وبعد البيع والتسليم لم متمكنا وتفويت امكان
الاخذ تفويت اليد معنى فكان غصبا موجبا للضمان وهذا لان تفويت
يد المالك انما كان غصبا موجبا للضمان لكونه اخراج المال من ان يكون
منتفعا به في حق المالك واعجازه عن الانتفاع بماله وهذا يحصل بتفويت
امكان الاخذ فيجب الضمان ولهذا يجب الضمان على غاصب الغاصب ومودع الغاصب
والمشتري من الغاصب كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل مغصوب
بالغصب الاول فلا يقع البيع والتسليم غصبا له لان غصب المغصوب لا يتصور
والزيادة المتصلة لا يتصور افرادها بالغصب لتصير مغصوبة بالبيع
والتسليم غصبا بخلاف الزيادة المنفصلة بالغصب بدون الاصل مقصود
ولم تكن مغصوبة بالغصب الاول لانعدامها فجاز ان تصير مغصوبة بالبيع
والتسليم فهو الفرق بين الزيادتين وبخلاف القتل لان قتل المغصوب متصور
لان محل القتل غير محل الغصب فمحل القتل هو الحيوة ومحل الغصب هو مالية
العين فتحقق الغصب لا يمنع تحقق القتل الا ان المضمون واحد والمستحق
للضمان واحد فيتخير وان الاصل مضمون بالغصب السابق لا شك فيه فيصير
مضمونا مملوكا للغاصب من ذلك الوقت بلا خلاف بين اصحابنا والمسلة

فيوجب هو

بيننا

بيننا فالزيادة حدثت على ملك الغاصب لانها نما ملكه فيكون ملكه فيكون البيع
والتسليم والمنع والاستخدام والاستهلاك في غير بني ادم تصرفا في ملك نفسه
فلا يكون مضمونا عليه كما لو تصرف في ساير املاكه بخلاف الزيادة المنفصلة لانا
ان اثبتنا الملك بطريق الاستناد فالمستند يظهر من وجه ويقتصر على الحال من
وجه فيعمل بشبه الظهور في الزوايد المتصلة وبشبه الاقتصار في المنفصلة اذ لا
يمكن العمل به على العكس ليلا يكون عملا بالشبهين بقدر الامكان واما على طريق
الظهور المحض فتخريجهما مشكل والله الموفق وبخلاف القتل لان العبد انما يضمن
بالقتل من حيث انه ادمي لا من حيث انه مال والغاصب انما ملكه بالضمان من وقت
الغصب من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي لانه من حيث انه ادمي لا يحتمل
التمليك فلم يكن هو بالقتل متصرفا في ملك نفسه لهذا افترقا والله اعلم ثم على
اصلهما اذا اختار المالك تضمين البايع هل يثبت له الخيار بين ان يضمنه الفي درهم
وقت البيع وبين ان يضمنه الف درهم وقت الغصب قال بعض مشايخنا يثبت
وهذا غير سديد لان التخيير بين القليل والكثير عند اتحاد الذمة من باب السفه
بخلاف التخيير بين البايع والمشتري عند ابي حنيفة لان هناك الذمة مختلفة
فمن الجايز ان يكون احدهما مليا والاخر مفلسا فكان التخيير مفيدا وبخلاف القتل لان
ضمان القتل ضمان الدم وانه موجل الى ثلث سنين وضمان الغصب ضمان المال
وانه حال فكان التخيير مفيدا ثم اذا ضمن المالك الغاصب قيمة المغصوب
وقت الغصب او وقت البيع والتسليم جاز البيع لانه تبين انه باع ملك نفسه
والثمن له لانه بدل ملكه وان ضمن المشتري قيمته وقت القبض بطل البيع ورجع
المشتري بالثمن على البايع لانه تبين انه اخذه بغير حق وليس ان يرجع على البايع
بالضمان ولو غصبا من انسان شيا فجا اخر وغصبه منه وهلك في يده فالمالك
بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني اما تضمين الاول فلوجود فعل
الغصب منه وهو تفويت يد المالك واما تضمين الثاني فلانه فوت يد الغاصب
الاول ويده يد المالك من وجه لانه يحفظ ماله ويتمكن من رده على المالك ويستقر
بها الضمان في ذمته فكانت منفعة يده عايدة الى المالك فاشبه يد المودع فقد
وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان الا ان المضمون واحد فخيرنا المالك
لعين المستحق فان اختار تضمين الاول رجع بالضمان على الثاني لانه ملك المغصوب
من وقت غصبه فتبين ان الثاني غصب ملكه وان اختار تضمين الثاني لا يرجع
على احد لانه ضمن بفعل نفسه وهو تفويت يد المالك من وجه على ما بينا وكذلك ان
استهلكه الغاصب الثاني ومتى اختار تضمين احدهما هل يبرا الاخر عن الضمان
بنفس الاختيار ذكر في الجامع انه يبرا حتى لو اراد تضمينه بعد ذلك لم يكن
له ذلك وروي بن سماعه في نوادره عن محمد انه لا يبرا ما لم يرض من اختار تضمينه
او يقضي به عليه القاضي وجه رواية النوادر ان عند وجود الرضا او القضا
بالضمان صار المغصوب ملكا للذي ملكه ضمنه لانه باعه منه فلا يملك الرجوع
بعد تمليكه كما لو باعه من الاول فاما قبل وجود الرضا او القضا فلم يوجد منه
التمليك من احدهما فله ان يملك من ايهما شا وجه ما ذكرنا رواية الجامع ما ذكرنا
انه باختياره تضمين الغاصب الاخر اظهر انه راض باخذ الاول وانه بمنزلة

المودع وباختيار تضمين الاول اظهر الثاني ما اتلف عليه شيا لانه لم يفوت يده
والله اعلم ولو باع الغاصب المغصوب من الثاني فهلك في يده بتخيير المالك فيضمن
ايهما شا فان ضمن الغاصب جاز بيعه والثمن له لما ذكرنا وان ضمن المشتري بطل
البيع ولا يرجع بالضمان على البايع ولكنه يرجع بالثمن عليه لما ذكرنا وكذلك لو استهلكه
المشتري ولو كان المغصوب عبدا فاعتقه المشتري من الغاصب ثم اجاز المالك
البيع نفذ اعتاقه استحسانا وعند محمد وزفر لا ينفذ قياسا ولا خلاف في انه لو باعه
المشتري ثم اجاز المالك البيع الاول انه لا ينفذ البيع الثاني وجه القياس ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم ولا ملك للمشتري
في العبد لانه ملك المغصوب منه فلا ينعقد اعتاقه فيه لينفذ عليه عند الاجازة
ولهذا لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان ان اعتاق المشتري صادف ملكا على التوقف
فينعقد على التوقف كالمشتري من الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين اذا اعتقه
ثم ابرا الغرما الميت عن ديونهم والدليل على ان الاعتاق صادف ملكا على التوقف ان
سبب الملك انعقد على التوقف وهو البيع المطلق الخالي عن الشرط ممن هو من اهل البيع
في محل قابل الا انه لم ينفذ دفعا للضرر عن المالك ولا ضرر عليه في التوقف فيتوقف
واذا توقف سبب الملك يتوقف الملك فيتوقف الاعتاق بخلاف البيع فانه يعتمد شروطا
اخر الا ترى انه لا يجوز بيع المنقول قبل القبض مع قيام الملك لمعنى الغرر وفي توقف
نفاذ البيع الثاني على البيع الاول تحقيق معنى الغرور ولو اودع الغاصب المغصوب
فهلك في يد المودَع بتخيير الملك في التضمين فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان
على احد لانه تبين انه اودع ملك نفسه وان ضمن المودَع يرجع على الغاصب
لانه غرّه بالايداع فيرجع عليه بضمان الغرور وهو ضمان الالتزام في الحقيقة ولو
استهلكه المودَع فالجواب على القلب من الاول انه ان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع
بالضمان على المودع لانه تبين انه استهلك ماله وان ضمن المودع لم يرجع على الغاصب
لانه ضمن بفعل نفسه فلا يرجع على احد ولو اجر الغاصب المغصوب او رهنه من
انسان فهلك في يده بتخيير المالك فان ضمن الغاصب لا يرجع على المستاجر والمرتهن
لانه تبين انه آجر ورهن ملك نفسه الا ان في الرهن يسقط دين المرتهن على
ما هو حكم هلاك الرهن وان ضمن المستاجر والمرتهن يرجع على الغاصب بما
ضمن والمرتهن يرجع بدينه ايضا اما رجوع المرتهن بالضمان فلا شك فيه لصيرورته
مغرورا واما رجوع المستاجر فلانه وان استفاد ملك المنفعة لكن بعوض
وهو الاجرة فيتحقق الغرور فاشبه المودع ولو استهلكه المستاجر والمرتهن
بتخيير المالك الا انه ان ضمن الغاصب يرجع على المستاجر والمرتهن لانه تبين
انه آجر ملك نفسه فاستهلكه المستاجر والمرتهن وان ضمن المستاجر او
المرتهن لم يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه والله اعلم ولو اعاره الغاصب
فهلك في يد المستعير بتخيير المالك وايهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه اما
الغاصب فلا شك لانه اعار ملك نفسه فهلك في يد المستعير واما المستعير
فلانه استفاد ملك المنفعة فلم يتحقق الغرور والله اعلم بالصواب وعلى
هذا يخرج منافع الاعيان المنقولة المغصوبة انها ليست بمضمونة عندنا
وعند الشافعي مضمونة نحو ما اذا غصب اوداية فامسكه اياما ولم يستعمله

ثم رده على مالكه لانه لم يوجد تفويت يد المالك عنها فلم يوجد الغصب وعنده حد
الغصب اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وقد وجد في المنافع والمنفعة
مال بدليل انه يجوز اخذ العوض عنها في الاجارة ويصلح مهرا في النكاح فيتحقق الغصب
فيها فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا غصب دارا او عقارا فانهدم شي من البنا
او جا سيل فذهب بالبنا والاشجار او غلب الما على الارض فبقيت تحت الما
انه لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف الاخر وعند محمد وهو قول ابي
يوسف الاول يضمن وهو قول الشافعي اما الشافعي فقد مر على اصله في تحديد
الغصب انه اثبات اليد على مال الغير بغير اذن مالكه وهو يوجد في العقار
كما يوجد في المنقول اما محمد رحمه الله فقد مر على اصله في حد الغصب انه ازالة
يد المالك عن ماله والفعل في المال ليس بشرط وقد وجد تفويت يد المالك عن
العقار لان ذلك عبارة عن اخراج المال من ان يكون منتفعا به في حق المالك او
اعجاز المالك عن الانتفاع به وهذا كما يوجد في المنقول يوجد في العقار فيتحقق
الغصب والدليل عليه ذكرها في الشهادات وهي ان من ادعى على اخر دارا فانكر
المدعا عليه فاقام المدعي شاهدين وقضى القاضي بشهادتهما ثم رجعا يضمنان
كما لو كانت الدعوى في المنقول فقد سوى بين العقار وبين المنقول في ضمان
الرجوع فدل ان الغصب الموجب للضمان يتحقق فيهما جميعا واما ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله فمرا على اصلهما ان الغصب ازالة يد المالك عن ماله
بفعل في المال ولم يوجد في العقار والدليل على هذا شرط تحقق الغصب
الاستدلال بضمان الغصب فان اخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعل في
الضمان فيستدعي وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتدا بالمثل وعلى
انهما ان سلما تحقق الغصب في العقار فالاصل في الغصب ان لا يكون سببا
لوجوب الضمان لان اخذ الضمان من الغاصب اتلاف ماله عليه الا ترى انه
يزول يده وملكه عن الضمان فيستدعي وجود الاتلاف منه اما حقيقة او
تقديرا لان الله تعالى لم يشرع الاعتدا الا بالمثل قال تعالى فمن اعتدى عليكم
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولم يوجد ههنا الاتلاف من الغاصب لا
حقيقة ولا تقديرا اما الحقيقة فظاهر واما التقدير فلان ذلك بالنقل والتحويل
والتغييب عن المالك على وجه لا يقف على مكانه ولهذا لو حبس رجلا حتى ضاعت
مواشيه وفسدت زروعه لا ضمان عليه والعقار لا يحتمل النقل والتحويل فلم يوجد
الاتلاف حقيقة وتقديرا فينبغي الضمان لضرورة النص وعلى هذا الاختلاف
اذا غصب عقارا فجا انسان فاتلفه فالضمان على المتلف عندهما لان الغصب لا يتحقق
في العقار فيعتبر الاتلاف وعند محمد يتحقق الغصب فيه فيتخير المالك فان اختار
تضمين المتلف لا يرجع على احد لانه ضمن بفعل نفسه واما مسئلة الرجوع عن الشهادة
فمن اصحابنا من منعها وقال ان محمدا رحمه الله بنى الجواب على اصل نفسه فاما على
قولهما فلا يضمنان ومنهم من سلم ولا باس بالتسليم لان ضمان الرجوع ضمان اتلاف
لا ضمان غصب والعقار مضمون بالاتلاف بلا خلاف وعلى هذا يخرج ما اذا غصب
صبيا حرا من اهله فمات في يده من غير آفة اصابته بان مرض في يده فمات انه لا
يضمن لان كون المغصوب مالا شرط تحقق الغصب والحر ليس بمال ولو مات في يده

باقة بان عقره اسد او نهشته حية ونحو ذلك يضمن لوجود الاتلاف منه تسبيبا
والحر يضمن بالاتلاف مباشرة وتسبيبا على ما نذكر في مسائل الاتلاف ان شاء الله تعالى
ولو غصب مدبرا فهلك في يده يضمن لان المدبر مال متقوم الا انه امتنع جواز بيعه
اذا كان مدبرا مطلقا مع كونه مالا متقوما لانعقاد سبب الحرية للحال وفي البيع
ابطال السبب على ما عرف وكذلك لو غصب مكاتبا فهلك في يده لانه عبد ما بقي
عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان مالا متقوما ومعتق البعض
بمنزلة المكاتب على اصل ابي حنيفة فكان مضمونا بالغصب كالمكاتب وعلى اصلهما
هو حر عليه دين والحر لا يضمن بالغصب ولو غصب ام ولد انسان فهلكت عنده
لم يضمن عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يضمن وام الولد لا تضمن
بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق كجارية بين رجلين جاءت
بولد فادعياه جميعا ثم اعتقها احدهما لا يضمن لشريكه شيئا ولا تسعى هي ايضا في شيء
عنده وعندهما يضمن في ذلك كله كالمدبر ولقب المسألة ان ام الولد هل هي متقومة
من حيث انها مال ام لا ولا خلاف في انها متقومة بالقتل ولا خلاف في ان المدبر
متقوم وجه قولهما انها كانت مالا متقوما والاستيلاد لا يوجب سقوط المالية
والتقوم لانه لا يثبت به الا حق الحرية فانها لا تبطل المالية والتقوم كما في المدبر
وجه قول ابي حنيفة ان الاستيلاد اعتاق لما روي عن رسول الله صلى الله عليه
عليه وسلم انه قال في جاريته مارية رضي الله عنها اعتقها ولدها عليه السلام
فظاهره يقتضي ثبوت العتق في الحال في جميع الاحكام الا انه تاخر في حق بعض الاحكام
لدليل فمن ادعى التاخير في حق سقوط المالية والتقوم فعليه الدليل بخلاف المدبر
لان التدبير ليس باعتاق للحال على معنى انه لا يثبت به العتق للحال اصلا فانما الموجود
للحال مباشرة سبب العتق من غير عتق وهذا لا يمنع بقاء المالية والتقوم ويمتنع
جواز البيع لما قلنا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جلد ميتة لذمي او لمسلم فهلك في يده
او استهلكه انه لا يضمن لان الميتة والدم ليسا بمال في الازمان كلها ولو دبغه
الغاصب وصار مالا فحكمه نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما
اذا غصب خمر المسلم او خنزيره فهلك في يده انه لا يضمن سواء كان الغاصب
مسلما او ذميا غير ان الغاصب ان كان ذميا فعليه في الخمر مثلها وفي الخنزير قيمته
وان كان مسلما فعليه القيمة فيهما جميعا وهذا عندنا وقال الشافعي لا ضمان على غاصب
الخمر والخنزير كما بينا ما كان وجه قوله ان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حق الناس
كافة لقوله تعالى في صفة الخمر رجس من عمل الشيطان وصفة المحل لا يختلف
باختلاف الشخص وقوله عليه السلام حرمت الخمرة بعينها اخبر عن كونه محرمة وجعل
علة حرمتها عينها فتدور الحرمة مع العين واذا كانت محرمة لا تكون مالا
لان المال ما يكون منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق ولنا
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في الحديث المعروف فاعلمهم ان لهم
ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وللمسلم الضمان اذا غصب منه خله وشاته ونحو
ذلك اذا هلك في يد الغاصب فيلزم ان يكون للذمي ايضا اذا غصب منه خمره او
خنزيره ليكون لهم ما للمسلمين عملا بظاهر الحديث واما الكلام في المسألة من حيث
المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق اهل الذمة وكذا الخنزير في حقهم كالخل

في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الاباحة شرعا فكان كل واحد منهما
مالا متقوما في حقهم ودليل الاباحة في حقهم ان كل واحد منهما منتفع به حقيقة
صالح الاقامة مصلحة البقا والاصل في باب البقا اسباب البقا هو الاطلاق الا
ان الحرمة في حق المسلم تثبت نصا غير معقول المعنى او معقولا بمعنى لا يوجد
هاهنا او يوجد لكنه لا ~~يقتضي الا الحل لا~~ يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله
تعالى انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر
ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما
بينهم واجب الوقوع لانها سبب المنازعة والمنازعة سبب الهلاك وهذا يوجب
الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا ان الحرمة ثابتة في حقهم
كما هي ثابتة في ~~حقهم~~ حق المسلمين لان الكفار مخاطبون بشرايع هي حرمات عندنا
وهو الصحيح من الاقوال على ما عرف في اصول الفقه وعلى هذا طريق وجوب الضمان
وجهان احدهما ان الخمر وان لم يكن مالا متقوما في الحال فهي بعرض ان تصير
مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخليل ووجوب ضمان الغصب والاتلاف
يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك للحال
الا ترى ان المهر والجحش مالا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف
والثاني ان الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع عن شرب الخمر واكل الخنزير
حسما لما روي عن علي رضي الله عنه امرنا بان نتركهم وما يدينون ومثله لا يكذب
وقد دانوا شرب الخمر واكل الخنزير فلزمنا ترك التعرض لهم في ذلك وبقي
الضمان بالغصب والاتلاف يفضي الى التعرض لان السفيه اذا علم انه اذا غصب
او اتلف لا يؤاخذ بالضمان يقدم على ذلك وفي ذلك منعهم وتعرض من حيث
المعنى والله اعلم ولو كان لمسلم خمر غصبها منه ذمي او مسلم فهلكت عند
الغاصب او خللها ثم هلكت فلا ضمان عليه ولو استهلكها يضمن خلا مثلها لان
الغصب حين وجوده لم ينعقد سببا لوجوب الضمان ولم يوجد من الغاصب
صنع اخر لان الهلاك ليس من صنعه فلا يضمن واذا استهلكه فقد وجد
منه صنع اخر وهو اتلاف خل مملوك للمغصوب منه فيضمن ولو غصب
مسلم من نصراني صليبا له فهلك في يده يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك
وعلى هذا يخرج ما اذا استخدم عبد رجل بغير امره او بعثه في حاجة او قاد دابة
له او ساقها او ركبها او حمل عليها بغير اذن صاحبها انه ضامن لذلك سواء عطب
في تلك الخدمة او في مضيه في حاجته او مات حتف انفه لان يد المالك
كانت ثابتة عليه فقد فوت يد المالك فيتحقق الغصب ولو دخل دار انسان
بغير اذنه وليس في الدار احد فهلكت لم يضمن في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يضمن وقد ذكرنا المسألة فيما تقدم ولو جلس على فراش غيره او بساط
غيره بغير اذنه فهلكت لا يضمن بالاجماع لان تفويت يد المالك فيما يحتمل النقل
لا يحصل بدون النقل فلم يتحقق الغصب فلا يجب الضمان والله اعلم

فصل

واما حكم الغصب فله في الاصل حكمان ٭ احدهما يرجع الى الاخرة ٭ والثاني
يرجع الى الدنيا ٭ اما الذي يرجع الى الاخرة فهو الاثم واستحقاق المواخذة
اذا فعله عن علم لانه معصية وارتكاب المعصية على سبيل التعمد سبب

لاستحقاق المواخذة وقد روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال
من غصب شبرا من ارض طوقه الله تعالي من سبع ارضين يوم القيامة
وان فعله لاعن علم بان ظن انه ملكه فلا مواخذة عليه لان الخطا مرفوع المواخذة
شرعا ببركة دعا النبي صلي الله عليه وسلم بقوله ربنا لا تواخذنا ان نسينا
او اخطانا وقوله رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه
واما الذي يرجع فانواع ٭ بعضها يرجع الي حال قيام المغصوب ٭ وبعضها
يرجع الي حال هلاكه ٭ وبعضها يرجع الي حال نقصانه ٭ وبعضها يرجع الي
حال زيادته ٭ اما الذي يرجع الي حال قيامه فهو وجوب رد المغصوب
علي الغاصب والكلام في هذا الحكم في ثلاث مواضع ٭ في بيان وجوب الرد ٭
وفي بيان شرط وجوبه ٭ وفي بيان ما يصير المالك مستردا ٭ اما السبب
اخذ مال الغير بغير اذنه لقوله عليه السلام علي اليد ما اخذت حتي ترد
وقوله لا ياخذ احدكم مال صاحبه لاعبا ولا جادا فاذا اخذ احدكم عصا صاحبه
فليرد عليه ولان الاخذ علي هذا الوجه معصية والردع عن المعصية واجب
وذلك برد الماخوذ ويجب رد الزيادة المنفصلة كما يجب رد الاصل لوجود سبب
وجود الرد فيه ففونه الرد علي الغاصب لانها من ضرورات الرد فاذا وجب
عليه الرد وجب عليه ما هو من ضروراته كما رد العارية واما شرط وجوب
الرد فقيام المغصوب في يد الغاصب حتي لو هلك في يده او استهلكه صورة
ومعني او معني لا صورة ينتقل من الرد الي الضمان لان الهالك لا يحتمل الرد وعلي هذا
يخرج ما اذا المغصوب حنطة فزرعها الغاصب او نواة فغرسها حتي نبتت
او نواة فغرسها حتي صارت شجرة او بيضة فحضنها تحت دجاجة فافرخت او
قطنا فغزله او غزلا فنسجه او ثوبا فقطعه وخاطه قميصا او لحما فشواه او طبخه
او شاة فذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او سمسما
فعصره او عنبا فعصره او حديدا فضربه سيفا او سكينا او صفرا او نحاسا
فعمله انية او ترابا له قيمة فلبنه او اتخذه خزفا او لبنا فطبخه اجرا ونحو ذلك
انه ليس للمالك ان يسترد شيا من ذلك عندنا ويزول ملكه بضمان المثل او
القيمة وعند الشافعي له ولاية الاسترداد ولا يزول ملكه وجه قوله
ان ذات المغصوب وعينه قايم بعد فعل الغاصب وانما فات بعض صفاته فلا
يبطل حق الاسترداد كما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه او صبغه احمر او اصفر
ولان الملك كان ثابتا للمالك والعارض وهو فعل الغاصب محظور فلا يصلح
سببا لثبوت الملك فيلتحق بالعدم فيبقي علي ملك المالك ويبقي له ولاية
الاسترداد ولنا ان فعل الغاصب في هذه المواضع وقع استهلاكا للمغصوب
اما صورة ومعني او معني لا صورة فيزول ملك المالك عنه وتبطل ولاية
الاسترداد كما اذا استهلكه حقيقة ودلالة تحقق الاستهلاك ان المغصوب
قد تبدل وصار شيا اخر بتخليق الله تعالي واتخاذه لانه لم تبق صورته ولا معناه
الموضوع في بعض المواضع ولا اسمه وقيام الاعيان بقيام صورها ومعانيها
المطلوبة وفي بعضها ان بقيت الصورة فقد فات معناه الموضوع له المطلوب
منه عادة فكان فعله استهلاكا للمغصوب صورة ومعني او معني لا صورة

فيبطل

فيبطل حق الاسترداد اذ الهالك لا يحتمل الرد كالهالك الحقيقي ولانه اذا حصل الاستهلاك
يزول ملك المالك لان الملك لا يبقي في الهالك كما في الهالك الحقيقي ولانه اذا حصل
الاستهلاك يزول ملكه فينقطع ولاية الاسترداد ضرورة ولان الاستهلاك
يوجب ضمان المثل او القيمة للمالك لوقوعه اعتداء عليه او اضرارا به وهذا يوجب
زوال ملكه عن المغصوب لما نذكره واذا زال ملك المالك بالضمان يثبت
الملك للغاصب في المضمون لوجود سبب الثبوت في محل قابل وهو اثبات الملك
علي مال غير مملوك لاحد وبه تبين ان فعله الذي هو سبب لثبوت الملك مباح
لا حظر فيه فجاز ان يثبت به الملك وعلي هذا يخرج ما اذا غصب لبنا او اجرا
او ساجة فادخلها في بنايه انه لا يملك الاسترداد عندنا ويصير ملكا للغاصب
بالقيمة خلافا للشافعي فهو مر علي اصله المعهود في جنس هذه المسايل ان فعل
الغاصب محظور فلا يصلح لثبوت الملك لكون الملك نعمة وكرامة فالتحق فعله
بالعدم شرعا فبقي ملك المغصوب منه كما كان ولنا ان المغصوب بالادخال في
البنا والتركيب صار شيا اخر غير الاول لاختلاف المنفعة اذ المطلوب من
المركب غير المطلوب من الفرد فصار بها تبعا له فكان الادخال اهلاكا معني
فيوجب زوال ملك المغصوب منه وتصير ملكا للغاصب ولان الغاصب
يتضرر بنقض البنا والمالك وان كان يتضرر بزوال ملكه ايضا لكن ضرره
دون ضرر الغاصب لانه يقابله عوض فكان ضرر الغاصب اعلي فكان اولي بالدفع
ولهذا لو غصب من اخر خيطا فخاط به بطن نفسه او دابته ينقطع حق المالك
كذا هذا وذكر الكرخي ان موضوع مسالة الساجة ما اذا بني الغاصب في
حوالي الساجة لا علي الساجة فاما اذا بني علي نفس الساجة لا يبطل ملك
المالك بل ينقض وهو اختيار الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله لان
البنا اذا لم يكن علي نفس الساجة لم يكن الغاصب متعديا بالبنا فينقض ازالة
التعدي واذا كان البنا عليها كان متعديا علي الساجة فيزال تعديه بالنقض
والصحيح ان الجواب في الموضعين والخلاف في الفصلين ثابت لانه كيف ما كان
لا يمكنه رد الساجة الا بنقض البنا البنا ولزوم ضرر معتبر هذا موضوع
المسالة حتي لو كان يمكنه الرد بدون ذلك لا ينقطع حق المالك بالاتفاق بل
يومر بالرد ولو بيعت الدار في حيوة الغاصب او بعد وفاته كان صاحب
هذه الاشيا اسوة للغرما في الثمن ولا يكون احق بشي من ذلك لان ملكه قد
زال عن العين الي القيمة فبطل اختصاصه بالعين وكذلك لو غصب خوصا
فجعله زنبيلا لا سبيل للمغصوب منه عليه وهو بمنزلة الساجة اذا جعلها بنا
ولو غصب نخلة فشقها فجعلها جذوعا كان له ان ياخذ الجذوع لان المغصوب
قايمة وانما فرق الاجزا فاشبه الثوب اذا قطعه فلم يخطه ولو غصب ارضا
فبني عليها او غرس فيها لا ينقطع ملك المالك ويقال للغاصب اقلع البنا والغرس
وردها فارغة لان الارض بحالها لم تتغير ولم تصر شيا اخر الا تري انه يسمي
الكل بنا واحدا فان كان الارض تنتقص بقطع ذلك فللمالك ان يضمن له قيمة
البنا والغرس مقلوعا ويكون له الغرس والبنا لان الغاصب يتضرر بالمنع من
التصرف في ملك نفسه بالقلع والمالك ايضا يتضرر بنقصان ملكه فلزم

رعاية الجانبين وذلك فيما قلنا ولو غصب تبر ذهب او فضة فصاغه انا آو ضربه
دراهم او دنانير فللمغصوب ان ياخذه ولا يعطيه شيا لاجل الصياغة وقال
ابو يوسف ومحمد لا سبيل له علي ذلك وعلي الغاصب مثل ما غصب واجمعوا علي انه اذا
سبكه ولم يصغه او جعله مطولا او مربعا او مطولا ان له ان يسترده ولا شي
عليه وجه قولهما ان صنع الغاصب وقع استهلاكا لان المغصوب بالصياغة شيا
اخر فاشبه ما اذا غصب حديدا فاتخذه سيفا او سكينا وجه قول ابي حنيفة
ان استهلاك الشي اخراجه من ان يكون منتفعا به منفعة موضوعة له مطلوبة
منه عادة ولم يوجد هاهنا لان المطلوب من الذهب والفضة الثمنية وهي باقية
بعد استحداث الصنعة فلم يتحقق الاستهلاك فبقي علي ملك المغصوب منه
ولو غصب صفرا او نحاسا او حديدا فضربه آنية ينظر ان كان يباع فهو علي
الخلاف الذي ذكرنا في الذهب والفضة لانه لم يخرج بالضرب والصياغة عن
حد الوزن وان كان يباع عددا ليس له ان يسترد بلا خلاف لانه خرج عن كونه
موزونا بخلاف الذهب والفضة لان الوزن فيهما اصل لا يتصور سقوطه ابدا
ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه او شاة فذبحها ولم يشوها ولا طبخها لا ينقطع
حق المالك اذ الذبح ليس باستهلاك بل هو تنقيص وتعييب فلا يجب يوجب
زوال الملك بل يوجب الخيار للمالك علي ما يذكر في موضعه ان شا الله تعالي
واما بيان ما يصير المالك به مستردا للمغصوب فنقول وبالله التوفيق
الاصل ان المالك يصير مستردا للمغصوب باثبات يده عليه لانه صار
مغصوبا بتفويت يده عنه فاذا اثبت يده عليه فقد اعاده الي يده فزالت
يد الغاصب ضرورة الا ان يغصبه ثانيا وعلي هذا تخرج المسايل اذا كان المغصوب
عبدا فاستخدمه او ثوبا فلبسه او دابة فركبها او حمل صار مستردا له وبري
الغاصب من الضمان لما قلنا سوا علم المالك انه ملكه او لم يعلم لانه اثبات اليد
علي العين امر حسي لا يختلف بالعلم والجهل ولهذا لم يكن العلم شرطا لتحقق الغصب
فلا يكون شرطا لبطلانه وكذلك لو كان طعاما فاكله لانه اثبت يده عليه فبطلت
يد الغاصب وكذا اذا اطعمه يبرا عن الضمان عندنا وعند الشافعي لا يبرا وجه
قوله انه غره في ذلك حيث اطعمه ولم يعلمه انه ملكه فلا يسقط عنه
الضمان ولنا انه اكل طعام نفسه فلا يستحق علي غيره كما لو كان في يد الغاصب
فاستهلكه وقوله غره الغاصب ممنوع بل هو الذي اغتر بنفسه حيث تناول
من غير بحث انه ملكه او ملك الغاصب والمغتر بنفسه لا يستحق الضمان علي غيره
ولو كان المغصوب عبدا فاجره من الغاصب للخدمة او ثوبا فاجره منه للبس
او دابة للركوب وقبل الغاصب الاجارة بري عن الضمان لان الاجارة اذا
صحت صارت يد الغاصب علي المحط يد اجارة وانها غير محقة فتبطل يد الغاصب
ضرورة فيبرا عن الضمان حين وجب عليه الاجر بالاجارة وقالوا في الغاصب
اذا اجر العبد المغصوب من مولاه ليبني له حايطا معلوما انه يسقط ضمان
الغصب حين يبتدي بالبنا لان البراة عن الضمان في الموضعين جميعا متعلقة
بوجوب الاجرة والاجرة في استيجار العبد والثوب تجب بالتسليم وهو التخلية
وهاهنا يجب بالعمل لا بنفس التخلية لذلك افترقا ولو زوج الامة المغصوبة

من الغاصب لا يبرا عن الضمان في قياس قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف يبرا
بنا علي ان المشتري هل يصير قابضا بالتزويج ام لا وقد ذكرنا المسلة في كتاب
البيوع في بيان حكم البيع ولو استاجر الغاصب ليعلم العبد المغصوب عملا
من الاعمال فهو جايز لكنه لا يصير مستردا للعبد ولا يبرا الغاصب عن الضمان
بل هو في يد الغاصب علي ضمانه حتي لو هلك قبل ان ياخذ في ذلك العمل او بعده ضمن
وكذلك لو استاجره لغسل الثوب المغصوب لان الاجارة هاهنا ما وقعت
علي المغصوب فلم تثبت يد الاجارة عليه لتبطل عنه يد الغاصب فبقي في يد الغاصب
كما كان فبقي مضمونا كما كان بخلاف استيجار المغصوب علي ما بينا اذا رد الغاصب
الثاني المغصوب علي الغاصب الاول بري لان يده يد المالك من وجه فيصح الرد
عليه والله اعلم * واما الذي يتعلق بالمغصوب فنوعان * احدهما وجوب
الضمان * والثاني ملك الغاصب المضمون * اما وجوب الضمان فالكلام فيه
في مواضع * في بيان كيفية الضمان * وفي بيان شرط وجوبه * وفي بيان
وقت وجوبه * وفي بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدته * اما الاول
فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون مما له مثل واما ان يكون مما لا مثل له فان كان
مما له مثل كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة فعلي الغاصب
مثله لان ضمان الغصب ضمان اعتدا والاعتدا لم يشرع الا بالمثل
قال الله تعالي فمن اعتدي عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدي عليكم والمثل
المطلق هو المثل صورة ومعني فاما القيمة فمثل من حيث المعني دون الصورة
ولان ضمان الغصب ضمان جبر الفايت ومعني الجبر بالمثل اكمل منه من القيمة
فلا يعدل عن المثل الي القيمة الا عند التعذر وقال زفر الجوز والبيض
مضمونان بالقيمة لا بالمثل وقد ذكرنا المسلة في كتاب البيوع وان كان مما لا مثل
له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فعليه قيمته لانه تعذر ايجاب
المثل صورة ومعني لانه لا مثل له فيجب المثل معني وهو القيمة لانها المثل الممكن
والاصل في ضمان القيمة ما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قضي في عبد
بين شريكين اعتق احدهما نصيبه بنصف قيمته للذي لم يعتق والنص
الوارد في العبد يكون واردا في اتلاف كل ما لا مثل له دلالة والله اعلم *
واما شرط وجوب الضمان فشرط وجوب ضمان المثل والقيمة علي الغاصب عجزه
عن رد المغصوب فما دام قادرا علي رده علي الوجه الذي اخذه لا يجب عليه
الضمان لان الحكم الاصلي الواجب للغصب هو وجوب رد العين وانما يصار الي
الخلف عند العجز عن رد الاصل وسوا عجز عن الرد بفعله بان استهلكه او بفعل
غيره بان استهلكه غيره او بافة سماوية بان هلك بنفسه لان المحل صار
مضمونا بالغصب السابق لان فعله دال لا بالهلاك لان الهلاك ليس صنعه
لكن عند الهلاك يتقرر الضمان لان عنده يتقرر العجز عن رد العين فيتقرر
الضمان وعلي هذا يخرج ما اذا ادعي الغاصب هلاك المغصوب ولم يصدقه
المغصوب منه انه يطلب منه بينة فان اقامها والا حبسه القاضي مدة
يغلب علي ظنه انه لو كان في يده لاظهره ثم يقضي عليه بالضمان لان بذلك يثبت
عجزه عن رد العين فيحبس كمن كان عليه دين فطولب به فادعي الافلاس

ومن شرط الخطاب باداء الضمان ان يكون المثل موجودا في ايدي الناس حتي لو غصب
شيا له مثل ثم انقطع عن ايدي الناس لا يخاطب باداءه للحال لانه ليس بمقدور
بل يخاطب بالقيمة في حال انقطاعه عن الايدي فقد اختلف اصحابنا الثلاثة
قال ابو حنيفة يحكم علي الغاصب بقيمته يوم يختصمون وقال ابو يوسف
يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع وجه قول محمد ان الغاصب اوجب المثل
علي الغاصب والمصير الي القيمة للتعذر والتعذر حصل بسبب الانقطاع فتعتبر
قيمته يوم الانقطاع كما لو استهلكه في ذلك الوقت وجه قول ابي يوسف ان سبب
وجوب ضمان المثل عند القدرة والقيمة عند العجز هو الغصب والحكم يعتبر
من وقت وجود سببه وجه قول ابي حنيفة ان الواجب كان مثل المغصوب
وبالانقطاع عن ايدي الناس لم يبطل الواجب لان الاصل ان ما ثبت بنفي لتوهم
الفايدة وتوهم العود هاهنا ثابت الا تري ان للمالك ان يختار الانتظار الي وقت
ادراكه فياخذ المثل واذا بقي المثل واجبا بعد الانقطاع فانما ينتقل حقه من
المثل الي القيمة بالخصومة فتعتبر قيمته وقت الخصومة فاما علم الغاصب
بكون المغصوب ملك غيره فليس بشرط لوجوب الضمان حتي لو اخذ مالا علي وجه
يري له اخذه ظاهرا او في الباطن بخلافه كما اذا اشتري شيا او ملكه بوجه من
الوجوه فتصرف فيه ثم تبين انه مستحق يضمن لكن لا اثم عليه لان العلم به
ليس بشرط لتحقق الغصب وهو شرط ثبوت المواخذة قال الله تعالي وليس
عليكم جناح فيما اخطاتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم والله اعلم ٥ واما وقت وجوب
الضمان فوقت وجود الغصب لان الضمان يجب بالغصب ووقت ثبوت
الحكم وقت وجود سببه فيعتبر قيمة المغصوب يوم الغصب حتي لا يتغير
بتغير السعر لان السبب لم يتغير ولا تغير المحل ايضا لان تراجع السعر لفتور
يحدثه الله في قلوب عباده واما بيان ما يخرج به الغاصب عن عهدة الضمان
فالذي يخرج به عن عهدته شيان احدهما اداء الضمان الي المالك او من يقوم مقامه
لان الاصل في طريق الخروج عن عهدة الواجب اداوه ولو هلك المغصوب في يد
الغاصب الثاني فادي القيمة الي الغاصب الاول يبرا عن الضمان في الرواية
المشهورة وروي عن ابي يوسف انه لا يبرا الا بقضاء القاضي وجه هذه
الرواية ان الضمان الواجب عليه للمالك فلا يسقط عنه الا بالاداء الي المالك
وجه الرواية المشهورة ان الضمان خلف عن العين قايم مقامه ثم لو رد العين يبري
عن الضمان فكذا اذا رد القيمة لان ذلك رد العين من حيث المعني والثاني الابرا
وهو نوعان صريح وما يجري مجري الصريح ودلالة اما الاول فنحو ان يقول
ابراتك عن الضمان او اسقطته عنك او وهبته منك وما اشبه ذلك
فيبرا عن الضمان لانه اسقط حق نفسه وهو من اهل الاسقاط والمحل قابل
للسقوط فيسقط واما الثاني فهو ان يختار المالك تضمين احد الغاصبين
فيبرا الاخر لان اختيار تضمين احدهما ابرا للاخر دلالة فيما ذكرنا فيما
تقدم اما بنفس الاختيار او بشريطة رضا من اختار تضمينه او القضا
علي اختلاف الروايتين اللتين ذكرناهما ولو ابراه عن ضمان العين وهي قايمة
في يده صح الابرا وسقط عنه الضمان عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يصح

وجه

وجه قوله ان الابرا اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل فالتحق بالعدم وبقيت العين
مضمونة كما كانت واذا هلكت ضمن ولنا ان العين صارت مضمونة بنفس الغصب
بل الغصب سبب لوجوب الضمان فكان هذا ابراء عن الضمان بعد وجود سبب
وجوبه فيصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت ولو اجل المغصوب منه
الغاصب ببدل الغصب صح التاجيل عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يصح
اسند لا الا بالقرض ولنا ان عدم اللزوم في القرض لكونه جاريا مجري الاعارة
لما بينا في كتاب القرض والاجل لا يلزم في العواري وهذا المعني لا يوجد في الغصب
فيلزمه وهذا لان الاصل هو لزوم التاجيل لانه تصرف صدر من اهله في محله
وهو العين الا ان عدم اللزوم في باب القرض لضرورة الاعارة ولم توجد
هاهنا فيلزم علي الاصل والله اعلم ٥ واما ملك الغاصب المضمون فالكلام في هذا
الحكم في مواضع ٥ في بيان اصل الحكم انه يثبت ام لا ٥ وفي بيان وقت ثبوته
وفي بيان شرط ثبوته ٥ وفي بيان صفة الحكم الثابت ٥ اما الاول فقد
اختلف العلما فيه قال اصحابنا يثبت اذا كان المحل قابلا للثبوت ابتدا وقال
الشافعي لا يثبت اصلا حتي ان من غصب عبدا فاكتسب في يد الغاصب ثم هلك العبد وضمن
الغاصب قيمته فالغصب ملك الغاصب عندنا وعنده ملك المالك ولو ابق
العبد المغصوب من يد الغاصب وعجز عن رده الي المالك فالمغصوب منه
بالخيار ان شا انتظر الي ان يظهر وان شا لم ينتظر وضمن الغاصب قيمته
ثم ظهر العبد ينظر ان اخذ صاحبه القيمة بقول نفسه التي سماها ورضي بها
او بتصادقهما عليه او بقيام البينة او بنكول الغاصب عن اليمين فلا سبيل له
علي العبد عندنا وعنده ياخذ عبده بعينه ولو كان المغصوب مدبرا يعود علي
ملك المالك وجه قوله ان الملك لا بد له من سبب والغصب لا يصلح سببا لانه
محظور والملك نعمة وكرامة فلا يستفاد بالمحظور ولان ضمان الغصب لا يقابل
العين وانما يقابل اليد القايتة فلا يملك به العين كما في غصب المدبر ولنا ان
ملك الغاصب يزول عن الضمان فلو لم يزل ملك المغصوب منه عن المضمون
الا اعتدا بالمثل ولانه اذا زال ملك الغاصب عن الضمان وانه بدل المغصوب
لانه مقدر بقيمته وملك المغصوب منه البدل بكماله لو لم يزل ملكه عن
المغصوب لاجتمع البدل والمبدل في ملك المالك وهذا لا يجوز واذا زال
ملك المالك عن المغصوب فالغاصب اثبت يده علي مال قابل للملك لا ملك لاحد
فيه فيملكه كما يملك الحطب والحشيش باثبات يده عليهما وبه تبين ان ما هو
سبب الملك فهو مباح لا حظر فيه فجاز ان يثبت به الملك بخلاف المدبر لانه
لا يحتمل ابتدا الملك فيزول ملك المالك لكن لا يملكه الغاصب لعدم قبول
المحل للتملك ابتدا وهاهنا بخلافه ولو اخذ صاحبه القيمة بقول الغاصب
بان اختلفا في القيمة وقضي القاضي بالقيمة بقول الغاصب وبيمينه ثم ظهر العبد
ذكر في ظاهر الرواية ان المغصوب منه بالخيار ان شا رضي بالماخوذ وترك العبد
علي الغاصب وان شا رد الماخوذ واخذ العبد لانه تبين ان الماخوذ بعض
بدل المعين لا كله فلا يملك بدل المغصوب بكماله فيثبت له الخيار فان اراد
استرداد العبد فللغاصب ان يحبس العبد حتي ياخذ القيمة ولو مات العبد

غصب عبدا

في يد الغاصب قبل القيمة لا يرد القيمة ولكن ياخذ من الغاصب فضل القيمة ان كان في قيمة
العبد فضل علي ما اخذه وان لم يكن فيها فضل فلا شي له سوي القيمة وروي عن ابي يوسف
انه اذا ظهر العبد وقيمته اكثر مما قاله الغاصب فالمغصوب منه بالخيار علي ما بينا فاما
اذا كانت قيمته مثل ما قال الغاصب او اقل منه فلا سبيل لصاحبه عليه وهكذا فصل
الكرخي لانه رضي بزوال ملكه بهذا البدل وفي ظاهر الرواية اثبت له الخيار من غير
تفصيل ولو اختلفا في زيادة القيمة فادعي الغاصب انها حدثت بعد التضمين وادعي
المغصوب منه انها كانت قبله كان الجصاص يقول من تلقا نفسه ان القول قول الغاصب
لان التمليك قد صح فلا يفسخ فلا بالشك والله اعلم ۞ واما وقت ثبوت الملك فهو وقت وجود
الغصب لان الملك في الضمان يستند الي وقت وجود الغصب فكذا في المضمون فيظهر في الكسب
والغلة والربح واما شرط ثبوت الملك في المضمون فما هو شرط ثبوت الملك في الضمان وهو
اختيار الضمان عند ابي حنيفة رحمه الله فالمغصوب قبل اختيار الضمان علي حكم ملكه عنده
فانه لو اراد ان لا يختار الضمان حتي المغصوب علي ملكه ويكون له ثواب هلاكه علي ملكه وتخاصم
في القيمة له ذلك وعند ابي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط ويثبت الملك قبل الاختيار في الضمان
والمضمون جميعا وعلي هذا الاصل يبني الصلح عن المغصوب الذي لا مثل له علي اضعاف قيمته انه
جايز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز ووجه البنا انه لما وجب الضمان بنفس الهلاك عندهما
وهو ملك مقدر والزيادة عليه تكون ربوا ولما توقف الوجوب علي اختيار المالك عنده ولم
يوجد منه الاختيار كان الصلح تقديرا للقيمة المغصوب بهذا القدر وتمليكا للمغصوب به
كانه باعه من الغاصب به فجاز والله اعلم ۞ واما صفة الملك الثابت للغاصب في المضمون
فلا خلاف بين اصحابنا في ان الملك الثابت له يظهر في حق نفاذ التصرفات حتي لو باعه
او وهبه او تصدق به قبل ادا الضمان ينفذ كما تنفذ هذه التصرفات في المشترا شرا فاسدا
واختلفوا في انه هل يباح له الانتفاع به بان ياكله بنفسه او يطعمه غيره قبل ادا الضمان
واذا حصل فيه فضل هل يتصدق بالفضل قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يحل له
الانتفاع حتي يرضي صاحبه وان كان فيه فضل يتصدق بالفضل وقال ابو يوسف يحل له
الانتفاع ولا يلزمه التصدق بالفضل ان كان فيه فضل وهو قول الحسن وزفر وهو
القياس وقول ابي يوسف ومحمد استحسان وجه القياس ان المغصوب مضمون لا شك
فيه وهو مملوك للغاصب من وقت الغصب علي اصل اصحابنا فلا معني للمنع من الانتفاع وتوقيف
الحل علي رضي غير المملوك كما في ساير املاكه ويطيب له الربح لانه ربح ما هو مضمون غير مملوك
يطيب عنده لما نذكر فربح المملوك المضمون اولي وجه الاستحسان ما روي ان رسول
الله صلي الله عليه وسلم اضافه قوم من الانصار فقدموا اليه شاة مصلية فجعل يمضغه ولا
يسيغه فقال عليه السلام ان هذه الشاة لتخبرني انها ذبحت بغير حق فقالوا هذه الشاة
لجار لنا ذبحناها لنرضيه بالثمن فقال عليه السلام اطعموها الاساري امر بان يطعموها
الاساري ولم ينتفع به ولا اطلق لاصحابه الانتفاع بها ولو كان حلالا طيبا لاطلق مع خصاصتهم
وشدة حاجتهم الي الاكل وان الطيب لا يثبت الا بالملك المطلق وفي هذا الملك شبهة العدم
لانه يثبت من وقت الغصب بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه ويقتصر علي الحال
من وجه فكان في وجوده من وقت الغصب شبهة العدم ولا يثبت به الحل والطيب
ولان الملك من وجه حصل بسبب محظور او وقع محظورا بابتدايه فلا يخلوا عن خبث ولان
اباحة الانتفاع قبل الارضا يودي الي تسليط السفها علي اكل اموال الناس بالباطل وفتح باب

الظلم

الظلم علي الظلمة وهذا لا يجوز وعلي هذا يخرج ما لو غصب حنطة فطحنها انه لا يحل له الانتفاع
بالدقيق حتي يرضي صاحبه ولو غصب حنطة فزرعها قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يكره
له ان ينتفع به حتي يرضي صاحبه ويتصدق بالفضل وقال ابو يوسف لا يكره الانتفاع به
قبل ادا الضمان ولا يلزمه التصدق بالفضل وظاهر هذا الاطلاق يدل علي ان عند ابي
حنيفة يكره له الانتفاع به حتي يرضي صاحبه باداء وفرق ابو يوسف بين الزرع والطحن
فقال في الطحن مثل قولهما انه لا يحل الانتفاع به حتي يرضي صاحبه لان الحنطة لم تهلك
بالطحن وانما تغير صفتها من التركيب الي التصرف فكان عين الحنطة قايمة فكان حق
المالك فيها قايما بخلاف الزرع لان البذر هلك بالزراعة لانه يعفن في الارض فيخرج
من ان يكون مالا متقوما فلم يبق للمالك فيه حق فلم يكره له الانتفاع به وكذلك قال
ابو يوسف فيمن غصب نوي فصار نخلا انه يحل له الانتفاع به كما في الحنطة اذا زرعها
وقال في الودي اذا غرسه فصار نخلا انه يكره الانتفاع به حتي يرضي صاحبه لان النوي
يعفن ويهلك والودي يزيد في نفسه وروي عن ابي حنيفة في الشاة اذا ذبحها انه لا يسع
له ان ياكلها ولا يطعم احدا حتي يضمن القيمة وان كان صاحبها غايبا او حاضرا لا يرضي بالضمان
لا يحل له الاكل واذا دفع الغاصب قيمتها يحل له الاكل وكذلك اذا ضمنه المالك المالك
القيمة او ضمنه الحاكم وهذا عندي ليس باختلاف رواية بل هذه الرواية تفسير للاولي
لان قوله حتي يرضي صاحبه يحتمل يحتمل الارضا باداء الضمان ويحتمل الارضا باختيار الضمان
والمذكور هاهنا مفسر فيحمل المجمل علي المفسر فيحمل قوله حتي يرضيه علي الارضا باختيار الضمان
ورضاه به لا علي الارضا باداء الضمان توفيقا بين الروايتين فلا يحل له الانتفاع به قبل اختيار
الضمان ويحل بعده سوا ادي الضمان اولي وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو قياس
قول ابي يوسف في الشاة المشوية انه يحل له الانتفاع بها فياكلها ويطعمها من شا سوا ادي
الضمان اولي ولا خلاف في انه اذا ادي الضمان انه يحل له الاكل وكذلك اذا ابراه عن الضمان
وكذلك اذا ضمنه القيمة او ضمنه القاضي لا يضمنه الا بعد طلبه فكان منه اختيارا
للضمان ورضا به وعلي هذا يخرج ما اذا غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة انه يضمن
النقصان والغلة له ويتصدق بها في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هي
طيبة اما ضمان النقصان فلان الاستغلال وقع اتلافا فيضمن قدر ما اتلف ويطيب
له قدر المضمون لان ذلك القدر ليس بربح والنهي وقع واما الغلة فللغاصب عندنا
وعند الشافعي للمالك وهي فريعة مسلة المنافع وقد مرت في مواضعها واما التصدق
بالغلة وهي الاجرة عندهما فلانها خبيثة لحصولها بسبب خبيث فكان سبيلها التصدق
ولابي يوسف ان النبي صلي الله عليه وسلم نهي عن ربح ما لم يضمن وهذا ربح مضمون
والجواب ان التحريم لعدم الضمان يدل علي التحريم لعدم الملك من طريق الاولي
لان الملك فوق الضمان ولو غصب ارضا فزرعها كرا فنقصتها الزراعة واخرجت
ثلثة اكرار يغرم النقصان وياخذ راس المال ويتصدق بالفضل اما ضمان النقصان
فلان الغاصب نقص الارض بالزراعة وذلك اتلاف منه والعقار مضمون بالاتلاف
بلا خلاف واما التصدق بالفضل فلحصوله بسبب خبيث وهي الزراعة في ارض الغصب
وان كان البذر ملكا له ويطيب له قدر النقصان وقدر البذر لما ذكرنا ان النهي
ورد علي الربح وذا ليس بربح فلم يحرم والله اعلم وعلي هذا يخرج ما اذا غصب الفا فاشتري
جارية فباعها بالفين ثم اشتري بالالفين جارية فباعها بثلاثة الاف انه يتصدق

بجميع الربح في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يلزمه التصدق بشي
لانه ربح مضمون مملوك لانه عند اداء الضمان يملكه مستندا الي وقت الغصب
ومجرد الضمان يكفي للطيب فكيف اذا اجتمع الضمان والملك ومما يقولان الطيب
كما لا يثبت بدون الضمان لا يثبت بدون الملك من طريق الاولي وفي هذا الملك شبهة
العدم علي ما بينا فيما تقدم فلا يفيد الطيب ولو اشتري بالف جارية تساوي
الفين فوهبها او اشتري به طعاما يساوي الفين فاكله لم يتصدق بشي لانه
لم يحصل له الربح ولان الخبث انما يثبت لشبهة عدم الملك والشبهة توجب
التصدق اما لا يوجب التضمين وعلي هذا يخرج ما اذا خلط المستودع احدي
الوديعتين بالاخري خلطا لا يتميز ان المخلوط يصير ملكا له عند ابي حنيفة لكن لا
يطيب له حتي يرضي صاحبه علي ما يذكر ولو اشتري بالدراهم المغصوبة شيا
هل له الانتفاع به او يلزمه التصدق ذكر الكرخي وجعل ذلك علي اربعة اوجه
اما ان يشير اليها وينقد منها واما ان يشير اليها وينقد من غيرها واما ان يشير
من غيرها وينقد منها واما ان يطلق اطلاقا وينقد منها واثبت الطيب في الوجوه
كلها الا في وجه واحد وهو ان يجمع بين الاشارة اليها والنقد منها وذكر ابو نصر
محمد بن محمد الصفار والفقيه ابو الليث انه يطيب في الوجوه كلها وذكر ابو
بكر الاسكاف انه لا يطيب في الوجوه كلها وهو الصحيح وجه قول ابي نصر وابي
الليث ان الواجب في ذمة المشتري دراهم مطلقة والمنقودة بدل عما في
الذمة اما عند عدم الاشارة فظاهر وكذلك عند الاشارة لان الاشارة
الي الدراهم لا تفيد التعيين فالتحقت الاشارة اليها بالعدم فكان الواجب في
ذمته دراهم مطلقة والدراهم المنقودة بدل عنها فلا يخبث المشتري والكرخي
كذلك يقول اذا لم تتاكد الاشارة بمؤكد وهو النقد منها فاذا تاكدت بالنقد
منها يتعين المشار اليه فكان المنقود بدل المشتري فكان خبيثا وجه قول ابي بكر
انه استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة او الشبهة فثبت الخبث وهذا لانه
ان اشار الي الدراهم المغصوبة فالمشار اليه ان كان لا يتعين في حق الاستحقاق يتعين
في حق جواز العقد بمعرفة جنس النقد وقدره فكان المنقود بدل المشتري
من وجه نقد منها او من غيرها وان لم يشر اليها ونقد منها فقد استفاد بذلك سلامة
المشتري فتمكنت الشبهة فيخبث الربح واطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة
صحة هذا القول ومن المشايخ من مشايخنا من اختار الفتوي بقول الكرخي في زماننا صح
تيسيرا للامر علي الناس لازدحام الحرام وجواب الكتب اقرب الي التنزه
والاحتياط والله اعلم ولان دراهم الغصب مستحقة الرد علي صاحبها وعند
الاستحقاق ينفسخ العقد من الاصل فيتبين ان المشتري كان مقبوضا بعقد
فاسد فلم يحل الانتفاع به ولو تزوج بالدراهم المغصوبة امراة وسعه ان يطاها
بخلاف الشرا لما ذكرنا ان عند الاستحقاق ينفسخ الشرا والنكاح لا يحتمل الفسخ
ولو كان المغصوب ثوبا فاشتري به جارية لا يسعه ان يطاها ولو تزوج عليه
امراة حل له وطيها لما قلنا والله اعلم ۞ واما الذي يتعلق بحال نقصان المغصوب
فالكلام فيه في موضعين ۞ احدهما في بيان ما يكون مضمونا من النقصان
وما لا يكون مضمونا منه ۞ والثاني في بيان طريق معرفة النقصان ۞ اما الاول

فنقول

فنقول وبالله التوفيق اذا عرض في يد الغاصب ما يوجب نقصان قيمة المغصوب
والعارض لا يخلو اما ان يكون تغير السعر واما ان يكون فوات جزء من المغصوب
او فوات صفة مرغوب فيها او معني مرغوب فيه فان كان تغير السعر لم يكن مضمونا
لان المضمون نقصان المغصوب ونقصان السعر ليس بنقصان المغصوب بل
لفتور يحدثه الله تعالي في قلوب العباد لا صنع للعبد فيه فلا يكون مضمونا وان
كان فوات جزء من المغصوب او فوات صفة مرغوب فيها او معني مرغوب فيه
فالمغصوب لا يخلو اما ان يكون من غير اموال الربوا واما ان يكون من اموال الربوا
فان كان من غير اموال الربوا يكون مضمونا اذا لم يكن للمغصوب منه فيه صنع
ولا اختيار لانه هلك بعض المغصوب صورة ومعني او معني لا صورة وهلاك
المغصوب مضمون بكل القيمة فهلاك بعضه يكون مضمونا بقدره لما ذكران ضمان
الغصب ضمان جبر الفايت فيتقدر بقدر الفوات وعلي هذا يخرج ما اذا سقط
عضو من المغصوب في يد الغاصب بافة سماوية او لحقه زمانة او عرج
او شلل وعمي وعور او صمم او بكم او حمي او مرض اخر انه ياخذه المولي ويضمنه
النقصان لوجود فوات جزء من البدن او فوات صفة مرغوب فيها ولو زال
البياض من عينه في يد المولي واقلع الحمي رد علي الغاصب ما اخذ منه بسبب
النقصان لانه تبين ان ذلك النقصان لم يكن موجبا للضمان لانعدام شرط الوجوب
وهو العجز عن الانتفاع علي طريق الدوام وكذلك لو ابق المغصوب من يد الغاصب
من عبد او امة اذا لم يكن ابق قبل ذلك او زنت الجارية المغصوبة او سرقت
اذا لم تكن زنت قبل ذلك لفوات معني مرغوب فيه وهو الصيانة عن
هذه القاذورات ولهذا كانت عيوبا موجبة للرد في باب البيع وجعل الابق
علي المالك وهل يرجع به علي الغاصب قال ابو يوسف لا يرجع وقال محمد يرجع
وجه قول محمد ان الجعل من ضرورات الرد فيكون عليه كمؤنة الرد وجه
قول ابي يوسف ان الجعل انما يجب بحق الملك والملك للمغصوب منه فيكون
الجعل عليه كمداواة الجراحة ولو قتل العبد المغصوب او الجارية المغصوبة
في يد الغاصب قتيلا او جني علي حر او عبد في نفس او ما دونها يرد الي مولاه
ويقال له ادفعه بجنايته او افده لان الملك له ويرجع المولي علي الغاصب
بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية لان هذا الضمان انما وجب بسبب كان
في ضمانه ولو استهلك لرجل مالا لا يخاطب المولي بالبيع او الفدا ويرجع علي
الغاصب بالاقل من قيمته ومما اداه عنه من الدين لما قلنا ولو قتل المغصوب
نفسه في يد الغاصب ضمن الغاصب قيمته بالغصب ولا يضمن قيمته بقتل نفسه
لان قتله نفسه هدر فصار كموته حتف انفه ولو كان المغصوب امة فولدت
ثم قتلت ولدها ثم ماتت ضمن قيمة الامة ولا يضمن قيمة الولد لانه امانة
وكذلك اذا كبر المغصوب في يد الغاصب من الغلام والجارية بان غصب عبدا
شابا فشاخ في يد الغاصب او شابة فصارت عجوزا في يده ضمن النقصان
لان الكبر يوجب فوات جزء او صفة مرغوب فيها وكذلك اذا غصب جارية
ناهدا فانكسر ثديها في يد الغاصب لان نهود الثدي صفة مرغوب فيها
الا تري الي قوله تعالي وكواعب اترابا واما نبات اللحية للامرد فليس

بمضمون لانه ليس بنقصان بل هو زيادة في بد الرجال الا ترى ان حلق اللحية يوجب
كمال الدية وكذلك لو غصب عبدا قاريا فنسي القران او محترفا فنسي الحرفة
لان العلم بالقران والحرفة معنى مرغوب فيه واما حبل الجارية المغصوبة
بان غصب جارية فحبلت في يده فان كان المولى احبلها في بد الغاصب لا شي على
الغاصب لان النقصان حصل بفعل المولى فلا يضمنه الغاصب كما لو قتلها
في بد الغاصب من زوج كان لها في بد المولى لان الوطي من الزوج حصل بتسليط
من المولى فصار كانه حصل منه او حدث في يده وان حبلت في يد الغاصب
من زنا اخذها المولى وضمنه نقصان الحبل والكلام في قدر الضمان قال
ابو يوسف ينظر الى ما نقصها الحبل والى ارش عيب الزنا فيضمن الاكثر ويدخل
الاقل فيه وهذا استحسان والقياس ان يضمن الامرين جميعا وروي عن محمد
انه اخذ بالقياس وجه القياس ان الحبل والزنا كل واحد منهما عيب على حده
فكان النقصان الحاصل بكل واحد منهما نقصانا على حده فيفرد بضمان على حده
وجه الاستحسان ان الجمع بين الضمانين غير ممكن لان نقصان الحبل انما
حصل بسبب الزنا فلم نقصانا بسبب على حده حتى يفرد بحكم على حده
فلابد من ايجاب احدهما فاوجبنا الاكثر لان الاقل يدخل في الاكثر ولا يتصور
دخول الاكثر في الاقل فان ردها الغاصب حاملا فماتت في يد المولى من الولادة
وبقي ولدها ضمن الغاصب جميع قيمتها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
لا يضمن الا نقصان الحبل خاصة وجه قولهما ان الرد وقع صحيحا من الغاصب
في القدر المردود وهو ما وراء الفايت بالحبل والهلاك بعد الرد حصل
في يد المالك بسبب وجد في يده وهو الولادة فلا يكون مضمونا على الغاصب
كما لو ماتت بسبب اخر وكما لو باع جارية حبلى فولدت عند المشتري ثم
ماتت من نفاسها انه لا يرجع المشتري على البايع بشي اخر كذا هذا وجه
قول ابي حنيفة ان الموت حصل بسبب كان في ضمان الغاصب وهو الحبل
او الزنا لان ذلك افضى الى الولادة والولادة افضت الى الموت فكان الموت
مضافا الى السبب السابق واذا حصل الهلاك بذلك السبب تبين ان
الرد لم يصح لانعدام شرط صحته وهو ان يكون الرد مثل الاخذ من جميع
الوجوه فصار كانها ولدت في يد الغاصب فماتت من الولادة ولو كان
كذلك يضمن الغاصب جميع قيمتها بخلاف مسلة الغاصب البيع لان الواجب
هناك هو التسليم ابتدا لا الرد وقد وجد التسليم فخرج عن العهدة وبخلاف
الحرة اذا زني بها مكرهة فماتت من الولادة انه لا يضمن لانها غير
مضمونة بالاخذ ليلزمه الرد على وجه الاخذ بخلاف الامة ولو كانت الجارية
زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فحدث في يده ونقصها الضرب ضمن
الغاصب الاكثر من نقصان الضرب ومما نقصها الزنا في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد ليس عليه الا نقصان الزنا وجه قولهما ان النقصان حصل
في يد المالك بسبب اخر ولابي حنيفة ان النقصان حصل بسبب كان في ضمان
الغاصب فابو حنيفة ينظر الى وقت وجود السبب وهما ينظران الى وقت ثبوت
الحكم وهو النقصان ولهذا قال ابو حنيفة فيمن اشترى عبدا فوجده مباح

الدم

الدم فقتل في يد المشتري انه ينتقض العقد ويرجع البايع بكل القيمة وكذلك لو كان سارقا
فقطع في يده رجع بنصف الثمن اعتبارا للسبب السابق وعندهما يقتصر الحكم الحال
ويكون في ضمان المشتري ويرجع على البايع بنقصان العيب فان قيل كيف يضاف
النقصان الى سبب كان في ضمان الغاصب وذلك السبب لم يوجب ضربا جارحا
فكيف نقصان الجرح اليه ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله في شهود الزنا اذا رجعوا
بعد نفقه اقامة الحد انهم لا يضمنون نقصان الجراح لان شهادتهم لم توجب ضربا
جارحا فلم نقصان الجرح اليها كذا هاهنا قيل له النقصان لا يضاف الى السبب
السابق كذا كما لا يضاف الى شهادة الشهود هناك الا انه وجب الضمان هاهنا
لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على الفعل فيستند الضرب الى سبب كان في
يد الغاصب ولا يستند اليه اثره فيصير كانها ضربت في يد الغاصب فانجرحت
عند الضرب لا بالضرب ولو كان كذلك لضرب الغاصب كذا هاهنا فانما اعتبر الاكثر
من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا لما ذكرنا فيما تقدم ان النقصانين جميعا حصلا
بسبب واحد فتعذر الجمع بين الضمانين فيجب الاكثر ويدخل الاقل فيه والله اعلم
ولو كانت الجارية المغصوبة سرقت في يد الغاصب فردها على المالك فقطعت
عنده يضمن الغاصب نصف قيمتها عند ابي حنيفة وعندهما لا يضمن الا نقصان
السرقة والكلام في هذه المسلة في الطرفين جميعا على نحو الكلام في المسلة الاولى
الا ان ابا حنيفة اعتبر نقصان القطع هاهنا ولم يعتبر نقصان عيب السرقة
واعتبر عيب نقصان الزنا هناك لان نقصان القطع يكون اكثر من نقصان
السرقة ظاهرا وغالبا فدخل الاقل في الاكثر بخلاف نقصان عيب الزنا لانه قد يكون اكثر
من نقصان الضرب لذلك اختلف اعتباره والله اعلم ولو حمت الجارية المغصوبة
في يد الغاصب فردها على المولى فماتت في يده من الحمى التي كانت في يد الغاصب لم يضمن
الغاصب الا ما نقصها الحمى في قولهم جميعا لان الموت يحصل بالالام التي تحملها النفس
وانها تحدث شيا فشيا الى ان يتناهى فلم يكن الموت حاصلا بسبب كان في ضمان
الغاصب فلا يضمن الا قدر نقصان الحمى ولو غصب جارية محمومة او حبلى او بها جرح
او مرض اخر سوى الحمى فماتت من ذلك في يد الغاصب فهو ضامن لقيمتها وبها ذلك
فرق بين هذا وبين ما اذا ماتت في يد المولى بحبل كان في يد الغاصب حيث جعل
هنالك موتها في يد المالك كموتها في يد الغاصب ولم يجعل هاهنا موتها في يد الغاصب
كموتها في يد المالك ووجه الفرق ان الهلاك هناك حصل بسبب كان في ضمان الغاصب
وهو الحبل لانه يفضي اليه فاضيف اليه كانه حصل في يده فيتبين ان الرد لم يصح
لعدم شرط الصحة على ما بينا والهلاك هاهنا ان حصل بسبب كان في يد المولى لكن
لم يحصل بسبب كان في ضمانه لان الحبل لم يكن مضمونا عليه فاذا غصبها فقد
صارت مضمونة بالغصب لان انعقاد سبب الهلاك لا يمنع دخولها في ضمان
الغاصب لان وجوب ضمان الغصب لا يقف على فعل الغاصب فاذا هلك في يده
تقرر الضمان لكن منقوصا بما بها من المرض ونحوه لانها لم تدخل في ضمان الغصب
الا كذلك والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا غصب جارية سمينة فهزلت في يد
الغاصب فردها ان عليه نقصان الهزال ولو عادت سمينة في يده فردها لا شي
عليه لان نقصان الهزال انجبر بالسمن فصار كان لم يكن اصلا وكذلك اذا قلعت

سنها في يده فنبتت فردها لانها لما نبتت ثانيا جعل كانها لم تقلع وكذلك اذا قلعت قطعت
يدها في يده فقطعت فردها مع الارش لما قلنا والله اعلم • وعلى هذا يخرج نقصان
الولادة انه مضمون على الغاصب لفوات جزء من المغصوب بالولادة الا اذا كان
له جابر فينعدم الفوات من حيث المعنى وجملة الكلام في الجارية المغصوبة اذا
نقصتها الولادة ان الامر لا يخلو اما ان كان الام والولد جميعا قايمين في يد الغاصب
واما ان هلكا جميعا في يده واما ان هلك احدهما وبقي الاخر فان كانا قايمين ردهما
على المغصوب منه ثم ينظر ان كان في قيمة الولد وفا بنقصان الولادة انجبر ولا شي
على الغاصب وان لم يكن في قيمته وفا بالنقصان انجبر بقدره وضمن الباقي ولو لم
يكن في الولد وفا بالنقصان وقت الرد ثم حصل به وفا بعد الرد لم يعتبر ذلك
لان الزيادة لم تحصل في ضمان الغاصب فلا تصلح لجبر النقصان وقالوا ان نقصان
الحبل على هذا الخلاف بان غصب جارية حايلا فحملت في يد الغاصب فردها الى المالك
فولدت عنده ونقصها الولادة وفي الولد وفا لا يضمن الغاصب شيا خلافا لزفر وعلى
هذا الخلاف اذا بيعت بيعا فاسدا وهي حامل فولدت في يد المشتري ونقصتها
الولادة وفي الولد وفا وردها المشتري الجارية مع الولد الى البايع انه لا يضمن شيا
وعلى هذا الخلاف اذا كان له جارية للتجارة فحال عليها الحول وقيمتها الف درهم فولدت
فنقصتها الولادة مايتي درهم وفي الولد وفا بالنقصان انه يبقى الواجب في جميع الالف
ولا يسقط منه شي وعند زفر يبقى فيما ورا النقصان ويسقط بقدره وجه قول
زفر في مسلة الغصب انه وجد سبب وجوب الضمان وهو النقصان فيجب الضمان
جبرا له لان ضمان الغصب ضمان جبر الفايت وقد حصل الفوات فلا بد له من جابر
والولد لا يصلح جابرا له لان الفايت ملك المغصوب منه والولد ملكه ايضا ولا يعقل
ان يكون ملك الانسان جابرا لملكه فلزمه جبره بالضمان ولنا ان هذا نقصان
صورة لا معنى كنقصان السن والسمن والقطع وقد مر والدليل على هذا ليس نقصانا
معنى ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة واتحاد سبب الزيادة
والنقصان يمنع تحقق النقصان من حيث المعنى لان الزيادة مال متقوم مثل
الفايت والسبب الذي فوت افاد له مثله من حيث المعنى فلم يحصل الفوات
الا من حيث الصورة والصورة غير مضمونة بالقيمة في ضمان العدوان وقد خرج
الجواب عن قوله ان جبر ملكه بملكه غير معقول لان ما ذكرنا يمنع تحقق النقصان
من حيث المعنى فيمنع تحقق الفوات من حيث المعنى فلا حاجة الى الجابر وان
هلكا جميعا في يد الغاصب ضمن قيمة الام يوم غصب لتحقق الغصب فيها ولم
يضمن الولد عندنا لانه لا يصير مغصوبا وعند الشافعي يضمن لوجود الغصب
فيه وقد مرت المسلة في صدر الكتاب وان كان الغاصب قتل الولد او باعه
ضمن قيمته مع قيمة امه لان الولد وان كان امانة في يدي الغاصب عندنا فالامانة
تصير مضمونة لوجوب سبب الضمان فيها وقد وجد على ما بينا فيما تقدم فان كانت
قيمة الام الف درهم فنقصتها الولادة مائة درهم يدخل ذلك النصف في قيمة
الام يوم ولدت وقيمة الولد تامة وكل ذلك سوا لان النقصان اذا انجبر بالولد
كان الواجب من الضمان في الحاصل الف ومائة فان اعتبرت قيمة الام تامة
بقي نصف قيمة الولد وان اعتبرت قيمة الام تسعمائة بقي كل قيمة الولد وان هلك

احدهما

احدهما وبقي الاخر فان هلك الولد قبل الام رد الام وضمان نقصان الولادة وليس
عليه نقصان الولد ضمان الولد عندنا لانه هلك امانة وان هلكت الام وبقي الولد
ضمن قيمة الام يوم غصب ورد الولد ولا تجبر الام بالولد وان كان في قيمة الولد
وفا بقيمة الام بخلاف ضمان النقصان انه يجبر بالام لان الجبر هناك لاتحاد سبب النقصان
والزيادة وهو الولادة ولم يوجد هاهنا لان الولادة سبب لحصول الولد وليست
سببا لهلاك الام لانها لا تفضي الى الهلاك غالبا فلم يتحد السبب فتعذر الجبر والله
اعلم • وعلى هذا يخرج ما اذا غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه ان للمغصوب منه ان يضمنه
النقصان فيه ان النقصان ان كان يسيرا لا خيار للمغصوب منه وليس له الا ضمان
النقصان لان ذلك نقص وتعييب فيوجب ضمان نقصان العيب وان كان فاحشا
بان قطعه قبا او قميصا فهو بالخيار ان شا اخذه مقطوعا وضمنه ما نقصه القطع
وان شا تركه عليه وضمنه قيمة ثوب غير مقطوع لان القطع الفاحش يفوت بعض
المنافع المطلوبة من الثوب الا ترى انه لا يصلح لما كان لا يصلح له قبل القطع فكان
استهلاكا له من وجه فيثبت له الخيار وكذلك لو غصب شاة فذبحها ولم يشوها
ولا طبخها فالمغصوب منه بالخيار ان شا اخذ الشاة وضمنه نقصان الذبح وان شا
تركها عليه وضمنه قيمتها يوم الغصب كذا ذكر في الاصل وسوا سلخها الغاصب
وارباها او لا بعد ان لم يكن شواها ولا طبخها وروي الحسن عن ابي حنيفة انه ان شا
اخذ الشاة ولا شي له غيرها وان ضمنه قيمتها يوم الغصب وجه هذه الرواية
ان ذبح الشاة ان كان نقصانا صورة فهو زيادة من حيث المعنى لان المقصود
من الشاة اللحم والذبح وسيلة الى هذا المقصود فلم يكن نقصانا بل كان زيادة
حيث رفع عنه مونة الوسيلة فكان الغاصب محسنا في الذبح وقد قال
الله تعالى ما على المحسنين من سبيل فاذا اختار اخذ اللحم لا يلزمه شي اخر الا انه
ثبت له خيار الترك عليه ويضمنه القيمة لفوات مقصود ما في الجملة وجه
رواية الاصل ان الشاة كما يطلب منها اللحم يطلب منها مقاصد اخر من الدر والنسل
والتجارة فكان الذبح تفويتا لبعض المقاصد المطلوبة منها فكان تنقيصا لها
واستهلاكا من وجه فيثبت خيار تضمين النقصان وخيار تضمين القيمة
كما في مسلة الثوب وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا غصب من انسان عينا من
ذوات القيم او ذوات الامثال ونقلها الى بلدة اخرى فالتقيا والعين في يد
الغاصب وقيمتها في ذلك المكان اقل من قيمتها في مكان الغصب ان للمغصوب
منه ان يطالبه في ذلك المكان بقيمتها التي في مكان الغصب لان قيم الاعيان
تختلف باختلاف الاماكن بالزيادة والنقصان فاذا نقلها الى ذلك المكان وقيمتها
فيه اقل فقد نقصها من حيث المعنى بالنقل فلو اجبر على اخذ العين لتضرر به من
جهة الغاصب فيثبت له الخيار ان شا طالبه بالقيمة التي في مكان الغصب وان
شا انتظر العود الى مكان الغصب بخلاف ما اذا وجده في البلد الذي غصبه
فيه وقد انتقص السعر انه لا يكون خيار لان النقصان هناك ما حصل بصنعه
لانه حصل بتغير السعر ولا صنع للعبد في ذلك بل هو محض صنع الله تعالى
اعني مصنوعه فلم يكن مضمونا عليه فلو كانت قيمة العين في المكان المنقول
اليه مثل قيمتها في مكان الغصب او اكثر ليس له ولاية المطالبة بالقيمة لان

الحكم الاصلي للغصب هو وجوب العين حال قيام العين والمصير الي القيمة لدفع
الضرر وهاهنا يمكنه الوصول الي العين من غير ضرر يلزمه فلا يلزمه العدول
الي القيمة ولو كان المغصوب دراهم او دنانير فليس له ان يطالبه بالقيمة وان
اختلف السعر لان الدراهم والدنانير جعلت اثمان الاشيا ومعني الثمنية لا يختلف
باختلاف الاماكن عادة لانه ليس لها حمل ومونة لعزتها وقلتها عادة فلم يكن النقل
نقصانا لها واختلاف قيام الاعيان باختلاف الاماكن للحاجة الي الحمل والمونة
ولم يوجد فلم يكن له ولاية المطالبة بالقيمة وله ان يطالبه برد عينها لانه هو
الحكم الاصلي للغصب والمصير الي القيمة لعارض العجز او الضرر ولم يوجد
هذا اذا كانت المغصوبة قايمة في يدي الغاصب فاما اذا كانت هالكة فالتقيا
فان كانت من ذوات القيم اخذ قيمتها التي كانت وقت الغصب لانها اذا هلكت تبين
ان الغصب السابق وقع اتلافا من حين وجوده والحكم يثبت من حين سبب
وجوده وان كانت من ذوات الامثال ينتظر ان كان سعرها في المكان الذي
التقيا فيه اقل من سعرها في مكان الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شا اخذ
القيمة التي للعين في مكان الغصب وان شا انتظر ولا يجبر علي اخذ المثل في هذا
المكان لما ذكرنا انه نقص العين بالنقل الي هذا المكان لما بينا ان اختلاف قيمة
الاشيا التي لا حمل ومونة تختلف باختلاف المكان لمكان الحمل والمونة فالجبر علي
الاخذ في هذا المكان يكون اضرارا به فيثبت له الخيار ان شا اخذ القيمة وان شا
انتظر كما لو كانت العين قايمة وقيمتها في هذا المكان اقل وان كانت قيمتها في هذا
المكان مثل قيمتها في مكان الغصب كان للمغصوب منه ان يطالبه بالمثل لا ضرر
فيه علي احد وان كانت قيمتها في مكان الخصومة اكثر من قيمتها في مكان الغصب
فالغاصب بالخيار ان شا اعطا المثل في مكان الخصومة وان شا اعطا القيمة
في مكان الغصب لان في الزام تسليم المثل في مكان الخصومة ضررا بالغاصب
وفي التاخير الي العود الي مكان الغصب اضرارا بالمغصوب منه فيسلم اليه
القيمة التي له في مكان الغصب الا ان يرضي المغصوب منه بالتاخير والله اعلم
وان كان المغصوب من اموال الربوا مما لا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا
كالمكيلات والموزون فانتقص في يد الغاصب بصنعه او بغير صنعه فليس
للمغصوب منه ان ياخذ منه ويضمنه قيمة نقصانه لانه يودي الي الربوا
وعلي هذا يخرج ما اذا غصب حنطة فعفنت في يد الغاصب او ابتلت
او صب الغاصب فيها ما ان صاحبها بالخيار ان اخذها بعينها ولا شي له غيرها
وان شا تركها علي الغاصب وضمنه مثل ما غصب وليس له ان ياخذها
ويضمنه النقصان وهذا عندنا وعند الشافعي له ذلك بنا علي ان الجودة
بانفرادها لا قيمة لها في اموال الربوا عندنا وعنده لها قيمة والمسلة مرت
في كتاب البيوع واذا لم تكن متقومة لا تكون مضمونة لان المضمون هو
المال المتقوم ولانها اذا لم تكن متقومة تودي الي الربوا ولو غصب
درهما صحيحا او دينارا صحيحا فانكسر في يده او كسره ان كان في موضع لا يتفاوت
الصحيح والمكسر في القيمة لا شي علي الغاصب وان كانت في موضع يتفاوت فصاحبها
بالخيار ان شا اخذه بعينه ولا شي له غيره وان شا تركه عليه وضمنه مثل ما

اخذ

اخذ وليس له ان ياخذه بعينه ويضمنه النقصان عندنا خلافا للشافعي بنا علي الاصل
الذي ذكرنا وان كانت كان المغصوب انا فضة او ذهب فانهشم في يدي الغاصب
او هشمه فالمالك بالخيار ان شا اخذه بعينه ولا شي له غيره وان شا ضمنه قيمته
من خلاف الجنس لان الجودة لا قيمة لها بانفرادها فاما مع الاصل فمتقومة خصوصا
اذا حصلت بصنع العباد فلا بد من التضمين والتضمين بالمثل غير ممكن لانه
لا مثل فوجب التضمين بالقيمة ثم لا سبيل الي تضمينه بجنسه لانه يودي الي
الربوا فلزمه تضمينه بخلاف جنسه بخلاف الدراهم والدنانير لان هناك
ايجاب المثل ممكن وهو الاصل في الباب فلا يعدل عن الاصل من غير ضرورة ولو
قضي عليه بالقيمة من خلاف الجنس ثم تفرقا قبل التقابض من الجانبين لا يبطل
القضا عند اصحابنا الثلثة لان القيمة قامت مقام العين وعند زفر تبطل
لانه صرف وكذلك انية الصفر والنحاس والشبه والرصاص ان كانت تباع
وزنا فهي وانية الذهب والفضة سوا لانها اذا كانت تباع وزنا لم تخرج بالصناعة
عن حد الوزن فكانت موزونة فكانت من اموال الربوا كالذهب والفضة
وكذلك هذا الحكم في كل مكيل وموزون اذا نقص من وصفه لا من الكيل والوزن
وان كانت تباع عددا فانكسرت او كسرت ان كان ذلك لم يورث فيه عيبا
فاحشا فليس لصاحبه فيه خيار الترك ولكنه ياخذها ويضمنه نقصان القيمة
وان كان ذلك اورث عيبا فاحشا فصاحبها بالخيار ان شا اخذها واخذ قيمة
النقصان وان شا تركها عليه وضمنه قيمتها صحيحا وعلي هذا يخرج ما اذا غصب
عصيرا فصار خلا في يده او لبنا حليبا فصار مخيضا او عنبا فصار زبيبا
او رطبا فصار تمرا ان المغصوب منه بالخيار ان شا اخذ ذلك الشي بعينه
ولا شي له غيره لان هذه من اموال الربوا فلم تكن الجودة فيها بانفرادها
متقومة فلا تكون متقومة وان شا تركه علي الغاصب وضمنه مثل ما غصب
لما ذكرنا فيما تقدم واما طريق معرفة النقصان فهو ان يقوم صحيحا ويقوم وبه
العيب فيجب قدر ما بينهما لانه لا يمكن قدر معرفة النقصان الا بهذا الطريق
والله اعلم واما الذي يتعلق بحال زيادة المغصوب فنقول وبالله التوفيق
اذا حدثت زيادة في المغصوب في يدي الغاصب فالزيادة لا تخلوا اما ان
تكون منفصلة عن المغصوب واما ان تكون متصلة به فان كانت منفصلة عنه
اخذها المغصوب مع الاصل ولا شي عليه للغاصب سوا كانت متولدة من الاصل
كالولد والثمرة واللبن والصوف او ما هو في حكم المتولد كالارش والعقر او غير
متولدة منه كالكسب من الصيد والهبة والصدقة ونحوها لان المتولد منها
نما ملكه فكان ملكه وما هو في حكم المتولد بدل جزء مملوك او بدل ما له حكم الجزء
فكان مملوكا له وغير المتولد كسب ملكه فكان ملكه واما ملك المنفعة وهو الاجرة بان
اجر الغاصب المغصوب يملك الغاصب عندنا ويتصدق بملكه به خلافا للشافعي
بنا علي ان المنافع ليست باموال متقومة بانفسها عندنا حتي لا تضمن بالغصب
والاتلاف كالاعيان وقد ذكرنا المسلة فيما تقدم والله اعلم وان كانت
متصلة به فان كانت متولدة كالحسن والجمال والسمن والكبر ونحوها اخذها
مع الاصل ولا شي عليه للغاصب لانها نما ملكه وان كانت غير متولدة منه ينظران

كانت الزيادة عين مال متقوم في المغصوب وهو تابع للمغصوب فالمغصوب منه
بالخيار على ما ذكر وان كان عين مال متقوم قايم اخذها المغصوب ولا شي
للغاصب وان كانت عين مال متقوم لكنه ليس بتبع للمغصوب بل هي اصل
بنفسها يزول عن ملك المغصوب وتصير ملكا للغاصب بالضمان وبيان هذا
في مسايل اذا غصب من انسان ثوبا فصبغه الغاصب بصبغ نفسه فان صبغه
احمر او اصفر بالعصفر والزعفران وغيرهما من الالوان سوى السواد
فصاحب الثوب بالخيار ان شا اخذ الثوب من الغاصب واعطاه ما زاد
الصبغ فان للغاصب عين مال متقوم قايم فلا سبيل الى ابطال ملكه من غير
ضمان فكان الاخذ بضمان رعاية الجانبين وان شا ترك الثوب على الغاصب وضمنه
قيمة ثوبه ابيض يوم الغصب لانه لا سبيل الى جبره الى اخذ الثوب اذ لا يمكنه
اخذه الا بضمان وهو قيمة ما زاد الصبغ فيه ولا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام
مباشرة سبب وجوب الضمان منه وقيل له خيار ثالث يترك الثوب على حاله
فكان الصبغ فيه للغاصب فيباع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقيهما كما اذا انصبغ
لا بفعل احد لان الثوب ملك المغصوب منه والصبغ ملك الغاصب والتمييز
متعذر فصارا شريكين في الثوب فيباع الثوب ويقسم الثمن بينهما على قدر
حقيهما وانما كان الخيار للمغصوب منه لا للغاصب وان كان للغاصب فيه ملك
ايضا وهو الصبغ لان الثوب اصل والصبغ تابع له فتخيير صاحب الاصل اولى
من تخيير صاحب التبع ولان للغاصب ان يحبس الثوب بالعصفر لانه صاحب
تبع وان صبغه اسود اختلف فيه قال ابو حنيفة صاحب الثوب بالخيار ان شا
تركه على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض وان شا اخذ الثوب ولا شي للغاصب
بل ضمنه النقصان وقال ابو يوسف ومحمد السواد وساير الالوان سوا وهذا
بنا على ان السواد نقصان عند ابي حنيفة لانه يحرق الثوب فينقصه وعندهما
زيادة على كساير الالوان وقيل انه لا خلاف بينهم في الحقيقة وجواب ابي حنيفة
في سواد ينقص وجوابهما في سواد يزيد وقيل كان السواد يعد نقصانا في زمنه
وزمنهما كان يعد زيادة فكان اختلاف زمان والله اعلم ۞ واما العصفر اذا نقص
الثوب بان كانت قيمة الثوب ثلثين فعادت قيمته بالصبغ الى عشرين
فانه ينظر الى قدر ما يزيد هذا الصبغ لو كان في ثوب يزيد هذا الصبغ قيمته
ولا ينقص فان كان يزيد قدر خمسة دراهم فصاحب الثوب بالخيار ان شا
ترك الثوب على الغاصب وضمنه قيمة ثوبه ابيض ثلثين درهما وان شا اخذ الثوب
واخذ من الغاصب خمسة دراهم كذا قال محمد رحمه الله لان العصفر نقص
من هذا الثوب عشرة دراهم الا ان بقدر فيه خمسة فيه صبغ فانجبر نقصان
الخمسة به او صارت الخمستان قصاصا وبقي نقصان خمسة فيرجع عليه بخمسة
وكذلك السواد على هذا والله اعلم ولو صبغ الثوب المغصوب بعصفر نفسه وباعه
وغاب ثم حضر صاحب الثوب يقضي له بالثوب ويستوثق منه بكفيل اما القضا
بالثوب لصاحب الثوب فلما ذكرنا ان الثوب اصل والصبغ تابع له فكان اعتبار
جانبه اولى واما الاستيثاق بكفيل فلان للغاصب فيه عين مال متقوم قايم
ولو وقع الثوب المغصوب في صبغ انسان فانصبغ به او هبت الريح بثوب

انسان فالقته في صبغ غيره فانصبغ به فان كان الصبغ عصفرا او زعفرانا فصاحب
الثوب بالخيار ان شا اخذ الثوب واعطاه ما زاد الصبغ فيه لما مر وان شا امتنع
لما انه لا سبيل الى جبره على الضمان لانعدام مباشرة سبب وجوب الضمان منه
فيباع الثوب ويضرب كل واحد منهما بحقه يضرب صاحب الثوب بقيمة ثوبه ابيض
لان حقه في الثوب الابيض وصاحب الصبغ يضرب بقيمة الصبغ في الثوب وهو
قيمة ما زاد الصبغ فيه لان حقه في الصبغ القايم في الثوب لا في الصبغ المنفصل
وانما ثبت الخيار لصاحب الثوب لا للغاصب لما بينا وان كان سوادا اخذه صاحب
الثوب ولا شي عليه من قيمة الصبغ بل يضمنه النقصان ان كان غاصبا لان النقصان
حصل في ضمانه وهذا قول ابي حنيفة وعندهما حكمه حكم ساير الالوان على ما
بينا وكذلك السمن يخلط بالسويق المغصوب او يختلط به فالسويق بمنزلة
الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق اصل والسمن كالتابع له الا ترى
انه يقال سويق ملتوت ولا يقال سمن ملتوت واما العسل اذا خلط بالسمن
او اختلط به فكلاهما اصل واذا خلط المسك بالدهن او اختلط به فان كان
يزيد الدهن ويصلحه فالمسك بمنزلة الصبغ وان كان دهنا لا يصلح بالخلط
ولا يزيد قيمته كالادهان المنتنة فهو هالك ولا يعتد به والله اعلم ولو غصب من
انسان ثوبا ومن انسان صبغا فصبغه به ضمن لصاحب الصبغ صبغا مثل صبغه
لانه اتلف عليه صبغه وهو من ذوات الامثال فيضمن فيكون مضمونا بالمثل
فبعد ذلك حكمه وحكم ما اذا صبغ الثوب المصبوغ بصبغ نفسه سوا لانه
ملك المصبوغ بالضمان وقد بينا ذلك ولو غصب من انسان ثوبا ومن اخر صبغا
فصبغه به ثم غاب ولم يعرف فهذا واما انصبغ بغير فعل احد سوا استحسانا
والقياس ان لا يكون لصاحب الصبغ على صاحب الثوب سبيل وجه القياس
ان الصبغ صار مضمونا عليه لوجود الاتلاف منه فملكه بالضمان وزال عنه
ملك صاحبه وجه الاستحسان انه اذا غاب الغاصب على وجه لا يعرف
لا يمكن اعتبار فعله في ادارة الحكم عليه فيجعل كانه حصل لا بصبغ احد
ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد فصبغه فالمغصوب منه ياخذ
الثوب مصبوغا ويبري الغاصب من الضمان في العصفر والثوب استحسانا
والقياس ان يضمن الغاصب عصفرا مثله ثم يصير كله صبغ ثوبه بعصفر
نفسه فيثبت الخيار لصاحب لما ذكرنا انه اتلف عليه عصفره وملكه بالضمان
وهذا رجل صبغ الثوب بعصفر نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب
وجه الاستحسان ان المغصوب منه واحد فالغاصب خلط المغصوب منه
بماله وخلط الانسان بمال نفسه لا يعد استهلاكا بل يعد نقصانا فاذا اختار
اخذ الثوب وقد ابراه ولو كان العصفر لرجل والثوب لاخر فرضيا ان ياخذاه
كما ياخذ الواحد ان لو كانا له فليس لهما ذلك لان المالك هاهنا اختلف فكان
الخلط استهلاكا والله اعلم ۞ ولو غصب انسان عصفرا وصبغ به ثوب نفسه
ضمن عصفرا مثله لانه استهلك عليه عصفره وله مثل فيضمن مثله وليس
لصاحب العصفر ان يحبس الثوب لان الثوب اصل والعصفر تابع له والسواد
في هذا بمنزلة العصفر في قول ابي حنيفة ايضا لان هذا ضمان الاستهلاك

والالوان كلها في حكم الاستهلاك سوا والله اعلم ولو غصب دارا فجصصها ثم ردها
قبل لصاحبها أعطه ما زاد التجصيص فيها الا ان يرضي صاحب الدار ان ياخذ
الغاصب جصته لان للغاصب فيها عين مال متقوم قايم وهو الجص فلا يجوز ابطال
حقه عليه من غير عوض فيخير صاحب الدار لانه صاحب اصل وان شا اخذها
وغرم للغاصب ما زاد التجصيص فيها وان شا رضي ان ياخذ جصه ولو غصب
مصحفا فنقطه روي عن ابي يوسف ان لصاحبه اخذه ولا شي عليه وقال محمد صاحبه
بالخيار ان شا اعطاه ما زاد النقط فيه وان شا ضمنه قيمته غير منقوط وجه قول
محمد ان النقط زيادة في المصحف فاشبه الصبغ في الثوب وجه ما روي عن ابي
يوسف ان النقط اعيانها لا قيمة لها فلم يكن للغاصب فيه عين مال متقوم قايم بقي
مجرد عمله وهو النقط ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد ولان النقط في المصحف
مكروه الا ترى الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال جردوا
القران واذا كان التجريد مندوبا كان المنقط مكروها فلم يكن زيادة فكان لصاحب
المصحف اخذه ولو غصب حيوانا فكبر في يده او سمن وازدادت قيمته بذلك
فلصاحبه ان ياخذه ولا شي عليه للغاصب لانه ليس للغاصب فيه عين مال متقوم
قايم واما الزيادة نما ملك المالك وكذلك لو غصب جريحا او مريضا فداواه حتى
برا وصح لما قلنا ولا يرجع على الغاصب على المالك بما انفق لانه انفق على مال الغير
بغير اذنه فكان متبرعا وكذلك لو غصب ارضا فيها زرع او شجر فسقاه الغاصب
حتى انتهى بلوغه وكذلك لو كان نخلا اطلع فابره ولقحه وقام عليه فهو للمغصوب
منه ولا شي للغاصب فيما انفق لما قلنا ولو كان حصد الزرع فاستهلكه او جذ من
التمر شيا او جز الصوف او حلب كان ضامنا لانه اتلف مال الغير بغير اذنه ولو
غصب ثوبا فغسله او غسله او قصره فلصاحبه ان ياخذه ولا شي للغاصب لانه ليس
للغاصب عين مال متقوم قايم فيه اما الفتل فانه تغيير الثوب من صفة الى صفة
واما الغسل فانه ازالة الوسخ عن الثوب واعادة له الى الحالة الاولى والصابون
او الحرض فيه يتلف ولا يبقى واما القصارة فانها تسوية اجزا الثوب فلم يحصل
في الثوب زيادة عين مال متقوم قايم ولو غصب من مسلم خمرا فخللها فلصاحبها
ان ياخذ الخل من غير شي لان الخل ملكه لان الملك كان ثابتا له في الخمر فاذا صار خلا
حدث الخل على ملكه وليس للغاصب فيه عين مال قايم متقوم لان الملح الملقى
في الخمر يتلف فيها فصار كما لو تخللت بنفسها في يده ولو كان كذلك لاخذه من غير شي
كذا هذا وقيل موضوع المسلة انه خللها بالنقل من الظل الى الشمس لا بشي له قيمة
وهو الصحيح وعلى هذا يخرج ما لو غصب جلد ميتة فدبغه انه ان دبغه بشي لا قيمة له
كالما والتراب والشمس كان لصاحبه ان ياخذه ولا شي عليه للغاصب لان الجلد كان
ملكه وبعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه وليس لصاحبه فيه عين مال
متقوم قايم انما فيه مجرد فعل الدباغ ومجرد العمل لا يتقوم الا بالعقد ولم يوجد
هذا اذا اخذه من منزله فدبغه فاما اذا كانت الميتة ملقاة على الطريق فاخذ جلدها
فدبغه فلا سبيل له على الجلد لان الالقا في الطريق اباحة للاخذ كالقا النوى
وقشور الرمان على قوارع الطرق ولو هلك الجلد المغصوب بعد ما دبغه
بشي لا قيمة له لا ضمان عليه لان الضمان لو وجب عليه اما ان يجب بالغصب السابق

واما ان يجب بالاتلاف لا سبيل الى الاول لانه لا قيمة له وقت الغصب ولا سبيل
الى الثاني لانه لم يوجد الاتلاف من الغاصب وان استهلكه يضمن بالاجماع لانه
كان ملكه قبل الدباغ وبعد ما صار مالا بالدباغ بقي على حكم ملكه لا حق للغاصب
فيه واتلاف مملوك للغير بغير اذنه لا حق له فيه يوجب الضمان ولو دبغه بشي
متقوم كالقرض والعصفر ونحوهما فلصاحبه ان ياخذه ويغرم له ما زاد الدباغ
فيه لانه ملك صاحبه وللغاصب فيه عين ملك متقوم فلزم مراعاة الجانبين
وذلك فيما قلنا وليس له ان يضمنه قيمة الجلد لانه لو ضمنه قيمته لضمنه يوم
الغصب ولم يكن له قيمة يوم الغصب ولو هلك في يده بعد ما دبغه لا ضمان
عليه لما بينا ولو استهلكه فكذلك عند ابي حنيفة وذكر في ظاهر الرواية ان
على قول ابي يوسف ومحمد يضمن قيمته مدبوغا ويعطيه المالك ما زاد الدباغ
فيه وذكر الكرخي في مختصره ان عندهما يغرم قيمته ان لو كان الجلد ذكيا
غير مدبوغ وجه قولهما انه اتلف مالا متقوما مملوكا بغير اذن مالكه فيوجب
الضمان كما اذا دبغه بشي لا قيمة له فاستهلكه وانما قلنا ذلك اما المالية والتقوم
فلان الجلد بالدباغ صار مالا متقوما واما الملك فلانه كان ثابتا له قبل الدباغ
وبعده بقي على حكم ملكه ولهذا وجب عليه الضمان فيما اذا دبغه بما لا قيمة له
كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان التقوم حدث بصنع الغاصب فلا يجب
الضمان عليه ولان الاصل ان الحادث بفعل الانسان يكون حقا له فلا يمكن
ايجاب الضمان عليه فالتحق هذا الوصف بالعدم فكان هذا اتلاف مال لا
قيمة له من حيث المعنى فلا يجب الضمان ولان تقوم الجلد تابع لما زاد الدباغ
فيه لانه حصل بالدباغ وما زاد الدباغ فيه مضمون فكذا ما تابع له ليكون
ملحقا به والمضمون ببدل لا يضمن بالقيمة عند الاتلاف كالمبيع قبل القبض
بخلاف ما اذا دبغه بشي لا قيمة له لان هناك ما زاد الدباغ فيه غير مضمون
فلم يوجد الاصل فلا يلحق به غيره وان كان الجلد ذكيا فدبغه فان دبغه بما لا
قيمة له فلصاحبه ان ياخذه ولا شي عليه لما ذكرنا انه ملك صاحبه وليس للغاصب
فيه عين مال متقوم قايم وليس له يضمن الغاصب شيا لان الجلد قايم لم
ينتقص ولو دبغه بما له قيمة فصاحبه بالخيار ان شا ضمنه قيمته غير مدبوغ
وان شا اخذه واعطاه ما زاد الدباغ فيه لما ذكرنا في الثوب المغصوب
اذا صبغه احمر او اصفر بصبغ نفسه ولو ان الغاصب هنا جعل هذا الجلد
اديما او زقا او دفترا او جرابا او فروا فلم يكن للمغصوب منه على ذلك سبيل
لانه صار شيا اخر حيث تبدل الاسم والمعنى فكان استهلاكا له معنى ثم
ان كان الجلد ذكيا فله قيمته يوم الغصب وان كانت ميتة فلا شي ولو غصب
عصيرا المسلم فصار خمرا في يده او خلا ضمن عصيرا مثله لان ملك في يده
لغيره ورثه خمرا او خلا والعصير من ذوات الامثال فيكون مضمونا بالمثل
والله اعلم فصل واما حكم اختلاف الغاصب والمغصوب منه اذا قال
الغاصب هلك المغصوب في يدي ولم يصدقه المغصوب منه ولا بينة
للغاصب فان القاضي يحبس الغاصب مدة لو كان قايما لاظهره في تلك المدة
ثم يقضي بالضمان لما ذكرنا فيما تقدم ان الحكم الاصلي للغصب هو وجوب

ردعين المغصوب والقيمة خلف عنه فما لم يثبت العجز عن الاصل لا يقضي بالقيمة
التي هي خلف ولو اختلفا في اصل الغصب او في جنس المغصوب ونوعه وقدره
او صفته او قيمته يوم الغصب وقت الغصب فالقول في ذلك كله قول الغاصب لان المغصوب
يدعي عليه الضمان وهو ينكر فكان القول قوله اذ القول في الشرع قول المنكر
ولو اقر الغاصب بما يدعي المغصوب منه وادعى الرد عليه لا يصدق الا ببينة
لان الاقرار بالغصب اقرار بوجود سبب وجوب الضمان منه فهو بقوله
رددت عليك يدعي انفساخ السبب فلا يصدق من غير بينة وكذلك
لو ادعى الغاصب ان المغصوب منه هو الذي احدث العيب في المغصوب
لا يصدق الا ببينة لان الاقرار بوجود الغصب منه اقرار بوجود الغصب
بجميع اجزائه في ضمانه فهو يدعي احداث العيب من المغصوب منه ويدعي
خروج بعض اجزائه عن ضمانه فلا يصدق الا ببينة ولو اقام المغصوب
منه البينة انه غصب الدابة ونفقت عنده واقام الغاصب البينة
انه ردها اليه وانه نفقت عنده فلا ضمان عليه لان من الجائز ان شهود المغصوب
منه اعتمدوا في شهادتهم على استصحاب الحال لما انهم علموا بالغصب
وما علموا بالرد فبنوا الامر على ظاهر بقاء المغصوب في يد الغاصب الى وقت
الهلاك وشهود الغاصب في شهادتهم بالرد اعتمدوا حقيقة الامر وهو
الرد لانه امر لم يكن فكانت الشهادة القايمة على الرد اولى كما في شهود الجرح
مع التزكية وروي عن ابي يوسف ان الغاصب ضامن ولو اقام المغصوب
منه البينة انه غصب منه هذا العبد ومات عنده واقام الغاصب
البينة ان العبد مات في يد مولاه قبل الغصب لم ينتفع بهذه الشهادة لانه
موته في يد مولاه قبل الغصب لا يتعلق به حكم فلم تقبل الشهادة عليه
والتحقت بالعدم فيجب العمل بشهادة شهود المغصوب منه ولان من الجائز
ان شهود الغاصب اعتمدوا استصحاب الحال وهي حال التي كانت عليه
للمولى لجواز انهم علموها ثابتة ولم يعلموا بالغصب وطلبوا تلك اليد قايمة
وشهود المغصوب منه اعتمدوا في شهادتهم تحقق الغصب فكانت
شهادتهم اولى بالقبول ولو اقام المغصوب منه البينة ان الغاصب غصب
هذا العبد يوم النحر من الكوفة واقام الغاصب البينة انه كان يوم
النحر بمكة هو والعبد فالضمان واجب على الغاصب لان بينة الغاصب
لا يتعلق بها حكم فالتحقت بالعدم فبقيت بينة المغصوب منه بلا معارض
فلزم العمل بها وقال محمد في الاملا اذا اقام الغاصب البينة انه مات في يد
المغصوب منه واقام المغصوب منه بينة انه مات في يد الغاصب فالبينة
بينة الغاصب لما ذكرنا ان بينته قامت على اثبات امر لم يكن وهو الرد وبينة
المغصوب منه قامت على ابقا ما كان على ما كان وهو الغصب فكانت بينة
الرد اولى والله اعلم ولو اقام المغصوب منه البينة ان الدابة نفقت عند
الغاصب من ركوبه واقام الغاصب البينة انه ردها اليه فالبينة بينة
المغصوب منه وعلى الغاصب القيمة لان بينة الغاصب لا تدفع بينة المغصوب
منه لانها قامت على رد المغصوب ومن الجايز انه ردها ثم غصبها ثانيا وركبها

شهود صح

فنفقت

فنفقت في يده فامكن الجمع بين البينتين وكذلك لو شهد شهود وصاحب
الدابة ان الغاصب قتلها وشهد شهود الغاصب انه ردها اليه كما اذا قال
رجل لاخر غصبنا منك الفا ثم قال كنا عشرة قال ابو يوسف لا يصدق وقال
زفر يصدق وجه قول زفر ان قوله غصبنا منك حقيقة للجمع والعمل بحقيقة
اللفظ واجب وفي الحمل على الواحد ترك العمل بالحقيقة فلا يصدق وجه قول
ابي يوسف ان العمل بالحقيقة واجب ما امكن وهاهنا لا يمكن لان قوله غصبنا
اخبار عن وجود الغصب من جماعة مجهولين فلو عملنا بحقيقته لالغينا كلامه
ولا شك ان العمل بالمجاز اولى من الالغا والله اعلم

فصل

واما مسايل الاتلاف
فالكلام فيها لا يخلو اما ان ورد على بني ادم واما ان ورد على غيرهم من البهايم
والجمادات فان ورد على بني ادم فحكمه في النفس وما دون النفس نذكره في كتاب
الجنايات ان شا الله تعالى ٭ وان ورد على غير بني ادم فانه يوجب الضمان
اذا استجمع شرايط الوجوب فيقع الكلام فيه في ثلثة مواضع ٭ في بيان
كونه سببا لوجوب الضمان ٭ وفي بيان شرايط وجوب الضمان ٭ وفي
بيان ماهية الضمان الواجب به ٭ اما الاول فلا شك ان الاتلاف سبب
لوجوب الضمان عند استجماع شرايط الوجوب لان اتلاف الشي اخراجه
من ان يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة وهذا اعتدا واضرار
وقد قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقد
قال صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وقد تعذر نفي الضرر من
حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان ليقوم الضمان مقام المتلف
فينتفي الضرر بالقدر الممكن ولهذا وجب الضمان بالغصب فبالاتلاف اولى لكونه
اعتدا واضرارا وقوق الغصب فلما وجب بالغصب فبالاتلاف اولى سوا وقع الاتلاف
له صورة ومعنى باخراجه عن كونه صالحا للانتفاع او معنى باحداث معنى فيه يمنع
من الانتفاع به مع قيامه في نفسه حقيقة لان كل ذلك اعتدا واضرار وسوا كان
الاتلاف مباشرة باتصال الالة بمحل التلف او تسبيبا بالفعل في محل يفضي الى
تلف غيره عادة لان كل واحد منهما يقع اعتدا واضرارا فيوجب الضمان
وبيان ذلك في مسايل اذا قتل دابة انسان او احرق ثوبه او قطع شجره او
اراق عصيره او هدم بناه سوا كان المتلف في يد المالك او في يد الغاصب
لتحقق الاتلاف في الحالين غير ان المغصوب ان كان منقولا وهو في يد الغاصب
يخير المالك ان شا ضمن الغاصب وان شا ضمن المتلف لوجود سبب وجوب
الضمان من كل واحد منهما فان ضمن الغاصب فالغاصب يرجع بما ضمن على المتلف
لانه ملك المغصوب بالضمان فتبين ان الاتلاف ورد على ملكه وان ضمن المتلف
لا يرجع بالضمان على احد وان كان عقارا ضمن المتلف ولا يضمن الغاصب عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد الجواب فيه وفي المنقول سوا بنا على ان
العقار غير مضمون بالغصب عندهما وعنده مضمون فكان له ان يضمن ايهما
شا كما في المنقول وكذلك اذا نقص مال انسان مما لا يجري فيه الربوا ضمن
النقصان سوا كان في يد المالك او في يد الغاصب لان النقص اتلاف جزء
منه وتضمينه ممكن لانه لا يودي الى الربوا فيضمن قدر النقصان بخلاف

لانه صح

الاموال الربويه علي ما مر غير ان النقصان ان كان بفعل غير الغاصب فالمغصوب
منه بالخيار ان شا ضمن الغاصب ويرجع الغاصب علي الذي نقص وان شا ضمن
الذي نقص وهو لا يرجع علي احد لما قلنا ولو غصب عبدا قيمته الف درهم
فازداد في يد الغاصب حتي صارت قيمته الفين فقتله انسان خطا فالمالك
بالخيار ان شا ضمن الغاصب قيمته وقت الغصب الف درهم وان شا ضمن القاتل
قيمته الفين لوجود سببا وجوب الضمان الغصب والقتل والزيادة علي الحادثة
في يد الغاصب غير مضمونة بالغصب وهي مضمونة بالقتل لذلك ضمن الغاصب
الفا والقاتل الفين فان ضمن القاتل فانه لا يرجع علي احد وان ضمن الغاصب فالغاصب
يرجع علي عاقلة القاتل بالفين ويتصدق بالفضل علي الالف واما الرجوع عليهم
بالفين فلانه ملك المغصوب بالضمان فتبين ان القتل ورد علي عبد الغاصب
فيضمن قيمته واما التصدق بالفضل علي الالف فتمكن الخبث فيه لاختلال
الملك وينبغي ان يكون هذا علي اصل ابي حنيفة اظهر فاما علي اصل ابي يوسف
فالفضل طيب له ولا يلزمه التصدق به وان قتله الغاصب بعد الزيادة
خطا فالمغصوب منه بالخيار ان شا ضمنه الغاصب الف درهم وان شا ضمن
عاقلته قيمته يوم القتل الفي درهم وهو الصحيح بخلاف المغصوب اذا كان
حيوانا سوي بني ادم فقتله الغاصب بعد الزيادة انه لا يضمن قيمته الا
يوم الغصب الف درهم عند ابي حنيفة وقد بينا له الفرق بينهما فيما تقدم
ولو قتل العبد نفسه في يدي الغاصب بعد حدوث الزيادة ضمن الغاصب
قيمته يوم الغصب الفا كذا هذا ولو كانت الزيادة ولدا فقتلت الزيادة ولدها
ثم ماتت فعلي الغاصب قيمتها يوم الغصب الف درهم وليس عليه ضمان الولد
لان قتلها ولدها هدر لا حكم له فالتحق بالعدم كانه مات حتف انفه فيهلك
امانة وبقيت الام مضمونة بالغصب ولو اودع رجلان رجلا كل واحد منهما
الف درهم فخلط المستودع احد الالفين بالاخر خلطا لا يتميز ضمن لكل واحد
منهما الفا وملك المخلوط في قول ابي حنيفة لان الخلط وقع اتلافا معني وعند
ابي يوسف ومحمد هما بالخيار بين ان ياخذا ذلك ويقتسمانه بينهما وبين ان يضمناه
والمسلة مرت في كتاب الوديعة ثم قال محمد رحمه الله ولا يسع المودع اكل تلك
الدراهم حتي يودي مثلها الي صاحبها وهذا صحيح لا خلاف فيه لان عندهما لم ينقطع
حق المالك وعند ابي حنيفة ان انقطع وثبت الملك للمستودع لكن فيه خبث
فيمنع من التصرف فيه حتي يرضي صاحبه ولو ان رجلا له كر اغتصب رجل
احدهما او سرقه ثم ان المالك اودع الغاصب او السارق ذلك الاخر فخلطه
بكر الغصب ثم ضاع ذلك كله ضمن كر الغصب ولم يضمن كر الوديعة بسبب
الخلط لانه خلط ملكه بملكه وليس ذلك باستهلاك فلا يجب الضمان عليه
بسبب الخلط وبقي الكر المضمون وكر الامانة في يده في حالهما فصار كانهما ملكا
قبل الخلط ولو خلط الغاصب دراهم الغصب بدراهم نفسه خلطا لا يتميز
ضمن مثلها وملك المخلوط لانه اتلفها بالخلط وان مات كان ذلك لجميع الغرما
والمغصوب اسوة الغرما لانه زال ملكه عنها وصار ملكا للغاصب ولو اختلطت
دراهم الغصب بدراهم نفسه بغير صنعه فلا يضمن وهو شريك للمغصوب

منه لان الاختلاط من غير صنعه هلاك وليس باستهلاك فصار كالو تلفت بنفسها
وصارا شريكين لاختلاط الملكين علي وجه لا يتميز والله اعلم ۞ ولو صب ما في
طعام في يد انسان فافسده وزاد في كيله فلصاحب الطعام قيمته قبل ان
يصب فيه الما وليس ان يضمنه طعاما مثله ولا يجوز له ان يضمنه مثل
كيله قبل صب الما وكذلك لو صب ما في دهن او زيت لانه لا سبيل الي ان
يضمنه مثل الطعام المبلول والدهن المصبوب فيه الما لانه لا مثل له ولا
سبيل الي ان يضمنه مثل كيل الطعام قبل صب الما فيه لانه لم يكن منه غصب
متقدم حتي لو غصب ثم صب فعليه مثله والله اعلم ۞ ولو فتح باب قفص
فطار الطير منه وضاع لم يضمن في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد يضمن وقال الشافعي ان طار من فوره ذلك ضمن وان مكث ساعة ثم
طار لم يضمن وجه قول محمد ان فتح باب القفص وقع اتلافا للطير تسبيبا لان
الطيران للطير طبع له فالظاهر انه يطير اذا وجد المخلص فكان الفتح اتلافا
تسبيبا فيوجب الضمان كما اذا شق زق انسان فيه دهن فسال وهلك
وهذا وجه قول الشافعي ايضا الا انه يقول اذا مكث ساعة لم يكن الطيران
بعد ذلك مضافا الي الفتح بل الي اختياره فلا يجب الضمان وجه قولهما ان
الفتح ليس باتلاف مباشرة ولا تسبيبا اما المباشرة فظاهرة الانتفا واما
التسبيب فلان الطير مختار في الطيران لانه حي وكل حي له اختيار فكان
الطيران مضافا الي اختياره والفتح سببا محضا فلا حكم له كما اذا حل القيد
عن عبد انسان حتي ابق انه لا ضمان عليه لما قلنا كذا هذا بخلاف شق الزق الذي
فيه دهن مايع لان المايع سيال بطبعه بحيث لا يوجد منه الاستمساك عند
عدم المانع الا علي نقض العادة فكان الفتح تسبيبا للتلف وعلي هذا الخلاف
اذا حل رباط الدابة او فتح الاصطبل حتي خرجت الدابة وظلت وقالوا اذا حل
رباط الزيت انه ان كان ذايبا فسال ضمن وان كان السمن جامدا وسال
فذاب بالشمس وسال لم يضمن لما ذكرنا ان المايع يسيل بطبعه اذا وجد
منفذا بحيث يستحيل استمساكه عادة فكان حل الرباط اتلافا له تسبيبا
فيوجب الضمان بخلاف الجامد لان السيلان طبع المايع لا طبع الجامد وهو
ان صار مايعا لكن لا بصنعه بل بحرارة الشمس فلم يكن التلف مضافا اليه
لا مباشرة ولا تسبيبا فلا يضمن والله اعلم ۞ وعلي هذا يخرج ما اذا غصب
صبيا صغيرا حرا من اهله فعقره سبع او نهشته حية او وقع في بير او من
سطح فمات ان علي عاقلة الغاصب الدية لوجود الاتلاف من الغاصب تسبيبا
لانه كان محفوظا بيد وليه اذ هو لا يقدر علي حفظ نفسه بنفسه فاذا فوت
حفظ الاهل عنه ولم يحفظه بنفسه حتي اصابته افة فقد ضيعه فكان ذلك
منه اتلافا تسبيبا والحر ان لم يكن مضمونا بالغصب يكون مضمونا
بالاتلاف مباشرة كان او تسبيبا ولو قتله انسان خطا في يدي الغاصب
فلاوليايه ان يتبعوا ايهما شاوا ان شاوا الغاصب او القاتل اما القاتل
فلوجود الاتلاف منه مباشرة واما الغاصب فلوجود الاتلاف منه تسبيبا
لما ذكرنا والتسبيب ينزل منزلة المباشرة في وجوب الضمان كحفر البير

علي قارعة الطريق والشهادة علي القتل حتي رجع شهود القصاص ضمنوا فان اتبعوا
القاتل لا يرجع علي احد وان اتبعوا الغاصب فالغاصب يرجع علي القاتل لانه
الغاصب باداء الضمان قام مقام المستحق في حق ملك الضمان وان تعذر ان يقوم
مقامه في حق ملك المضمون كغاصب المدبر اذا قتل المدبر في يده واختار المالك
تضمين الغاصب يرجع بالضمان علي القاتل وان لم يملك نفس المدبر باداء الضمان
كذا هذا وكذلك لو وقع عليه حايط انسان فالغاصب ضامن ويرجع علي عاقلة
صاحب الحايط ان كان تقدم اليه لما قلنا ولو قتله انسان في يدي الغاصب
عمدا فاولياوه بالخيار ان شاوا قتلوا القاتل وبري الغاصب وان شاوا اتبعوا
الغاصب بالدية علي عاقلته ويرجع عاقلة الغاصب في مال القاتل عمدا ولا يكون
لهم القصاص اما ولاية الاقتصاص من القاتل فلوجود القتل العمد الخالي عن
الموانع واما ولاية اتباع الغاصب بالدية فلوجود الاتلاف منه تسبيبا علي ما
بينا فان قتلوا القاتل بري الغاصب لانه لا يجمع بين القصاص والدية في نفس
واحدة في قتل واحد وان اتبعوا الغاصب بالدية علي عاقلته يرجع عاقلته في مال
القاتل ولا يكون لهم ان يقتصوا من القاتل لان القصاص لم يصر ملكا لهم باداء
الضمان اذ هو لا يحتمل التمليك فلم يقم الغاصب مقام الولي في ملك القصاص
فسقط القصاص وينقلب مالا والمال محل للتمليك فجاز ان يقوم الغاصب
مقام الولي في ملك القصاص ولو قتل الصبي انسانا في يدي الغاصب
فرده علي الولي وضمن عاقلة الصبي لم يكن لهم ان يرجعوا علي الغاصب بشي لانه
لا سبيل الي ايجاب ضمان الغصب لان الحر غير مضمون بالغصب ولا سبيل الي ايجاب
ضمان الاتلاف لان الغاصب انما يصير متلفا اياه تسبيبا بجناية غيره عليه
لا بجنايته علي غيره ولو قتل الصبي نفسه او اتي علي شي من نفسه من اليد والرجل
وما اشبه ذلك او ركبه الغاصب دابة فالقي نفسه منها فالغاصب ضامن عند
ابي يوسف وعند محمد لا يضمن وجه قول محمد ان فعله علي نفسه هدر فالتحق
بالعدم فصار كانه مات حتف انفه او سقطت يده بافة سماوية ولو كان
كذلك لا ضمان عليه كذا هذا والجامع انه لو وجب بالضمان لوجب بالغصب والحر
غير مضمون بالغصب ولهذا لو جني علي غيره لا يضمن الغاصب كذا هذا وجه قول
ابي يوسف ان الحر ان لم يكن مضمونا بالغصب فهو مضمون بالاتلاف مباشرة
او تسبيبا وقد وجد التسبيب من الغاصب حتي ترك حفظه عن اسباب الهلاك
في الحالين جميعا فكان متلفا اياه تسبيبا فيجب الضمان عليه ولا يرجع الغاصب
علي عاقلة الصبي بما ضمن لان حكم فعله علي نفسه لا يعتبر فلا يمكن علي العاقلة والله
اعلم ولو غصب مدبرا فمات في يده ضمن بالاجماع ولو غصب ام ولد فماتت
في يده من غير افة لم يضمن عند ابي حنيفة وقد ذكرنا المسلة في غير موضعها ولو
ماتت في يده باقة علي الوجه الذي بينا انه يضمن في الصبي الحر فان الغاصب
يغرم قيمتها حالة في ماله لوجود الاتلاف منه تسبيبا وام الولد مضمونة
بالاتلاف بلا خلاف ولهذا وجب الضمان في الصبي الحر ففي ام الولد اولي
والله اعلم واما شرايط وجوب هذا الضمان فمنها ان يكون المتلف
مالا فلا يجب الضمان باتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال

وقد ذكرنا كله في كتاب البيوع ۞ ومنها ان يكون متقوما فلا تجب الضمان باتلاف
الخمر والخنزير علي المسلم سوا كان المتلف مسلما او ذميا لسقوط تقوم الخمر
والخنزير في حق المسلم ولو اتلف مسلم او ذمي علي ذمي خمرا او خنزيرا يضمن
عندنا خلافا للشافعي والدلايل مرت في مسايل الغصب ولو اتلف ذمي علي ذمي
خمرا او خنزيرا ثم اسلما او اسلم احدهما اما في الخنزير لا يبرا المتلف عن
الضمان الذي لزمه سوا اسلم الطالب والمطلوب او اسلما جميعا لان الواجب
باتلاف الخنزير القيمة وانها دراهم او دنانير والاسلام لا يمنع من قبض
الدراهم والدنانير واما في الخمر فان اسلما جميعا او سلم احدهما وهو الطالب
المتلف عليه بريت ذمة المطلوب وهو المتلف وسقط عنه الخمر بالاجماع ولو
اسلم المطلوب اولا ثم اسلم الطالب او لم يسلم ففي قول ابي يوسف وهو روايته
عن ابي حنيفة يبرا المطلوب من الخمر ولا يتحول الي القيمة كما لو اسلم الطالب
وعند محمد وزفر وعافية القاضي وهو روايتهم عن ابي حنيفة لا يبرا المطلوب
ويتحول ما عليه من الخمر الي القيمة كما لو كان الاتلاف بعد الاسلام انه يضمن قيمتها
للذمي فكذا اذا اتلف بعد الاسلام وقد ذكرنا المسلة في كتاب البيوع ولو
كسر علي انسان بربطا او طبلا يضمن قيمته خشبا منحوتا عند ابي حنيفة
وذكر في المنتقي خشبا الواحا وعند ابي يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما
ان هذا الة اللهو والفساد فلم يكن متقوما كالخمر ولابي حنيفة انه كما يصلح
للهو والفساد يصلح للانتفاع به من وجه اخر فكان مالا متقوما من ذلك الوجه
وكذلك لو اراق لانسان مسكرا له او منصفا فهو علي هذا الاختلاف والمسلة
قد ذكرناها في كتاب البيوع ولو احرق بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن
ضمن قيمته غير منقوش بتماثيل لانه لا قيمة لنفس التماثيل لان نفسها محظور وان
كان صاحبه قطع روس التماثيل ضمن قيمته منقوشا لانه لا يكون تمثالا
بلا راس الا تري انه ليس بمحظور فكان النقش متقوما ولو احرق بساطا فيه
تماثيل رجال ضمن قيمته متصورا لان التمثال علي البساط ليس بمحظور لان
البساط يوطا فكان النقش متقوما ولو هدم بيتا متصورا ضمن قيمة
البيت والصبغ غير مضمون لان الصورة علي البيت لا قيمة لها واما الصبغ
فمتقوم ولو قتل جارية مغنية ضمن قيمتها غير مغنية لان الغنا لا قيمة له
لانه محظور هذا اذا كان الغنا زيادة في الجارية فاما اذا كان نقصانا فيها
فانه يضمن قدر قيمتها وعلي هذا تخرج المباحات التي ليست بمملوكة لاحد
انها غير مضمونة بالاتلاف لعدم تقومها اذ التقوم ينبني عن العزة والخطر
ولا يتحقق ذلك الا بالاحراز والاستيلا واما المباح المملوك وهو مال
الحربي فلا يجب الضمان باتلافه ايضا وان كان متقوما لفقد شرط اخر نذكره
ان شا الله تعالي ۞ وان شيت قلت ومنها ان يكون مملوكا فلا يجب باتلاف
المباحات التي لا يملكها احد والتخريج علي شرط التقوم اصح لان كون الشي
مملوكا في نفسه ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالاتلاف
وليس بمملوك اصلا ارض بين شريكين زرعها احدهما فتراضيا علي ان
يعطي الذي لم يزرع نصف البذر ويكون الخارج بينهما فهذا لا يخلو اما ان

ان كان الزرع نبت واما ان كان لم ينبت فان كان قد نبت جاز لان هذا بيع الحشيش بالحنطة وانه جايز وان كان لم ينبت لم يجز لانه لا يدري ما بقي تحت الارض مما تلف مع ان ذلك ليس بمال متقوم فلا يجوز بيعه فان نبت الزرع وطلب الذي لم يزرع القسمة قسم وامر الذي زرع ان يقلع ما في نصيب الشريك لان نصيبه مشغول بملكه فيجبر على تفريغه وتضمينه نقصان الزراعة والله اعلم ٭ ومنها ان يكون المتلف من اهل وجوب الضمان عليه حتى لو اتلفت بهيمة مال انسان لا ضمان على مالكها لان فعل العجماء جبار فكان هدرا ولا اتلاف من مالكها فلا يجب الضمان عليه ٭ ومنها ان يكون في الوجوب فايدة فلا ضمان على المسلم مال الحربي ولا على الحربي باتلاف مال المسلم في دار الحرب وكذا لا ضمان على العادل اذا اتلف مال الباغي ولا على الباغي اذا اتلف مال العادل لانه لا فايدة في الوجوب لعدم امكان الوصول الى الضمان لانعدام الولاية فاما العصمة فليست بشرط لوجوب ضمان المال الا ان الصبي ماخوذ بضمان الاتلاف وان لم تثبت عصمته المتلف في حقه وكذا يجب الضمان بتناول مال الانسان حال المخمصة واباحة التناول وكذا كسر اباحة الات الملاهي مباح وهي مضمونة بالاتلاف عند ابي حنيفة ولا يلزم اذا اتلف مال انسان باذنه انه لا يجب الضمان لان عدم الوجوب ليس لعدم العصمة بل لعدم الفايدة لانه لو وجب الضمان عليه لكان له ان يرجع عليه بما ضمن فلا يفيد والله اعلم وكذلك العلم بكون المتلف ملك غيره ليس بشرط لوجوب الضمان على حتى لو اتلف مالا على ظن انه ملكه ثم تبين انه ملك غيره ضمن لان الاتلاف امر حقيقي لا يتوقف وجوده على العلم كما في الغصب على ما مر الا اذا علم بذلك يضمن ويأثم واذا لم يعلم يضمن ولا يأثم لان الخطا مرفوع المواخذة لما ذكرنا في مسايل الغصب والله اعلم

فصل واما بيان ما يبه الضمان الواجب باتلاف ما سوي بني ادم فالواجب به ما هو الواجب بالغصب وهو ضمان المثل ان كان المتلف مما له مثل وضمان القيمة ان كان مما لا مثل له لان ضمان الاتلاف ضمان اعتدا والاعتدا لم يشرع الا بالمثل فعند الامكان يجب المثل المطلق وهو المثل صورة ومعنى وعند التعذر يجب المثل معنى وهو القيمة كما في الغصب والله اعلم

كتاب السرقة يحتاج لمعرفة مسايل السرقة الى معرفة ركن السرقة ٭ والى معرفة شرايط الركن ٭ والى معرفة ما تظهر به السرقة عند القاضي ٭ والى معرفة حكم السرقة

فصل اما ركن السرقة فهو الاخذ على سبيل الاستخفا قال الله تعالى الا من استرق السمع سمي اخذ المسموع على وجه الاستخفا استراقا ولهذا سمي الاخذ على سبيل المجاهرة مغالبة او نهبة وخلسة غصبا وانتهابا واختلاسا لا سرقة وروي عن علي رضي الله عنه انه سيل عن المختلس والمنتهب فقال تلك الدعابة لا شي فيها وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على ماس ولا منتهب ولا خاين ثم الاخذ على وجه الاستخفا نوعان مباشرة وتسبيب اما المباشرة فهو ان يتولى السارق اخذ المتاع واخراجه من الحرز قبل ان يخرجه فلا قطع عليه لان الاخذ اثبات اليد ولا يتم ذلك الا بالاخراج من الحرز ولم يوجد وان رمي به خارج الحرز ثم ظهر عليه قبل ان يخرج هو من الحرز فلا قطع لان يده ليست بثابتة عليه عند الخروج من الحرز فان لم يظهر عليه حتى خرج واخذ ما كان رمي به خارج الحرز يقطع وروي عن زفر انه لا يقطع وجه قوله ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمي ليس باخراج والاخذ من الخارج ليس اخذا من الحرز فلا يكون سرقة ولنا ان المال في حكم يده ما لم يثبت

عليه يد غيره فقد وجد منه الاخذ والاخراج من الحرز ولو رمي به الى صاحب له خارج الحرز فاخذه المرمي اليه فلا قطع على واحد منهما اما الخارج فلانه لم يوجد منه الاخذ من الحرز واما الداخل فلانه لم يوجد منه الاخراج من الحرز لثبوت يد الخارج عليه ولو ناول صاحبا له مناوله من وراء الجدار ولم يخرج هو فلا قطع على واحد منهما عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يقطع الداخل ولا يقطع الخارج لم يدخل يده الى الحرز وجه قولهما ان الداخل لما ناول صاحبه فقد اقام يد صاحبه مقام يده فكانه خرج والمال في يده وجه قول ابي حنيفة على نحو ما ذكرنا في المسلة المتقدمة انه لا سبيل الى ايجاب القطع على الخارج لانعدام السرقة منه وهو الاخذ من الحرز ولا سبيل الى ايجابه على الداخل لانعدام ثبوت يده عليه حالة الخروج من الحرز لثبوت يد صاحبه بخلاف ما اذا رمي به الى السكة ثم خرج واخذه لانه ما لم تثبت عليه يد غيره فهو في حكم يده فكانه خرج به حقيقة وان كان الخارج ادخل يده في الحرز فاخذه من يد الداخل فلا قطع على واحد منهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف اقطعهما جميعا اما عدم وجوب القطع على الداخل على اصل ابي حنيفة فلعدم الاخراج من الحرز حقيقة انه لو اخرج يده وناول صاحبا له لم يقطع فقد عدم الاخراج اولى والوجوب عليه على اصل ابي يوسف لما ذكرنا في المسلة المتقدمة واما الكلام في الخارج فمبني على مسلة اخرى وهي ان السارق اذا نقب منزلا وادخل يده فيه ولم يدخل واخرج المتاع ولم يدخل فيه هل يقطع ذكر في الاصل وفي الجامع انه لا يقطع ولم يحك خلافا وقال ابو يوسف في الاملا اقطع ولا ابالي دخل الحرز او لم يدخل وعلى هذا الخلاف اذا نقب ودخل وجمع المتاع عند النقب ثم خرج وادخل يده فرفع وجه قوله ان الركن في السرقة هو الاخذ من الحرز فاما الدخول في الحرز فليس بركن الا ترى انه لو ادخل يده في الصندوق او في الجوالق واخرج يقطع وان لم يوجد الدخول ولهما ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال اذا كان اللص ظريفا لم يقطع قيل وكيف يكون ظريفا قال يدخل يده الى الدار ويمكنه دخولها ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان هتك الحرز على سبيل الكمال شرط لان به يتكامل الجناية ولا يتكامل الهتك فيما يتصور فيه الدخول الا بالدخول ولم يوجد بخلاف الاخذ من الصندوق والجوالق لان هتكهما بالدخول متعذر فكان الاخذ بادخال اليد فيهما هتكا متكاملا فيقطع ولو اخرج السارق المتاع من بعض بيوت الدار الى الساحة لا يقطع ما لم يخرج من الدار لان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد الا ترى انه اذا قيل لصاحب الدار احفظ هذه الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت اخر فضاعت لم يضمن وكذا اذن لانسان في دخول الدار فدخلها فسرق من البيت لا يقطع وان لم ياذن بدخول البيت دل ان الدار مع اختلاف بيوتها حرز واحد فلم يكن الاخراج الى صحن الدار اخراجا من الحرز بل هو نقل من بعض الحرز الى البعض بمنزلة النقل من زاوية الى زاوية اخرى هذا اذا كانت الدار مع بيوتها لرجل واحد فاما اذا كان كل منزل فيها لرجل فاخرج المتاع من البيت الى الساحة يقطع لان كل بيت حرز على حدة فكان الاخراج منه اخراجا من الحرز وكذلك اذا كان في الدار حجر ومقاصير فسرق من مقصورة وخرج به الى صحن الدار قطع لان كل مقصورة منها حرز على حدة فكان الاخراج منها اخراجا من الحرز بمنزلة الدور المختلفة في محلة واحدة ولو نقب رجلان ودخل احدهما فاستخرج المتاع فلما خرج به الى السكة حملناه جميعا ينظر ان عرف الداخل منهما قطع لانه هو السارق لوجود الاخذ والاخراج منه ويجزد

الخارج لانه اعانة على المعصية وهذه معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر وان لم
يعرف الداخل منهما لم يقطع واحد منهما لان من عليه القطع مجهول و يعزر ان اما
الخارج فلما ذكرنا واما الداخل فلارتكابه جناية لم يستوف الحد فيها لعذر فتعين
التعزير ولو نقب بيت رجل ودخل عليه مكابرة ليلا حتى سرق متاعه يقطع لانه
ان لم يوجد الاخذ على سبيل الاستخفا من المالك فقد وجد من الناس لان الغوث
لا يلحق بالليل لكونه وقت نوم وغفلة فتحققت السرقة والله اعلم ٭ واما
التسبيب ان يدخل جماعة من اللصوص منزل رجل ويأخذوا متاعه ويحملوه
على ظهر واحد ويخرجوه من المنزل فالقياس ان يقطع الا الحامل خاصة وهو
قول زفر وفي الاستحسان يقطعون جميعا وجه القياس ان ركن السرقة لا
يتم الا بالاخراج من الحرز وذلك وجد منه مباشرة فاما غيره له والحد يجب على
المباشر لا على المعين كحد الزنا والشرب وجه الاستحسان ان الاخراج حصل
من الكل معنى لان الحامل لا يقدر على الاخراج الا باعانة الباقين ويرصدهم
للدفع فكان الاخراج من الكل من حيث المعنى ولهذا الحق المعين بالمباشر في
قطع الطريق وفي الغنيمة كذا هذا ولان الحامل عامل لهم فكانهم حملوا المتاع
على حمار وساقوه حتى اخرجوه من الحرز ولان السارق لا يسرق وحده عادة بل
مع اصحابه ومن عادة انهم كلهم لا يشتغلون بالجمع والاخراج بل يرصد البعض
فلو جعل ذلك مانعا من وجوب القطع لانسد باب القطع وانفتح باب السرقة
وهذا لا يجوز ولهذا الحقت الاعانة بالمباشرة في باب قطع الطريق كذا هذا
والله اعلم

فصل

واما الشرايط فانواع بعضها يرجع الى السارق وبعضها يرجع
الى المسروق وبعضها يرجع الى المسروق منه وبعضها يرجع الى المسروق فيه وهو
المكان ٭ اما ما يرجع الى السارق فاهلية وجوب القطع وهي بالعقل والبلوغ
فلا يقطع الصبي والمجنون لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع القلم
عن ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النايم حتى يستيقظ
اخبر ان القلم مرفوع عنهما وفي ايجاب القطع اجرا القلم عليهما وهذا خلاف النص
ولان القطع عقوبة فيستدعي جناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا لم يجب
عليهما ساير الحدود كذا هذا ويضمنان السرقة لان الجناية ليست بشرط لوجوب
ضمان المال وان كان السارق يجن مرة ويفيق اخرى فان سرق في حال جنونه
لم يقطع وان سرق في حال الافاقة قطع ولو سرق جماعة فيهم صبي او مجنون
يدرا عنهم القطع في قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف ان كان المجنون
او الصبي هو الذي تولى اخراج المتاع درئ عنهم جميعا وان كان وليه
غيرهما قطعوا جميعا الا الصبي والمجنون وجه قوله ان الاخراج من الحرز هو
الاصل في السرقة والاعانة كالتابع فاذا وليه الصبي والمجنون فقد اتى بالاصل
فاذا لم يجب القطع بالاصل كيف يجب بالتابع واذا وليه عاقل بالغ فقد حصل
منه فسقوطه عن التبع لا يوجب سقوطه عن الاصل وجه قول ابي حنيفة ان
السرقة واحدة وقد حصل ممن يجب عليه القطع وممن لا يجب عليه القطع فلا
يجب القطع على احد كالعامد مع الخاطي اذا اشتركا في القطع او القتل وقوله
الاخراج اصل في السرقة مسلم ولكنه من الكل معنى لاتحاد الكل في معنى

التعاون

اخراج صح

التعاون على ما بينا فيما تقدم فكان اخراج غير الصبي والمجنون كاخراج الصبي والمجنون
ضرورة الاتحاد وعلى هذا الخلاف اذا كان فيهم ذو رحم محرم من المسروق
منه انه لا قطع على احد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يدرا عن ذي الرحم المحرم
ويجب على الاجنبي ولا خلاف في انه اذا كان فيهم شريك المسروق منه انه لا قطع
على احد واما الذكورة فليست بشرط لثبوت الاهلية فتقطع الانثى لقوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وكذا الحرية فيقطع العبد والامة
والمدبرة والمكاتب وام الولد لعموم الاية ويستوي الابق وغيره لما قلنا وذكر
في الموطا ان عبدا لعبد الله بن عمر رضي الله عنهما سرق وهو ابق فبعث به عبد
الله الى سعيد بن العاص ليقطع يده فابى سعيد ان يقطع يده وقال لا تقطع يد الابق
اذا سرق فقال عبد الله في اي كتاب الله وجدت هذا ان العبد الابق اذا سرق
لا تقطع يده فامر به عبد الله فقطعت يده ولان الذكورة والحرية ليستا من
شرايط ساير الحدود وكذا اسلام السارق ليس بشرط فيقطع الكافر والمسلم لعموم
اية السرقة والله اعلم

فصل

واما ما يرجع الى المسروق فانواع ٭ منها ان يكون مالا
مطلقا لا قصور في ماليته ولا شبهة وهو ان يكون مما يتموله الناس ويعدونه مالا
لان ذلك يشعر بعزته وحظره عندهم وما لا يتمولونه فهو تافه حقير وقد روي
عن عايشة رضي الله عنها انها قالت لم تكن اليد تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه
وسلم في الشي التافه وهذا منها بيان شرع متقرر ولان التفاهة تخل في الحرز
لان التافه لا يحرز عادة او لا يحرز احراز الخطير والحرز المطلق شرط على ما نذكر
وكذا تخل في الركن وهو الاخذ على سبيل الاستخفا لان اخذ التافه مما لا يستخفى منه
فيتمكن الخلل والشبهة في الركن والشبهة في باب الحدود ملحقة بالحقيقة وتخرج
على هذا مسايل اذا سرق صبيا حرا لا يقطع لان الحر ليس بمال ولو سرق صبيا عبدا
لا يتكلم ولا يعقل يقطع في قول ابي حنيفة وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع ووجهه
ان العبد ليس بمال محض اذ هو مال من وجه ادمي من وجه فكان محل السرقة
من وجه دون وجه فلا تثبت المحلية بالشك فلا يقطع كالصبي العاقل ولنا انه مال
من كل وجه لوجود معنى المالية فيه على الكمال ولا يد له على نفسه فيتحقق ركن السرقة
فيه كالبهيمة وكونه ادميا لا ينفي كونه مالا فهو ادمي من كل وجه ومال من كل وجه
لعدم التنافي فيتعلق القطع بسرقته من حيث انه مال لا من حيث انه ادمي
بخلاف العاقل لانه وان كان مالا من كل وجه لكنه في يد نفسه فلا يتصور ثبوت
يد غيره عليه للتنافي فلا يتحقق فيه ركن السرقة وهو الاخذ ولو سرق ميتة او دما
او جلد ميتة لم يقطع لانعدام المالية ولا يقطع في التبن والحشيش والقصب
والحطب لان الناس لا يتمولون هذه الاشيا ولا يضنون بها لعدم عزتها وقلة
خطرها عندهم بل يعدون الضنة بها من باب الخساسة فكانت تافهة ولا قطع
في التراب والطين والجص والنورة واللبن والآجر والفخار والزجاج لتفاهتها
فرق بين التراب وبين الخشب حيث سوى في التراب بين المعمول منه وغير
المعمول وفرق في الخشب لان الصنعة في الخشب اخرجته عن حد التفاهة والصنعة
في التراب لم تخرجه عن كونه تافها يعرف ذلك بالرجوع الى عرف الناس
وعاداتهم ومن اصحابنا من فصل في الجواب في الزجاج بين المعمول وغير المعمول

كما في الخشب ومنهم من سوى بينهما كما في الصحيح وهو لان الزجاج بالعمل لم يخرج عن حد التفاهة
لانه يتسارع الكسر بخلاف الخشب ولا يقطع الا اذا كان معمولا بان صنع منه ابوابا او
انية او نحو ذلك ما خلا الساج والقنا والابنوس والصندل لان غير المصنوع من الخشب
لا يتمول عادة فكان تافها بالصنعة يخرج عن حد التفاهة فيتمول واما الساج والابنوس
والصندل فاموال لها عزة وخطر يخرج عن الناس فكانت اموالا مطلقة واما العاج
فقد ذكر محمد رحمه الله انه لا يقطع الا في المعمول منه وقيل هذا الجواب في العاج الذي
من عظم الجمل فلا يقطع الا في المعمول منه لانه لا يتمول لتفاهته ويقطع في المعمول لخروجه
عن حد التفاهة بالصنعة كالخشب المعمول فاما ما هو من عظم الفيل فلا قطع فيه
اصلا سوا كان معمولا او غير معمول لان الفقها اختلفوا في ماليته حتى حرم بعضهم بيعه
والانتفاع به فاوجب ذلك قصورا في ماليته ولا قطع في قصب النشاب فان كان اتخذ
اتخذ منه نشابا قطع لما قلنا في الخشب ولا قطع في القرون معمولة كانت او غير معمولة
وقال ابو يوسف ان كانت معمولة وهي تساوي عشرة دراهم قطع قيل ان اختلاف
الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع المسلة على قول ابي حنيفة في قرون الميتة لانها
ليست بمال مطلق لاختلاف الفقها في ماليتها وجواب ابي يوسف في قرون المذكى فلم
يوجب القطع في غير المعمول منها لانها من اجزا الحيوان واوجب في المعمول كما في الخشب
المعمول وعن محمد في جلود السباع المذبوحة انه لا قطع فيها فان جعلت مصلاة او بساطا
قطع لان غير المعمول منها من اجزا الصيد ولا يقطع في الصيد فكذا في اجزايه وبالصنعة
صارت شيا اخر فاشبه الخشب المصنوع وهذا يدل على ان محمدا رحمه الله لم يقيد
بخلاف قول من يقول من الفقها ان جلود السباع لا تطهر بالذكاة ولا بالدباغ ولا قطع
في البواري لانها تافهة لتفاهة اصلها وهو القصب ولا قطع في سرقة كلب ولا فهد
ولا في سرقة الملاهي من الطبل والدف والمزمار ونحوها ولكن هذه الاشيا مما لا
يتمول او في ماليتها قصور الا ترى انه لا ضمان على كاسر الملاهي عند ابي يوسف ومحمد
ولا على قاتل الكلب والفهد عند بعض الفقها ولو سرق مصحفا او صحيفة فيها حديث
او عربية او شعر فلا قطع وقال ابو يوسف يقطع اذا كان يساوي عشرة دراهم
لان الناس يدخرونها ويعدونها من نفايس الاموال ولنا ان المصحف يدخر لا للتمول
بل للقراة والوقوف على ما يتعلق به مصلحة الدين والدنيا والعمل به وكذلك صحيفة
الحديث وصحايف العربية والشعر يقصد بها معرفة الامثال والحكم لا التمول
واما دفاتر الحساب ففيها القطع اذا بلغت قيمتها نصابا لان ما فيها لا يصلح مقصودا
بالاخذ فكان المقصود هو قدر البياض من الكاغد وكذا الدفاتر البيض اذا بلغت
نصابا لما قلنا وعلى هذا يخرج ما قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كل ما يوجد
جنسه تافها مباحا في دار الاسلام فلا قطع لان ما كان كذلك فلا عزة له ولا خطر فلا
يتموله الناس فكان تافها والاعتماد على معنى التفاهة دون الاباحة لما نذكر وعن ابي
حنيفة انه لا قطع في عفص ولا اهليلج ولا اشنان ولا فحم لان هذه الاشيا مباحة
الجنس في دار الاسلام وهي تافهة وروي عن ابي يوسف انه يقطع في العفص والاهليلج
والادوية اليابسة ولا قطع في طير ولا صيد وحشيا كان او غيره لان الطير لا يتمول
عادة وقد روي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما انهما قالا لا قطع في الطير ولم ينقل عن غيرهما
خلاف ذلك فيكون اجماعا وكذلك ما علم من الجوارح وصار صيودا فلا قطع على سارقه

لانه

لانه وان علم فلا يعد مالا وعلى هذا يخرج انه لا يقطع فيما اخذ من القبور في قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف يقطع ووجه قوله انه اخذ مالا من حرز مثله فيقطع كما لو اخذ
من البيت ولهما ان الكفن ليس بمال لانه لا يتمول بحال لان الطباع السليمة تنفر
عنه اشد النفار فكان تافها ولين كان مالا ففي ماليته قصور لانه لا ينتفع به مثل
ما ينتفع بلباس الحي والقصور فوق الشبهة ثم الشبهة تمنع وجوب الحد فالقصور
اولى وقد روي عن الزهري رحمه الله انه قال اخذ نباش في زمن مروان بالمدينة
فاجمع اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم وهم متوافرون انه لا قطع
عليه وعلى هذا يخرج سرقة ما لا يحتمل الادخار ولا يبقى من سنة الى سنة بل يتسارع
اليه الفساد وانه لا قطع فيه لان ما لا يحتمل الادخار لا يعد مالا فلا قطع في سرقة
الطعام الرطب والبقول والفواكه الرطبة في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
يقطع ووجه قوله انه مال منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق فكان
مالا فيقطع كما في ساير الاموال ولهما ان هذه الاشيا مما لا يتمول عادة وان كانت
صالحة للانتفاع بها في الحال لانه لا يحتمل الادخال والامساك الى زمان حدوث
الحوايج في المستقبل فقل خطرها عند الناس فكانت تافهة ولو سرق تمرا من نخل او
شجر اخر معلقا فيه فلا قطع عليه وان كان عليه حايط استوثقوا منه واحرزوه او
هناك حايط لان ما على راس النخل لا يعد مالا ولانه ما دام على راس الشجر لا يستحكم
جفافه فيتسارع اليه الفساد وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر قال محمد رحمه الله الثمر ما كان في الشجر والكثر الجمار
فان كان قد جز الثمر وجعله في جرين ثم سرق فان كان قد استحكم جفافه قطع لانه
صار مالا مطلقا قابلا للادخار واليه اشار النبي صلى الله عليه وسلم حيث قال لا قطع
في ثمر ولا كثر حتى يوويه الجرين فاذا اواه فبلغ ثمن المجن ففيه القطع ولانه لا يوويه
الجرين ما لم يستحكم جفافه عادة فاذا استحكم جفافه لا يتسارع اليه الفساد
فكان مالا مطلقا وكذلك الحنطة اذا كانت في سنبلها فهي بمنزلة الثمر المعلق في
الشجر لان الحنطة ما دامت في السنبل لا تعد مالا ولا يستحكم جفافها ايضا واما
الفاكهة اليابسة التي تبقى من سنة الى سنة فالصحيح من الرواية عن ابي حنيفة انه
يقطع فيها لتمول الناس اياها لقبولها الادخار فانعدم معنى التفاهة المانعة
من وجوب القطع وروي عنه انه سوى بين رطب الفاكهة ويابسها وليست
بصحيحة ولو سرق من الحايط نخلة باصلها لا يقطع لان اصل النخلة مما لا يتمول فكان
تافها وروينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر وقيل في
تفسير الكثر انه النخل الصغار ولا يقطع في الحنا والوسمة لانه يتسارع اليه
الفساد فلم يكمل معنى المالية ولا قطع في اللحم الطري والضعيف لانه يتسارع اليه
الفساد وكذلك لا قطع في السمك طريا كان او مالحا لان الناس لا يعدونه مالا لتفاهته
ولتسارع الفساد الى الطري منه ولما انه يوجد جنسه مباحا في دار الاسلام
ولا قطع في اللبن لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافها ويقطع في الخل والدبس
لعدم التفاهة الا ترى انه لا يتسارع اليهما الفساد ولا قطع في عصير العنب
ونقيع الزبيب ونبيذ التمر لانه يتسارع اليه الفساد فكان تافها كاللبن ولا قطع
في الطلا وهو المثلث لانه مختلف في اباحته وفي كونه مالا فكان قاصرا في معنى

المالية وكذلك المطبوخ ادني طبخه من نقيع الزبيب ونبيذ التمر لاختلاف الفقها
في اباحة شربه واما المطبوخ ادني طبخه من عصير العنب فلاشك انه لا قطع فيه
لانه حرام فلم يكن مالا ويقطع في الذهب والفضة لانهما من اعزا الاموال ولا تفاهة
فيهما بوجه وكذلك الجواهر واللالي لما قلنا وبهذا تبين ان التعويل في هذا الباب
في منع وجوب القطع على معنى التفاهة وعدم المالية لا على اباحة الجنس لان ذلك
موجود في الذهب والفضة واللالي والجواهر وغيرها ويقطع في الحبوب كلها وفي
الادهان والطيب كالعود والمسك وما اشبه ذلك لانعدام معنى التفاهة
ويقطع في الكتان والصوف والخز ونحو ذلك ويقطع في جميع الاواني من الصفر والحديد
والنحاس والرصاص لما قلنا وكذلك لو سرق النحاس نفسه او الحديد نفسه او الرصاص
لعزة هذه الاشيا حظرها في انفسها كالذهب والفضة ⁕ ومنها ان يكون متقوما
مطلقا فلا يقطع في سرقة الخمر من مسلم مسلما كان السارق او ذميا لانه لا قيمة للخمر في حق
المسلم وكذا الذمي اذا سرق من ذمي خمرا او خنزيرا لا يقطع لانه وان كان متقوما
عندهم فليس بمتقوم عندنا فلم يكن متقوما على الاطلاق ولا يقطع في المباح الذي
ليس بمملوك وان كان مالا لانعدام تقومه والله اعلم ⁕ ومنها ان يكون مملوكا في
نفسه فلا يقطع في ساير المباحات التي لا يملكها احد وان كانت من نفايس الاموال
من الذهب والفضة والجواهر المستخرجة من معادنها لعدم المالك وعلى هذا ايضا يخرج
النباش على اصل ابي حنيفة ومحمد انه لا يقطع لان الكفن ليس بمملوك لانه لا يخلو
اما ان يكون على ملك الميت واما ان يكون على ملك الورثة لا سبيل الى الاول لان الميت
ليس من اهل الملك ولا وجه للثاني لان ملك الوارث موخر عن حاجة الميت الى الكفن
كما هو موخر عن الدين والوصية فلم يكن مملوكا اصلا ⁕ ومنها ان لا للسارق فيه
ملك ولا تاويل الملك او شبهته لان المملوك او ما فيه تاويل الملك او الشبهة لا يحتاج
فيه الى مسارقة الاعين فلا يتحقق ركن السرقة وهو الاخذ على سبيل الاستخفا
والاستتار على الاطلاق ولان القطع عقوبة السرقة قال الله تعالى جزا بما كسبا
نكالا من الله فيستدعي كون الفعل جناية محضة واخذ المملوك للسارق لا يقع جناية
اصلا فالاخذ بتاويل الملك او الشبهة لا يتحقق جناية فلا يوجب القطع اذا عرف
هذا فنقول لا قطع على من سرق ما اعاره من انسان او اجره منه لان ملك الرقبة
قايم ولا على من سرق رهنه من بيت المرتهن لان ملك العين له وانما الثابت
للمرتهن حق الحبس لا غير ولو كان الرهن في يد العدل فسرقه المرتهن او الراهن
فلا قطع على واحد منهما الراهن فلما ذكرنا انه ملكه فلا يجب القطع باخذه وان منع
من الاخذ كما لا يجب الحد عليه بوطيه الجارية المرهونة وان منع من الوطي واما المرتهن
فلان يد العدل يده من وجه لان منفعة يده عايدة اليه لانه يحفظ بمسكه لحقه
فاشبه يد المودع ولا على من سرق مالا مشتركا بينه وبين المسروق منه لان
المسروق ملكهما على الشيوع فكان بعض الماخوذ ملكه ولا يجب القطع باخذه فلا
يجب باخذ الباقي لان السرقة سرقة واحدة ولا على من سرق من بيت المال والخمس
لان له فيه ملكا وحقا ولو سرق من عبده الماذون فان لم يكن عليه دين فلا قطع
لان كسبه خالص ملك المولى وان كان عليه دين يحيط به وبما في يده لا يقطع ايضا
اما على اصل ابي يوسف ومحمد فظاهر لان كسبه ملك المولى وعلى اصل ابي حنيفة

ان لم

ان لم يكن ملكه فله فيه ضرب اختصاص يشبه الملك الا ترى انه يملك استخلاصه
لنفسه بقضا دين من مال اخر فكان في معنى الملك ولهذا لو كان الكسب جارية
لم يجز له ان يتزوجها فتورث شبهة او نقول اذا لم يملكه المولى ولا الماذون
يملكه ايضا لانه عبد ماذون مملوك لا يقدر على شي والغرما لا يملكونه فهذا
مال مملوك لا مالك له معين فلا يجب القطع بسرقته كمال بيت المال وكمال الغنيمة
ولو سرق من مكاتبه لم يقطع لان كسب مكاتبه ملكه من وجه او فيه شبهة الملك له
الا ترى انه لو كان جارية لا يحل له ان يتزوجها والملك من وجه او شبهة الملك يمنع
وجوب القطع مع ما ان هذا ملك موقوف على المكاتب وعلى مولاه في الحقيقة لانه ان
ادى تبين انه كان ملك المولى فيتبين انه اخذ مال نفسه وان عجز ورد في
الرق يتبين انه كان ملك المكاتب فكان الملك موقوفا للحال فيوجب شبهة فلا
يجب القطع كاحد المتبايعين اذا سرق ما شرط فيه الخيار ولا قطع على من سرق
من ولده لان له في مال ولده تاويل الملك او شبهة الملك لقوله عليه السلام انت
ومالك لابيك فظاهر الاضافة اليه بلام الملك يقتضي ثبوت الملك له من كل
وجه الا انه لم يثبت لدليل ولا دليل في الملك من وجه فيثبت او يثبت شبهة
الملك وكل ذلك يمنع وجوب القطع لانه يورث شبهة في وجوبه واما السرقة من
ساير ذي الرحم المحرم فلا توجب القطع ايضا لكن لفقد شرط اخر نذكره ان شا الله
تعالى في موضعه ولو دخل لص دار رجل فاخذ ثوبا فشقه في الدار نصفين
ثم اخرجه وهو يساوي عشرة دراهم مشقوقا يقطع في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا يقطع ولو اخذ شاة فذبحها ثم اخرجها مذبوحة لا تقطع بالاجماع
وجه قوله ان السارق وجد منه سبب ثبوت الملك قبل الاخراج وهو الشق لان
ذلك سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان يوجب ملك المضمون من وقت
وجود السبب على اصل اصحابنا وذلك يمنع وجوب القطع ولهذا لم يقطع اذا كان
المسروق شاة فذبحها ثم اخرجها كذا هذا ولهما ان السرقة تمت في ملك
المسروق منه فيوجب القطع وانما قلنا ذلك لان الثوب المشقوق لا يزول عن
ملكه ما دام مختارا للعين وانما يزول عند اختيار الضمان فقبل الاختيار كان
الثوب على ملكه فصار سارقا ثوبين قيمتهما عشرة فيقطع وهكذا يقول في السرقة
ان السرقة تمت في ملك المسروق الا انها تمت في اللحم ولا قطع في اللحم وقوله
وجب الضمان عليه بالشق قلنا قبل الاختيار ممنوع واذا اختار تضمين السارق
وسلم الثوب اليه ولا يقطع لان عند اختيار الضمان ملكه من حين وجود الشق
فيتبين انه اخرج ملك نفسه عن الحرز فلا قطع عليه وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني
انه قال موضوع المسلة انه شق الثوب عرضا فاما لو شقه طولا فلا قطع
لانه بالشق طولا خرقه خرقا متفاحشا فيملكه بالضمان وذكر بن سماعة ان السارق
اذا خرق الثوب تخريقا مستهلكا وقيمته بعد تخريقه عشرة انه لا قطع عليه في
قول ابي حنيفة ومحمد وهذا يويد قول ابي جعفر الهندواني رحمه الله لان التخريق
اذا وقع استهلاكا اوجب استقرار الضمان وذلك يوجب ملك المضمون واذا لم
يقع استهلاكا كان وجوب الضمان فيه موقوفا على اختيار المالك فلا يجب قبل الاختيار
فلا يملك المضمون والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا سرق عشرة دراهم من غريم له

في موضعه صح

عليه عشرة انه لا يقطع لانه ملك الماخوذ بنفس الاخذ بل بالاستبدال والبيع فكان
سارقا ملك غيره فيقطع كالاجنبي الا اذا قال اخذته لاجل حقي على ما نذكر وهاهنا جنس
من المسايل يمكن تخريجها الى اصل اخر هو اولى بالتخريج عليه وسنذكره ان شا الله تعالى
ومنها ان يكون معصوما ليس للسارق فيه حق الاخذ ولا تاويل الاخذ ولا شبهة التناول
لان القطع عقوبة محضة واخذ عين المغصوب لا يكون جناية اصلا وما فيه تاويل
التناول او شبهة التناول لا يكون جناية محضة فلا يناسبه العقوبة المحضة ولان
ما ليس بمعصوم يوخذ مجاهرة لا مخافتة فيتمكن الخلل في ركن السرقة واذا عرف هذا
فنقول وبالله التوفيق لا قطع في ساير المباحات التي لا يملكها احد ولا في المباح المملوك
وهو مال الحربي في دار الحرب واما مال الحربي المستامن في دار الاسلام فلا قطع فيه
استحسانا والقياس ان يقطع وجه القياس انه سرق مالا معصوما لان الحربي
استفاد العصمة بالامان بمنزلة الذمي ولهذا كان مضمونا بالاتلاف كمال الذمي
وجه الاستحسان ان هذا مال فيه شبهة الاباحة لان الحربي المستامن من اهل دار
الحرب وانما دخل دار الاسلام ليقضي بعض حوايجه ثم يعود عن قريب لكونه من اهل
دار الحرب يورث شبهة الاباحة في ماله ولهذا اورث شبهة الاباحة في دمه حتى لا
يقتل به المومن قصاصا ولانه كان مباحا وانما تثبت العصمة بعارض امان هو على شرف
شرف الزوال فعند الزوال يظهر ان العصمة لم تكن على الاصل المعهود ان كل عارض على
اصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل كانه لم يكن فيجعل كان العصمة لم تكن ثابتة
بخلاف الذمي لانه من اهل دار الاسلام وقد استفاد العصمة بامان موبد فكان معصوما
والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الاباحة وبخلاف ضمان المال ولان الشبهة لا تمنع
وجوب ضمان المال لانه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات وكذا لا قطع على
الحربي المستامن في سرقة مال المسلم او الذمي عند ابي حنيفة ومحمد لانه اخذه على اعتقاد
الاباحة وكذا لم يلتزم احكام الاسلام وعند ابي يوسف يقطع والخلاف فيه
كالخلاف في حد الزنا ولا يقطع العادل في سرقة مال الباغي لانه ماله ليس بمعصوم في
حقه كنفسه ولا الباغي في سرقة مال العادل لانه اخذه عن تاويل وتاويله وان كان
فاسدا لكن التاويل الفاسد عند انضمام المنعة اليه ملحق بالتاويل الصحيح في منع وجوب
القطع ولهذا الحق به في حق منع وجوب القصاص والحد والله اعلم • وعلى هذا تخرج
السرقة من الغريم وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان كان سرق منه جنس
حقه واما ان سرق منه خلاف الجنس فان سرق جنس حقه بان سرق منه عشرة وله
عليه عشرة فان كان دينه عليه حالا لا يقطع لان الاخذ مباح له لانه ظفر بجنس حقه ومن
له الحق اذا ظفر بجنس حقه يباح له اخذه واذا اخذه يصير مستوفيا حقه وكذلك
اذا سرق منه منه اكثر من مقدار حقه لان بعض الماخوذ حقه على الشيوع ولا قطع
فيه فكذا في الباقي كما اذا سرق مالا مشتركا وان كان دينه موجلا فالقياس ان يقطع
وفي الاستحسان لا يقطع وجه القياس ان الدين اذا كان موجلا فليس حق الاخذ قبل
حلول الاجل الا ترى ان للغريم ان يسترده منه فصار كما اذا سرقه اجنبي وجه
الاستحسان ان حق الاخذ ان لم يثبت قبل حل الاجل فسبب ثبوت حق الاخذ قايم
وهو الدين لان تاثير التاجيل في تاخير المطالبة لا في سقوط الدين فقيام سبب ثبوته
يورث الشبهة وان سرق خلاف جنس حقه بان كان عليه دراهم فسرق منه دنانير او عروضا

قطع هكذا اطلق الكرخي وذكر في كتاب السرقة انه اذا سرق العروض ثم قال
اخذت لاجل حقي لا يقطع فيحمل مطلق قول الكرخي على المطلق وهو ما اذا سرق ولم
يقل اخذت لاجل حقي لانه اذا لم يقل فقد اخذ مالا ليس له حق اخذه الا ترى انه
لا يصير قصاصا الا بالاستبدال والتراضي ولم يتناول الاخذ ايضا فكان اخذه
بغير حق ولا شبهة الحق وهذا يدل على انه لا تعدد بخلاف قول من يقول من الفقها
ان لصاحب الحق اذا ظفر بخلاف جنس حقه ان ياخذه لانه قول لم يقل به احد
من السلف فلا يعتبر خلافا مورثا للشبهة واذا قال اخذت لاجل حقي فقد اخذه
متاولا لانه اعتبر المعنى وهو المالية لا الصورة والاموال كلها في معنى المالية
متجانسة فكان اخذا عن تاويل فلا يقطع ولو اخذ صنفا من الدراهم اجود من حقه
او اردى لم يقطع لان الماخوذ من جنس حقه من حيث الاصل وانما خالف من حيث
الوصف الا ترى انه لو رضي به يصير مستوفيا حقه ولا يكون مستبدلا حتى يجوز
في الصرف والسلم مع ان الاستبدال ببدل الصرف والسلم لا يجوز واذا كان
الماخوذ من جنس حقه من حيث الاصل يثبت شبهة حق الاخذ فيلحق بالحقيقة
في باب الدرء الحد كما في الدين الموجل ولو سرق حليا من فضة وعليه دراهم او حليا
من ذهب وعليه دنانير يقطع لان هذا لا يصير قصاصا من حقه الا بالمراضاة ويكون
ذلك بيعا واستبدالا فاشبه العروض وان كان السارق استهلك العروض او الحلي
ووجبت عليه قيمته وهو مثل الذي عليه من العين فان هذا يقطع ايضا لان المقاصة
انما تقع بعد الاستهلاك فلا يوجب سقوط القطع ولو سرق مكاتب او عبد من
غريم مولاه يقطع لانه ليس له حق قبض دين المولى من غير امره فصار كالاجنبي حتى
لو كان المولى وكله بقبض الدين لا يقطع لثبوت حق القبض له بالوكالة فصار
كصاحب الدين ولو سرق من غريم مكاتبه او من غريم عبده الماذون
فان لم يكن على العبد دين لم يقطع لان ذلك ملك مولاه فكان له حق اخذه
وان كان عليه دين قطع لانه ليس له حق القبض فصار كالاجنبي ولو سرق من غريم
ابيه او ولده يقطع لانه لا حق له فيه ولا في قبضه الا اذا كان غريم ولده الصغير
فلا يقطع لان حق القبض له كما في دين نفسه والله اعلم • وعلى هذا يخرج سرقة
المصحف على اصل ابي حنيفة انه لا قطع فيه لان له تاويل الاخذ اذ الناس لا يظنون
ببذل المصاحف لقراءة القران عادة واخذه الاخذ متاولا وكذلك سرقة
البربط والطبل والمزمار وجميع الات الملاهي لان اخذها متاول انه ياخذها لمنع
المالك عن المعصية ونهيه عن المنكر وذلك مامور به شرعا وكذلك سرقة
شطرنج ذهب او فضة لما قلنا وكذلك سرقة صليب او صنم من فضة من حرز
لانه متاول انه اخذه للكسر واما الدراهم التي عليها التماثيل فيقطع فيها لانه
لا تعبد عادة فلا تاويل له في الاخذ للمنع من العبادة فيقطع وعلى هذا يخرج ما
اذا قطع سارق في مال ثم سرقه منه سارق اخر انه لا يقطع لان المسروق
ليس بمعصوم في حق المسروق منه ولا متقوم في حقه لسقوط عصمته وتقومه
في حقه بالقطع ولان كون يد المسروق منه يدا صحيحة شرط وجوب القطع ويد السارق
ليست يدا صحيحة لما نذكره ان شا الله تعالى ولو سرق مالا فقطع فيه فرده الى المالك
ثم عاد فسرقه منه ثانيا فجملة الكلام فيه ان المردود لا يخلو اما ان كان على حاله

لم يتغير واما ان احدث المالك فيه ما يوجب تغييره فان كان على حاله لم يقطع
استحسانا والقياس ان يقطع وهو رواية الحسن عن ابي يوسف وبه اخذ
الشافعي واما الكلام مع الشافعي فمبني على ان العصمة الثابتة للمسروق حقا للعبد
قد سقطت عند السرقة الاولى لضرورة وجوب القطع على اصلنا ولم اصله لم تسقط
بل بقيت على ما كانت وسنذكر تقرير هذا الاصل في موضعه ان شا الله تعالى واما
الكلام مع ابي يوسف وجه ما روي ان المحل وان سقطت عصمته الثابتة حقا للمالك
في السرقة الاولى فقد عادت بالرد الى المالك الا ترى انها عادت في حق الضمان حتى لو
اتلفه السارق يضمن فكذا في حق القطع ولنا ان العصمة وان عادت بالرد لكن مع
شبهة العدم لان السقوط لضرورة وجوب القطع واثر القطع قايم بعد الرد فيورث
شبهة في العصمة ولانه سقط تقوم المسروق في حق السارق بالقطع في السرقة الاولى
الا ترى انه لو اتلفه لا يضمن واثر القطع بعد الرد قايم فيورث شبهة عدم التقوم
في حقه فيمنع وجوب القطع ولا يمنع وجوب الضمان لان الضمان لا يسقط بالشبهة
لما بينا هذا اذا كان المردود على حاله لم يتغير فاما اذا احدث المالك فيه حدثا يوجب
تغييره عن حاله ثم سرقه السارق الاول فالاصل فيه انه لو فعل فيه ما لو فعله الغاصب
في المغصوب لاوجب انقطاع حق المالك يقطع والا فلا لانه لو اذا فعل فقد تبدلت
العين ويصير في حكم عين اخرى واذا لم يفعل لم يتبدل وعلى هذا يخرج ما اذا سرق
غزلا فقطع فيه ورد الى المالك فنسجه ثوبا فعاد فسرقه انه يقطع لان المسروق
قد تبدل الا ترى انه لو كان مغصوبا لا يقطع حق المالك ولو سرق ثوب خز فقطع
فيه ورد الى المالك فنقضه فسرق النقض لم يقطع لان العين لم تتبدل الا ترى
انه لو فعله الغاصب لا ينقطع حق المالك ولو نقضه المالك ثم غزله غزلا ثم سرقه
السارق لم يقطع لان هذا لو وجد من الغاصب لا ينقطع حق المغصوب منه فيدل
على تبدل العين ولو سرق بقرة فقطع فيها وردها على المالك فولدت ولدا ثم سرق
الولد يقطع لان الولد عين اخرى لم يقطع فيها فيقطع بسرقتها وعلى هذا يخرج جنس
هذه المسايل والله اعلم ۞ ومنها ان يكون محرزا مطلقا خاليا عن شبهة العدم مقصودا
بالحرز والاصل في اعتبار شرط الحرز ما روي في الموطا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة جبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن
المجن وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع في ثمر ولا كثر حتى يووبه الجرين
فاذا اواه الجرين فقيد القطع علق القطع بايوا المراح والمراح حرز الابل والغنم
والجرين حرز الثمر فيدل على ان الحرز شرط ولان ركن السرقة هو الاخذ على سبيل
الاستخفا والاخذ من غير حرز لا يحتاج الى الاستخفا فلا يتحقق ركن السرقة لان القطع
وجب لصيانة الاموال على اربابها قطعا لاطماع السارق عن اموال الناس والاطماع
انما تمتد الى ما له خطر في القلوب عادة فلا تمتد الاطماع اليه فلا حاجة الى
الصيانة بالقطع ولهذا لم يقطع فيما دون النصاب وما ليس بمال متقوم يحتمل
الادخار ثم الحرز نوعان حرز بنفسه وحرز بغيره اما الحرز بنفسه فهو كل بقعة
معدة للاحراز ممنوعة الدخول فيها الا باذن كالدور والحوانيت والخيم والفساطيط
والجواني والصناديق واما الحرز بغيره فكل ما كان غير معد للاحراز يدخل اليه بلا
اذن ولا يمنع منه كالمساجد والطرق وحكمه حكم الصحرا ان لم يكن هناك حافظ وان

كان هناك حافظ فهو حرز لهذا سمي حرزا بغيره حيث وقف صيرورته حرزا على وجود
غيره وهو الحافظ وما كان حرزا بنفسه لا يشترط فيه وجود الحافظ لصيرورته
حرزا ولو وجد فلا عبرة بوجوده بل وجوده والعدم بمنزلة واحدة وكل واحد من
الحرزين معتبر بنفسه على حياله بدون صاحبه لان النبي صلى الله عليه وسلم علق القطع
بايوا المراح والجرين من غير شرط وجود الحافظ وروي ان صفوان كان نايما
في المسجد متوسدا بردايه فسرقه سارق من تحت راسه فقطعه رسول الله صلى
الله عليه وسلم ولم يعتبر الحرز بنفسه فدل ان كل واحد من نوعي الحرز معتبر
بنفسه فاذا سرق من النوع الاول يقطع سوا كان ثمة حافظ او لا لوجود الاخذ
من الحرز وسوا كان مغلق الباب او لا باب له بعد ان كان محجورا بالبنا لان البنا
يقصد به الاحراز كيف ما كان واذا سرق من النوع الثاني يقطع اذا كان الحافظ
قريبا منه في مكان يمكنه حفظه ويحفظ في مثله المسروق عادة وسوا كان الحافظ
مستيقظا في ذلك او نايما لان الانسان يقصد الحفظ في الحالين جميعا ولا يمكن
الاخذ الا بفعله فيه الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارق صفوان
وصفوان كان نايما ولو اذن لانسان بالدخول في دار فسرق الماذون له بالدخول
شيا منها لم يقطع وان كان فيها حافظ او كان صاحب المنزل نايما عليه لان الدار حرز
بنفسها لا بالحافظ وقد خرجت من ان تكون حرزا بالاذن فلا يعتبر وجود الحافظ ولانه
لما اذن له بالدخول فقد صار في حكم اهل الدار فاذا اخذ شيا فهو خاين وقد
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا قطع على خاين وكذلك لو سرق من
بعض بيوت الدار الماذون في دخولها وهو مقفل او من صندوق في الدار
او من صندوق في بعض البيوت وهو مقفل عليه اذا كان البيت من جملة الدار
الماذون في دخولها لان الدار الواحدة حرز واحد وقد خرجت بالاذن بان من
ان تكون حرزا في حقه فكذلك في بيوتها وما روي ان اسود بات عند ابي بكر
الصديق رضي الله عنه فسرق حليا لهم فيحتمل ان يكون سرق من دار النسا لا
من دار الرجال والداران المختلفان اذا اذن بالدخول في احديهما لا تصير الاخرى
ماذونا بالدخول فيها والمحتمل لا يكون حجة وروي عن ابي يوسف انه قال في رجل
كان في حمام او خان وثيابه تحت راسه فسرقها سارق انه لا قطع عليه سوا
كان نايما او يقظانا وان كان في صحرا وثوبه تحت راسه قطع وكذلك روي عن
محمد في رجل سرق من رجل دراهم ومعه في الحمام او سرق من رجل وهو معه في
[illegible]
او نزل قوم في خان فسرق بعضهم من بعض انه لا قطع على السارق وكذلك
الحانوت ان الحمام والخان والحانوت كل واحد حرز بنفسه فان اذن الناس
في دخوله خرج من ان يكون حرزا فلا يعتبر فيه الحافظ فلا يصير حرزا بالحافظ
ولهذا قالوا اذا سرق من الحمام ليلا يقطع لان الناس لم يوذنوا بالدخول فيه ليلا
فاما الصحرا والمسجد وان كان ماذون الدخول اليه فليس حرزا بنفسه بل بالحافظ
ولم يوجد الاذن من الحافظ فلا يبطل معنى الحرز فيه وقالوا في السارق من
المسجد اذا كان ثمة حافظ فقطع وان لم يكن يخرج من المسجد لان المسجد ليس
بحرز بنفسه بل بالحافظ فكانت البقعة التي فيها الحافظ هي الحرز لا كل المسجد فاذا
انفصل منها فقد انفصل من الحرز فيقطع فاما الدار فانما صارت حرزا بالبنا فما

لم يخرج منها لم يوجد الانفصال من الحرز وروي عن محمد في رجل سرق من حانوت
فتحه رب الحانوت وقعد للبيع واذن للناس بالدخول فيه انه لم يقطع وكذلك
لو سرق منه وهو مغلق على شي لم يقطع لانه اذن للناس بالدخول فيه فقد اخرج
من ان يكون في حقهم وكذلك لو اخذ من بيت فيه او صندوق فيه مقفل لان
الحانوت كله حرز واحد كالدار على ما مر وروي عن ابي يوسف انه قال في رجل
بارض فلاة ومعه جوالق وضعه ونام عليه يحفظه فسرق منه رجل شيا او سرق (عينه)
الجوالق فاني اقطعه لان الجوالق بما فيها محرز بالحافظ فيستوي اخذ جميعه واخذ
بعضه وكذلك اذا سرق فسطاطا ملفوفا قد وضعه ونام عنده يحفظه انه يقطع
وان كان مضروبا لم يقطع لانه اذا كان ملفوفا كان محرزا بالحافظ كالباب المقلوع
اذا كان في الدار فسرقه سارق واذا كان الفسطاط مضروبا كان حرزا بنفسه
فاذا سرقه فقد سرق نفس الحرز ونفس الحرز ليس في الحرز فلا يقطع كسارق
باب الدار ولو كان الجوالق على ظهر دابة فشق الجوالق واخرج المتاع يقطع لان
الجوالق حرز لما فيها وان اخذ الجوالق كما هو لم يقطع لانه اخذ نفس الحرز وكذلك
ان سرق الحمل مع الجوالق لان الحمل لا يوضع على الجمل للحفظ بل للحمل لان الجمل ليس بحرز
وان ركبه صاحبه فلم يكن الجمل حرزا للجوالق فاذا اخذ الجوالق فقد اخذ نفس
الحرز ولو سرق من المراعي بعيرا او بقرة او شاة لم يقطع سوا كان الراعي
معها او لم يكن وان سرق من العطن او المراح الذي ياوي اليه يقطع اذا كان
معها او ليس معها حافظ غير ان الباب مغلق فكسر الباب ثم دخل فسرق بقرة
فادها قودا حتى اخرجها او ساقها سوقا حتى اخرجها او ركبها حتى اخرجها لان المراعي
ليست بحرز للمواشي وان كان الراعي معها لان الحفظ لا يكون مقصودا من الرعي
وان كان قد يحصل به لان المواشي لا تجعل في مراعيها للحفظ بل للرعي فلم يوجد الاخذ
من حرز بخلاف العطن او المراح فان ذلك يقصد به الحفظ ووضع له فكانه حرزا
وقال صلى الله عليه وسلم في حريسة الجبل غرامة مثلها وجلدات نكالا فاذا
اواها وبلغت فيمتها ثمن المجن ففيها القطع والله اعلم * ولا يقطع عبد في سرقته من
مولاه مكاتبا كان العبد او مدبرا او تاجرا عليه دين ولا ام ولد فسرقت من مال
مولاها لان موالاة ماذونون بالدخول في بيوت ساداتهم للخدمة فلم يكن بيت
مولاهم حرزا في حقهم وذكر في الموطا ان عبد الله بن عمرو الحضرمي جا
الى عمر رضي الله عنه بعبد له فقال اقطع هذا فانه سرق فقال وما سرق قال
مراة لامراتي ثمنها ستون درهما فقال عمر رضي الله عنه ارسله ليس عليه قطع
خادمكم سرق متاعكم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولا قطع على خادم
قوم سرق متاعهم ولا على ضيف سرق متاع من اضافه ولا على اجير سرق من موضع
اذن له في دخوله لان الاذن بالدخول اخرج الموضع من ان يكون حرزا في حقه
وكذلك الاجير اذا اخذ المتاع الماذون له في اخذه من موضع لم يوذن له
بالدخول فيه لم يقطع لان الاذن باخذ المتاع يورث شبهة الدخول في الحرز
ولان الاذن بالاخذ فوق الاذن بالدخول وذا يمنع القطع فهذا اولى ولو سرق
المستاجر من المواجر وكل واحد منهما في منزل على حدة يقطع بلا خلاف لانه لا شبهة
في الحرز واما المواجر اذا سرق من المستاجر فكذلك يقطع في قول ابي حنيفة

وعندهما

وعندهما لا يقطع وجه قولهما ان الحرز ملك السارق فيورث شبهة في درء الحد
لانه يورث شبهة في اباحة الدخول فيختل الحرز فلا يقطع وجه قول ابي حنيفة ان
معنى الحرز لا تعلق له بالملك اذ هو اسم لمكان معد للاحراز يمنع من الدخول فيه
الا بالاذن وقد وجد لان المواجر ممنوع عن الدخول في المنزل المستاجر من غير
اذن فاشبه الاجنبي ولا قطع على من سرق من ذي رحم محرم عندنا سوا كان بينهما
ولاد الاولاد اولا وقال الشافعي في الوالدين والمولودين كذلك واما في غيرهم
فيقطع وهو على اختلاف العتق والنفقة وستذكر المسلة في كتاب العتاق والصحيح قولنا (ومرت صح)
لان كل واحد يدخل منزل صاحبه بغير اذن عادة وذلك دلالة الاذن من صاحبه فاختل
معنى الحرز ولان القطع بسبب السرقة فعل يفضي الى قطع الرحم وذلك حرام والمفضي
الى الحرام حرام ولو سرق جماعة فيهم ذو رحم محرم من المسروق منه لا يقطع واحد
منهم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يقطع ذو الرحم المحرم ويقطع سواه
والكلام على نحو الكلام فيما اذا كان فيهم صبي او مجنون وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم
ولو سرق من ذي رحم غير محرم يقطع بالاجماع لان المباسطة بالدخول من غير استيذان
غير ثابت في هذه القرابة عادة وكذا هذه القرابة لا يجب صيانتها عن القطيعة ولهذا لم
يجب في العتق والنفقة وغير ذلك ولو سرق من ذي محرم لا رحم له بسبب الرضاع
فقد قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله يقطع الذي سرق ممن يحرم عليه من الرضاع
كاينا ما كان وقال ابو يوسف اذا سرق من امه من الرضاع لا يقطع وجه قوله ان
المباسطة بينهما في الدخول ثابتة عرفا وعادة فان الانسان يدخل في منزل امه من
الرضاع من غير اذن كما يدخل في منزل امه من النسب بخلاف الاخت من الرضاع
ولهما ان الثابت بالرضاع ليس الا الحرمة المويدة وانها لا تمنع وجوب القطع كما لو
سرق من ام موطونه ولهذا يقطع في الاخت من الرضاع ولو سرق من امراة ابيه
او من زوج امه او من حليلة ابنه او من ابن امراته او بنتها او امها ينظر ان سرق
مالهم من منزل من يضاف السارق اليه من ابيه وامه وابنه وامراته لا يقطع
بلا خلاف لانه ماذون بالدخول في منزل هولا فلم يكن المنزل حرزا في حقه فان
سرق من منزل اخر بان كانا فيه لم يقطع بالاجماع وان كان لكل واحد منهما منزل
على حدة اختلف فيه قال ابو حنيفة لا يقطع وقال ابو يوسف يقطع اذا سرق من
غير منزل السارق او منزل ابيه او ابنه وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
قول محمد مع قول ابي يوسف وجه قولهما ان المانع هو القرابة ولا قرابة بين
السارق وبين المسروق منه بل كل واحد منهما اجنبي عن صاحبه فلا يمتنع وجوب
القطع كما لو سرق من اجنبي اخر وجه قول ابي حنيفة ان في الحرز شبهة لان حق
التزاور ثابت بينه وبين قريبه لان كون المنزل لغير قريبه لا يقطع حق التزاور
فهذا يورث شبهة اباحة الدخول للزيارة فيختل معنى الحرز ولا قطع على احد الزوجين
سرق من مال صاحبه سوا سرق من البيت الذي هما فيه او من بيت اخر لان
كل واحد منهما يدخل في منزل صاحبه وينتفع بماله عادة وذلك يوجب خللا في الحرز
وفي الملك ايضا وهذا عندنا وقال الشافعي ان سرق من البيت الذي هما فيه لا
يقطع وان سرق من بيت اخر يقطع والمسلة مرت في كتاب الشهادات وكذلك
لو سرق احد الزوجين من عبد صاحبه او امته او مكاتبه او سرق عبد احدهما

وامنه ومكاتبه من صاحبه او سرق خادم احدهما من صاحبه لا يقطع لانه ماذون
بالدخول في الحرز ولو سرقت امراة من زوجها او سرق رجل من امراة ثم طلقها قبل
الدخول بها فبانت بغير عدة لا لم يقطع واحد منهما لان الاخذ حين وجوده لم ينعقد موجبا
للقطع لقيام الزوجية فلا ينعقد عند الابانة لان الابانة طارية والاصل ان لا يعتبر
الطاري مقاربا للحكم لما فيه من مخالفة الحقيقة الا اذا كان في الاعتبار اسقاط الحد
وقت الاعتبار وفي الاعتبار هاهنا ايجاب الحد فلا يعتبر ولو سرق من مطلقته وهي
في العدة او سرقت مطلقته وهي في العدة لم يقطع واحد منهما سوا كان الطلاق رجعيا
او باينا او ثلاثا لان النكاح في حال قيام العدة قايم من وجه او اثره قايم وهو العدة
وقيام النكاح من كل وجه يمنع القطع فقيامه من وجه او قيام اثره يورث شبهة ولو
سرق رجل من امراة اجنبية ثم تزوجها فهذا لا يخلو من احد وجهين اما ان تزوجها
قبل ان يقضي عليه بالقطع واما ان يزوجها بعد ما قضي عليه فان تزوجها قبل ان
يقضي عليه لم يقطع بلا خلاف لان هذا مانع طري على الحد والمانع الطاري في الحدود
كالمقارن لان الحدود تدرا بالشبهات فيصير طريان الزوجية شبهة مانعة من القطع
كقرانها وان تزوجها بعد ما قضي عليه بالقطع لم يقطع عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
يقطع وجه قول ابي يوسف ان الزوجية القايمة عند السرقة انما تمنع وجوب
القطع باعتبار الشبهة وهي شبهة عدم الحرز او شبهة الملك فالطارية لو اعتبرت
مانعة لكان ذلك اعتبار شبهة الشبهة وانها ساقطة في باب الحدود وجه قول
ابي حنيفة ان الامضا في باب الحدود من القضا فكانت الشبهة المعترضة على
الامضا كالمعترضة على القضا الا ترى انه لو قذف رجلا بالزنا وقضي عليه بالحد
ثم ان المقذوف زنا قبل اقامة الحد على القاذف سقط الحد عن القاذف وجعل الزنا
المعترض على الحد كالموجود عند القذف ليعلم ان الطاري على الحدود قبل الامضا
بمنزلة الموجود قبل القضا والله اعلم • وذكر في الجامع الصغير في الطرار اذا طر
الصرة من خارج الكم انه لا يقطع عند ابي حنيفة فان ادخل يده في الكم فطرها
يقطع وقال ابو يوسف هذا كله سوا ويقطع وعنده تفصيل الكلام فيه يرتفع
الخلاف ويتفق الجواب وهو ان الطر اما ان يكون بحل الرباط والدراهم لا تخلو اما
ان كانت مصرورة على ظاهر الكم واما ان كانت مصرورة في باطنه فان كان الطر
بالقطع والدراهم مصرورة على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم
بعد القطع تقع على ظاهر الكم لم يقطع لان الحرز هو الكم والدراهم بعد القطع تقع على
ظاهر الكم فلم يوجد الاخذ من الحرز وعليه يحمل قول ابي حنيفة وان كانت مصرورة
في داخل الكم لانها بعد القطع تقع في داخل الكم فكان الطر اخذا من الحرز وهو
الكم فيقطع وعليه يحمل قول ابي يوسف وان كان الطر بحل الرباط ينظر ان كان
بحال لو حل الرباط يقع الدراهم على ظاهر الكم بان كانت العقدة مشدودة من داخل
الكم لا يقطع لانه اخذها من غير حرز وهو تفسير قول ابي حنيفة وان كان اذا
حل تقع الدراهم وهو يحتاج الى ادخال يده في الكم للاخذ يقطع لوجود الاخذ من
الحرز وهو تفسير قول ابي يوسف والله اعلم وعلى هذا الاصل ايضا يخرج النباش
على اصل ابي حنيفة ومحمد انه لا يقطع لان القبر ليس بحرز بنفسه اصلا اذ لا
تحفظ الاموال فيه عادة الا ترى انه لو سرق منه الدراهم والدنانير لا يقطع

ولا حافظ للكفن ليجعل حرزا بالحافظ فلم يكن القبر حرزا لا بنفسه ولا بغيره او فيه شبهة
عدم الحرز لانه ان كان حرز مثله فليس حرزا لساير الاموال فتمكنت الشبهة في كونه
حرزا فلا يقطع ثم اختلف انه يعتبر في كل شي حرز مثله او حرز نوعه قال بعض مشايخنا
انه يعتبر في كل شي حرز مثله كالاصطبل للدابة والحظيرة للشاة حتى لو سرق اللولوة
من هذه المواضع وذكر الكرخي في مختصره عن اصحابنا ان ما كان حرز النوع يكون
حرزا للانواع كلها وجعلوا سرجة البقال حرزا للجواهر فالطحاوي اعتبر العرف
والعادة وقال حرز الشي هو المكان الذي يحفظ فيه عادة والناس في العادات
لا يحرزون الجواهر في الاصطبل والكرخي اعتبر الحقيقة لان حرز الشي ما يحرز ذلك
الشي حقيقة وسرجة البقال تحرز الدراهم والدنانير والجواهر حقيقة فكانت
حرزا لها والله اعلم • ومنها ان يكون نصابا والكلام في هذا الشرط يقع في ثلاث مواضع
احدها في اصل النصاب انه شرط ام لا • والثاني في بيان قدره • والثالث في
بيان صفاته • اما الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلما انه شرط فلا تقطع
فيما دون النصاب وحكي عن الحسن البصري انه ليس بشرط ويقطع في القليل
والكثير وهو قول الخوارج واحتجوا بظاهر قوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما من غير شرط النصاب وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لعن الله السارق يسرق فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده
ومعلوم ان من الحبال ما لا يساوي دانقا والبيضة لا تساوي ولنا دلالة
النص واجماع الصحابة رضي الله عنهم اما دلالة النص فلان الله تعالى اوجب
القطع على السارق والسارقة والسارق اسم مشتق من معنى وهو السرقة
والسرقة اسم للاخذ على سبيل الاستخفا ومسارقة الاعين وانما تقع الحاجة
الى الاستخفا فيما له خطر والحبة لا خطر لها فلم يكن اخذها سرقة فكان ايجاب
القطع على السارق اشتراطا للنصاب دلالة واما الاجماع فان الصحابة رضوان الله
عليهم اجمعوا على اعتبار النصاب وانما جرى الخلاف بينهم في التقدير واختلافهم
في التقدير اجماع منهم على ان اصل النصاب شرط وبه تبين ان ما رووا من الحديث
غير ثابت او منسوخ او يحمل المذكور على حبل له خطر كحبل السفينة وبيضة
خطيرة كبيضة الحديد توفيقا بين الدلايل والله اعلم • واما الكلام في قدر
النصاب فقد اختلف فيه ايضا قال اصحابنا رحمهم انه مقدر بعشرة دراهم
وقال مالك وابن ابي ليلى بخمسة وذكر القدوري عنه ثلثين وقال الشافعي
ربع دينار حتى لو سرق ربع دينار الا حبة وهو نقصانه يساوي عشرة لا يقطع
عنده وعندنا يقطع ولو سرق ربع دينار لا يساوي عشرة لم يقطع عندنا
وعنده يقطع وقيمة الدينار عندنا عشرة وعنده اثني عشر على ما نبين في
كتاب الديات ان شا الله تعالى احتج من اعتبر الخمسة بما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقطع اليد الا بخمسة واحتج الشافعي بما روي عن
عايشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال تقطع يد السارق
في ربع دينار فصاعدا وروي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ان النبي صلى الله
عليه وسلم قطع في مجن قيمته ثلثة دراهم وهو قيمته ربع دينار عنده لان الدينار
على اصله مقوم باثني عشر درهما ولنا ما روي محمد في الكتاب باسناده عن عمرو

الحبل هو

ابن شعيب عن ابيه عن جده عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه كان لا يقطع الا في ثمن المجن وهو يومئذ يساوي عشرة دراهم وفي رواية عن عمرو
ابن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع فيما دون
عشرة دراهم وعن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تقطع اليد الا في دينار او في عشرة دراهم وعن ابن عباس رضي الله عنهما
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقطع السارق الا في ثمن المجن وكان
يقوم يومئذ بعشرة دراهم وعن ابن ام ايمن انه قال ما قطعت يد على عهد رسول
الله صلى الله عليه وسلم الا في ثمن وكان يساوي يومئذ عشرة دراهم وذكر محمد في الاصل
ان عمر رضي الله عنه امر بقطع يد سارق ثوب قيمته عشرة دراهم فمر به عثمان
رضي الله عنه وقال ان هذا لا يساوي الا ثمانية فدرأ عمر رضي الله عنه القطع عنه
وعن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهم مثل مذهبنا والاصل
ان الاجماع انعقد على وجوب القطع في العشرة وفيما دون العشرة اختلفت الاحاديث
فوقع الاحتمال في وجوب القطع فلا يجب مع الاحتمال واذا عرف ان النصاب شرط
وجوب القطع بالسرقة فان وجد ذلك القدر في اخذ سرقة واحدة قطع لوجود
الشرط وهو كمال النصاب وان اختلفت السرقة لم يقطع لفقد الشرط وعلى
مسائل اذا دخل رجل دار الرجل فسرق من بيت فيها درهما فاخرجه الى صحنها ثم عاد
فاخذ درهما من البيت فاخرجه ثم عاد فاخذ درهما من البيت فاخرجه فلم يزل
يفعل ذلك حتى اخذ عشرة دراهم ثم اخرج العشرة من الدار قطع لان هذه سرقة
واحدة لان الدار مع صحنها وبيوتها حرز واحد فما دام في الدار لم يوجد الاخراج من
الحرز فيجب القطع ولو كان خرج في كل مرة من الدار ثم عاد حتى فعل ذلك عشر مرار
لم يقطع لان هذه سرقات اذ كل فعل منه اخراج من الحرز فكان كل فعل منه معتبر
بنفسه وانه سرقة ما دون النصاب فلا يوجب وكذلك جماعة دخلوا دارا
واخرجوا من بيت من بيوتها المتاع مرة بعد اخرى الى صحن الدار ثم اخرجوه من
الصحن دفعة واحدة يقطعون اذا كان ما اخرجوا يخص كل واحد منهم عشرة دراهم
وان تفرق الاخراج يعتبر كل واحد بنفسه لان الاخراج اذا وقع جملة واحدة واذا
تفرق فهو سرقات فكان كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل واحد عشرة
دراهم من منزلين مختلفين بان سرق منه تسعة دراهم من منزل ثم اتى منزلا
ثم اتى منزلا اخر فسرق منه درهما او تسعة لم يقطع لانهما سرقتان مختلفتان
لان كل واحد من المنزلين حرز بانفراده فهتك احدهما بما دون النصاب
لا يعتبر في هتك الاخر فبقي كل واحد معتبرا بنفسه ولو سرق رجل عشرة دراهم
لعشرة انفس في موضع واحد قطع وان تفرق ملاكها يعتبر في ذلك حال السارق
والسارق واحد فكان النصاب كاملا وانما اعتبرنا حال السارق دون المسروق
منه لان كمال النصاب شرط وجوب القطع والقطع عليه فيعتبر جانب من عليه
ولا يعتبر جانب المسروق منه لان الحكم لم يجب له بل لله تعالى وان كان عشرة انفس
في دار كل واحد في بيت على حدة فسرق من كل واحد منهم درهما يقطع اذا خرج
بالجميع من الدار لما ذكرنا ان الدار حرز واحد وقد اخرج منها نصابا كاملا فكانت
السرقة واحدة وان اختلف المسروق منه ولو كانت الدار عظيمة فيها حجر لكل

واحد

واحد حجرة فسرق من كل حجرة اقل من عشرة لم يقطع لان ذلك سرقات اذ كل حجرة
حرز بانفرادها والسرقات اذا اختلفت يعتبر في كل واحد منها كمال النصاب ولم
يوجد ولو سرق عشرة انفس من رجل واحد عشرة دراهم لم يقطعوا بخلاف الواحد
اذا سرق عشرة دراهم من عشرة انفس انه يقطع ان كانت الدراهم في حرز واحد
لما بينا ان المعتبر جانب السارق لا جانب المسروق منه فكانت السرقة واحدة فيعتبر
كمال النصاب في حال السارق لا في حال المسروق منه وسواء كانت الدراهم مجتمعة
او متفرقة بعد ان كان الحرز واحدا حتى لو سرق عشرة دراهم متفرقة من كل كيس
درهما من عشرة انفس من منزل واحد يقطع لان الحرز واحد فاذا اخرجها منه
فقد خرج بنصاب كامل من السرقة فيقطع ولو سرق ثوبا قيمته تسعة دراهم فوضعه
على باب الدار ثم دخل فاخذ ثوبا اخر يساوي تسعة فاخرجه لم يقطع لانه لم يبلغ
الماخوذ في كل واحد منهما نصابا فلا يقطع والله اعلم ۞ واما صفات النصاب
فمنها ان تكون الدراهم المسروقة جيادا حتى لو سرق عشرة زيوفا او نبهرجة
او ستوقة لا يقطع الا ان تكون كثيرة تبلغ قيمتها عشرة جيادا وكذلك المسروق
من غير الدراهم اذا كان لا يبلغ قيمته قيمة عشرة دراهم جيادا لا يقطع لان مطلق
اسم الدراهم في الاحاديث ينصرف الى الجياد ۞ ومنها ان يعتبر عشرة دراهم
وزن سبعة كذا قالوا لان اسم الدراهم عند الاطلاق يقع على ذلك الا ترى انه قدر به
نصاب الزكوات والديات وكذا الناس اجمعوا على هذا في وزن الدراهم ولان هذا
اوسط المقادير لان الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت صغارا
وكبارا فاذا جمع كبير وصغير كانا درهمين من وزن سبعة فكان هذا الوزن هو
اوسط المقادير فاعتبر به لقوله عليه السلام خير الامور اوساطها وهل يعتبر
ان تكون مضروبة ذكر الكرخي انه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وهكذا روى
بشر عن ابي يوسف وابن سماعة عن محمد حتى لو كان تبرا قيمته عشرة دراهم
مضروبة لا يقطع وروى الحسن عن ابي حنيفة ان السارق اذا سرق عشرة
دراهم مما يجوز بين الناس قطع وهذا يدل على كونها مضروبة ليس بشرط بل يقطع
في المضروبة وغيرها اذا كان مما يجوز بين الناس وتروج في معاملاتهم لهما ان تقدير
نصاب السرقة وقع بالدراهم او بقوم المجن وقع بالدراهم والدراهم اسم
للمضروبة والتبر ليس بمضروب ولا في معنى المضروب في المالية ايضا لانه
ينقص عنه في القيمة فاشبه نقصان الوزن وابو حنيفة رحمه الله اعتبر
الجواز والرواج في معاملات الناس فما جرى به التعامل بين الناس يستوي
في نصابه المضروب وغير المضروب والصحيح والمكسر كما في نصاب الزكوة
فما قاله ابو حنيفة اقرب الى القياس وما قالاه اقرب الى الاحتياط في باب
الحدود ثم كمال النصاب في قيمة المسروق يعتبر وقت السرقة لا غير ام وقت
السرقة والقطع جميعا وفائدة هذا تظهر فيما اذا كانت قيمة المسروق كاملة وقت
السرقة ثم نقصت انه هل يسقط القطع فجملة الكلام ان نقصان المسروق لا
يخلو اما ان كان نقصان العين بان دخل المسروق عيب او ذهب بعضه
واما ان كان نقصان السعر فان كان نقصان العين يقطع السارق ولا يعتبر
كمال النصاب وقت القطع بل وقت السرقة بلا خلاف لان نقصان عينه هلاك

بعضه وهلاك لا يسقط القطع فهلاك البعض اولى وان كان نقصان السعر ذكر
انه لا يقطع في ظاهر الرواية و يعتبر قيمته في الوقتين جميعا و روي عن محمد انه يقطع
وهكذا ذكر الطحاوي انه يعتبر قيمته وقت الاخراج من الحرز وهو قول الشافعي
وجه هذه الرواية ان نقصان السعر دون نقصان العين لان ذلك لا يوثر في المحل
وهذا يوثر فيه ثم نقصان العين لم يوثر في اسقاط القطع فنقصان السعر اولى
وجه ظاهر الرواية على ما ذكره الكرخي الفرق بين النقصانين ووجه الفرق بينهما
ان نقصان السعر يورث شبهة نقصان في المسروق وقت السرقة لان العين
بحالها قايمة لم تتغير وتغير السعر ليس بمضمون على السارق اصلا فيجعل النقصان
الطاري كالموجود عند السرقة بخلاف نقصان العين لانه يوجب تغير العين
اذ هو هلاك بعض العين وهو مضمون عليه في الجملة فلا يمكن تقدير وجوده وقت
السرقة وكذا اذا سرق في بلد في فاخذ في بلد اخر والقيمة فيه انقص ذكر الكرخي
انه لا يقطع حتى تكون القيمة في البلدين جميعا في السعر عشرة دراهم وعلى رواية
الطحاوي انه يعتبر قيمته وقت السرقة لا غيره ومنها ان يكون المسروق الذي
يقطع فيه في الجملة مقصودا بالسرقة لا تبعا لمقصود لا يتعلق القطع بسرقته
في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هذا ليس بشرط والاصل في هذا ان
المقصود بالسرقة اذا كان مما يقطع فيه لو انفرد وبلغ نصابا بنفسه يقطع بلا
خلاف وان لم يبلغ بنفسه نصابا الا بالتابع يكمل النصاب به فيقطع وكذلك كل
واحد منهما مقصودا ولا يبلغ بنفسه نصابا يكمل احدهما بالاخر ويقطع وان
المقصود بالسرقة مما لا يقطع فيه لو انفرد لا يقطع وان كان معه غيره ما يبلغ
نصابا اذا لم يكن ذلك الغير مقصودا بالسرقة بل يكون تابعا في قول ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف يقطع اذا كان ذلك الغير نصابا كاملا وبيان هذه الجملة
في المسايل اذا سرق انا من ذهب او فضة فيه شراب او ماء او لبن او ماء ورد
او ثريد او نبيذ او غير ذلك مما لا يقطع فيه لو انفرد لم يقطع عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف يقطع وجه قوله ان ما في الانا اذا كان مما لا يقطع فيه التحق بالعدم
فيعتبر اخذ الانا على الانفراد فيقطع فيه وجه قولهما ان المقصود من هذه السرقة
ما في الانا والانا تابع الا ترى انه لو قصد الانا بالاخذ لالقى ما فيه وما في الانا لا يجب
القطع بسرقته فاذا لم يجب القطع بالمقصود لا يجب بالتابع والى هذا اشار محمد
رحمه الله في الكتاب فقال انما انظر الى ما في جوفه فان كان ما في جوفه لا يقطع
فيه لم اقطعه ولو سرق ما في الانا في الدار قبل ان يخرج الانا منها ثم اخرج الانا
فارغا منه قطع لانه لما سرق ما فيه في الدار علم ان مقصوده هو الانا والمقصود
بالسرقة اذا كان مما يجب القطع بسرقته وبلغ نصابا يقطع وعلى هذا الخلاف اذا
سرق صبيا حرا لا يعبر عن نفسه لا يقطع بالاجماع وعليه حلي وان كان يعبر عن
نفسه لا يقطع بالاجماع لان له يدا على نفسه وعلى ما عليه من الحلي فلا يكون
اخذه سرقة بل يكون خداعا فلا يقطع وكذلك ان سرق عبدا صبيا يعبر عن
نفسه وعليه حلي او لم يكن لا يقطع بلا خلاف وان كان لا يعبر عن نفسه يقطع
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يقطع بناء على ان سرقة مثل هذا العبد
توجب القطع عندهما وعنده لا توجب والمسلة قد مرت ولو سرق كلبا او غيره

من الشارع في عنقه طوق لم يقطع وكذلك لو سرق مصحفا منفضضا او مرصعا بيا
لم يقطع عندهما وعند ابي يوسف يقطع لما ذكرنا ولو سرق كوزا قيمته تسعة دراهم
وفيه عسل يساوي درهما يقطع لان المقصود ما فيه من العسل والكوز تبع
فيكمل نصاب الاصل به وكذلك لو سرق حمارا يساوي تسعة دراهم وعليه اكاف
يساوي درهما يقطع لما قلنا ولو سرق عشرة دراهم من ثوب والثوب لا يساوي
عشرة ينظر ان كان ذلك الثوب يصلح وعاء للدراهم بان يشد فيه الدراهم عادة
بان كانت خرقة ونحوها يقطع لان المقصود بالاخذ هو ما فيه وان كان لا يصلح بان كان
ثوب كرباس فان كان يبلغ قيمة الثوب نصابا بان كان يساوي عشرة يقطع بلا
خلاف لان الثوب مقصود بنفسه بالسرقة وان كان لا يبلغ نصابا قال ابو حنيفة لا
يقطع وذكر في الاصل ان اللص ان كان يعلم بالدراهم يقطع وان كان لا يعلم لا يقطع
وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وروي عن ابي يوسف
انه يقطع علم بها او لم يعلم ووجهه ان العلم بالمسروق ليس بشرط لوجوب القطع
بل الشرط ان يكون نصابا وقد وجد وجه رواية الاصل انه اذا كان يعلم بالدراهم
كان مقصوده بالاخذ الدراهم وقد بلغت نصابا فيقطع واذا كان لا يعلم بها كان مقصوده
الثوب وانه لم يبلغ النصاب فلا يقطع وجه الرواية الاخرى ان مثل هذا الثوب
اذا كان مما لا يشد به الدراهم عادة كان مقصودا بنفسه بالسرقة وانه لم يبلغ
نصابا فلم يجب فيه القطع فكذا فيما فيه لانه تابع له ولو سرق جوالقا او جرابا
فيه مال كثير قطع لان المقصود بالسرقة هو المظروف لا الظرف والمقصود
مما يجب القطع بسرقته فيقطع وكذا اذا كان الثوب لا يساوي عشرة وفيه مال
عظيم علم به اللص يقطع لان الثوب يصلح وعاء للمال الكثير ولا يصلح وعاء لليسير
ففيما يصلح وعاء له يعتبر ما فيه لانا نعلم يقينا ان مقصوده ما فيه وفيما لا يصلح يعتبر
نفسه مقصودا بالسرقة وما فيه تابعا له ولا قطع في المقصود كنقصان النصاب
فكذا في التابع لان التابع حكمه حكم الاصل والله اعلم فصل واما الذي يرجع الى
المسروق منه فهو ان يكون له يد صحيحة وهي يد المالك او يد الامانة كيد المودع
والمستعير والمضارب والمبضع او يد الضمان كيد الغاصب والقابض على سوم
الشرا والمرتهن فيجب القطع على السارق من هولاء اما من المالك فلا شك فيه
وكذا من امينه لان يد امينه يده فالاخذ منه كالاخذ من المالك واما من الغاصب
فان منفعة يده عايدة الى المالك اذ بها يتمكن الرد على المالك ليخرج عن العهدة
فكانت يده يد المالك من وجه ولان المغصوب مضمون على الغاصب وضمان
الغصب عندنا ضمان تملك فاشبه يد المشتري والمقبوض على سوم الشرا
مضمون على القابض والمرهون مضمون على المرتهن بالدين فيجب القطع على السارق
منهم وهل يستوي خصومتهم حال غيبة المالك فيه خلاف نذكره ان شا الله
تعالى ولا يجب القطع على السارق من السارق لان يد السارق ليست بيد صحيحة
اذ ليست بيد ملك ولا يد امانة ولا يد ضمان فصار الاخذ منه كالاخذ من الطريق
وان كان القطع درئ عن الاول قطع الثاني لانه اذا درئ عنه القطع صارت
يده يد ضمان ويد الضمان يد صحيحة كيد الغاصب ونحوه والله اعلم فصل
واما الذي يرجع الى المسروق فيه وهو المكان فهو ان تكون السرقة في دار العدل

فلا يقطع في السرقة في دار الحرب و دار البغي لانه لا يد للامام و لا على دار البغي فالسرقة الموجود
فيهما لا تنعقد سببا لوجوب القطع وبيان هذا في مسايل التجار والاساري من اهل الاسلام
في دار الحرب اذا سرق بعضهم من بعض منا ثم خرجوا الي دار الاسلام فاخذ السارق لا يقطعه
الامام لانه لا يد للامام على دار الحرب فالسرقة فيهما لم تنعقد موجبة للقطع فلا يستوفي
في دار الاسلام وكذلك التجار من اهل العدل في معسكر اهل البغي والاساري في ايديهم اذا سرق
بعضهم من بعض ثم خرجوا الي اهل العدل فاخذ السارق لم يقطعه الامام لان السرقة وجدت
في موضع لا يد للامام عليه فاشبهت السرقة في دار الحرب وكذلك رجل من اهل البغي جا للامام
تائبا وقد سرق من اهل البغي لم يقطعه لما قلنا وكذلك رجل من اهل العدل اغار على معسكر
اهل البغي فسرق منهم لم يقطعه الامام لان السرقة لم تنعقد موجبة للقطع لعدم الولاية
الاستيفا فيه ولانه اخذ عن تاويل لان لاهل العدل ان ياخذوا اموال اهل البغي ويحبسوها
عندهم حتى يتوبوا فكان في العصمة شبهة العدم وكذلك الرجل من اهل البغي اذا سرق
من معسكر اهل العدل وعاد الي معسكرهم ثم اخذ بعد ذلك لم يقطع لانهم يعتقدون
اباحة اموالنا ولهم منعة فكان اخذ عن تاويل فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالاتلاف
ولو ان رجلا من اهل العدل سرق من انسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه
وماله يقطع لان مجرد اعتقاد الاباحة لا عبرة به ولانا لو اعتبرنا ذلك لادي الي سد باب
الحد لان كل سارق لا يعجز عن اظهار ذلك فيسقط القطع عن نفسه وهذا فسخ وما ادي
اليه مثله فصل واما بيان ما تظهر به السرقة عند القاضي فنقول وبالله التوفيق
السرقة الموجبة للقطع عند القاضي تظهر باحد امرين احدهما البينة والثاني الاقرار
اما البينة فتظهر بها السرقة اذا استجمعت شرايطها لانها خبر يرجح فيها جنبة الصدق
على جنبة الكذب فيظهر المخبر به وشرايط فنقول البينة في باب السرقة بعضها يعم
البينات كلها وقد ذكرنا في كتاب الشهادات وبعضها يخص ابواب الحدود والقصاص
وهو الذكورة والعدالة والاصالة فلا تقبل فيه شهادة النسا ولا شهادة الفساق ولا
الشهادة على الشهادة لان في شهادة هولا زيادة شبهة لا ضرورة الي تحملها فيما يحتال
لدفعه ويحتاط لدرءه وكذا عدم تقادم العهد الا في حد القذف والقصاص حتى لو
شهدوا بالسرقة بعد حين لم تقبل ولا يقطع ويضمن المال والاصل ان التقادم يبطل
الشهادة على الحدود الخالصة ولا يبطلها على حد القذف ولا يبطل الاقرار ايضا والفرق
يذكر في كتاب الحدود ان شا الله تعالى وانما ضمن المال لان التقادم انما يمنع من الشهادة
على الحدود الخالصة للشبهة والشبهة تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال وبعضها
يخص ابواب المال والحقوق وهو الخصومة والدعوى ممن له يد صحيحة حتى لو شهدوا
انه لو سرق من فلان الغايب لم تقبل شهادتهم ما لم يحضر المسروق منه ويخاصم لما ذكرنا
ان كون المسروق ملكا لغير السارق شرطا لكون الفعل سرقة ولا يظهر ذلك الا بالخصومة
واذا لم توجد منه الخصومة لا تقبل شهادتهم ولكن يحبس السارق لان اخبارهم اورث
شبهة ويجوز الحبس بالتهمة لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة
وهل يشترط حضور المولى لقبول البينة القايمة على سرقة عبده مال انسان والعبد
يجحد اختلف فيه قال ابو حنيفة يشترط حتى لو كان مولاه غايبا لم تقبل البينة وهو
احدي الروايتين عن ابي يوسف وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انه لا يشترط ويقضي
عليه بالقطع وان كان مولاه غايبا وجه هذه الرواية ان القطع انما يجب على العبد بالسرقة

من حيث انه ادمي مكلف لا من حيث انه مال مملوك للمولى وهو من هذا الوجه المولى اجنبي عنه
فلا معني لاشتراط حضرته كما لا يشترط حضرة ساير الاجانب ولهذا لو اقر بالسرقة نفذ
اقراره ولا يشترط حضرة المولى كذا هذا وجه قول ابي حنيفة ان هذه البينة تتضمن اتلاف
ملك المولى فلا يقضي بها مع غيبة المولى كالبينة القايمة على ملك شي من رقبة العبد ولان من
الجايز انه لو كان حاضرا لادعى شبهة مانعة من قبول الشهادة والحدود تدرا ما امكن بخلاف
الاقرار لانه بعد ما وقع موجبا للحد لا يملك المولى رده بوجه فلم يتمكن فيه شبهة ولا تظهر
السرقة بالنكول حتى لو ادعى على رجل سرقة فانكر فاستحلف فنكل لا يقضي عليه بالقطع
ويقضي بالمال لان النكول اما ان يجري مجرى البدل والقطع مما لا يحتمل البدل والاباحة
واما ان يجري مجرى اقرار فيه شبهة العدم لكونه اقرارا من طريق السكوت لا صريحا والشبهة
تمنع وجوب الحد ولا تمنع وجوب المال واما الاقرار فيظهر به السرقة الموجبة للقطع ايضا
لان الانسان غير متهم في الاقرار على نفسه بالاضرار بنفسه فتظهر به السرقة كما تظهر بالبينة
بل اولى لان المرء قد يتهم في حق غيره اما لا يتهم في حق نفسه وسوا كان الذي اقر بالسرقة عبدا
ماذونا او محجورا بعد ان كان من اهل وجوب القطع عليه وعند زفر لا يقطع باقرار العبد
من غير تصديق المولى وجملة الكلام ان العبد اذا اقر بسرقة عشرة دراهم لا يخلوا اما ان كان
ماذونا او محجورا والمال قايما وهالك فان كان ماذونا يقطع ثم ان كان المال هالكا او مستهلكا
لا ضمان عليه سوا صدقه مولاه في اقراره او كذبه فيه لان القطع لا يجتمعان عندنا وان
كان قايما فهو للمسروق منه وهذا قول اصحابنا الثلاثة وهذا قول زفر وقال زفر لا يقطع من غير
تصديق المولى والمال للمسروق منه وجه قوله ان اقرار العبد يتضمن اتلاف مال المولى لان ما في
يد العبد مال مولاه فلا يقبل من غير تصديقه ولنا ان العبد غير متهم في هذا الاقرار لان المولى
ان كان يتضرر به فضرر العبد اعظم فلم يكن متهما في اقراره فيقبل ولانه لا ملك للمولى في يد العبد
في حق القطع كما لا ملك له في نفسه في حق القتل فكان العبد فيه مبقي على اصل الحرية فيقبل اقراره
كالحر وبه تبين ان اقراره لم يتضمن ابطال حق المولى في حق القطع لعدم الحق له في حقه وان كان
محجورا تقطع يده ثم ان كان المال هالكا او مستهلكا لا ضمان عليه كذبه مولاه او صدقه وان كان
قايما فان صدقه مولاه تقطع يده والمال للمسروق منه وان كذبه بان قال هذا مالي اختلف فيه اصحابنا
الثلاثة قال ابو حنيفة تقطع يده والمال للمسروق منه وقال ابو يوسف تقطع يده والمال للمولى
ولا ضمان على العبد في الحال ولا بعد العتق وقال محمد لا تقطع والمال للمولى ويضمن مثله للمقر له بعد
العتق وجه قول محمد ظاهر لان اقرار المحجور بالمال لا يصح لان ما في يده ملك مولاه ظاهرا وغالبا
واذا لم ينفذ اقراره بالمال بقي المال على حكم ملك المولى ولا قطع في مال المولى بخلاف الماذون
لان اقراره بالمال جايز واذا جاز اقراره بالمال لغيره تثبت السرقة فيقطع وجه قول
ابي يوسف ان اقراره بالحد جايز ان كان لا يجوز بالمال اذ ليس من ضرورة الحد رجوا زاقراره
في حق القطع جوازه في المال الا تري انه لو قال سرقت هذا المال الذي في يدي زيد من عمرو
يقبل اقراره في القطع ولا يقبل في المال كذا هذا وجه قول ابي حنيفة ان اقرار العبد بالحد
جايز لما ذكرنا في العبد الماذون فلزمه القطع فبعد ذلك لا يخلوا اما ان يقطع في المال المقر به
بعينه ويرد المسروق الي المولى واما ان يقطع في مال بغير عينه لا سبيل الي الاول لان قطع اليد
في مال محكوم به لمولاه لا يجوز ولا يجوز ان يقطع في مال بغير عينه لان الاقرار صادف مالا معينا
فتعين ان يقطع في المال المقر به بعينه ويرد المال الي المسروق منه هذا اذا كان العبد عاقلا
بالغا وقت الاقرار فاما اذا صبيا عاقلا وقت الاقرار فلا قطع عليه لانه ليس من اهل الخطاب

الحد لعدم

بالتراضي ثم ينظر ان كان ماذونا يصح اقراره بالمال فان كان قايما يرد عليه وان كان هالكا
يضمن وان كان محجورا لا يصح اقراره الا ان يصدقه المولى فان كذبه فالمال للمولى ان كان
قايما وان كان هالكا لا ضمان عليه لا في المال ولا بعد العتاق ولو اقر العبد بسرقة
ما دون العشرة لا يقطع لان النصاب شرط ثم ان كان ماذونا يصح اقراره ويرد المال
الى المسروق منه وان كان هالكا يضمن سوا كان العبد مخاطبا او لم يكن وان كان محجورا
فان صدقه مولاه فكذلك وان كذبه فالمولى يضمن العبد بعد العتاق ان كان
مخاطبا وقت الاقرار وان كان صغيرا لا ضمان عليه والاصل في جنس هذه المسايل ان كل ما
لا يصح اقرار المولى على عبده يصح اقرار العبد فيه ثم المولى اذا اقر على عبده بالقصاص
او حد الزنا او حد القذف او السرقة او القطع في السرقة لا يصح فاذا اقر العبد بهذه
الاشيا يصح واما اذا اقر المولى على عبده بالجناية فيما دون النفس فيما يجب فيه الدفع
او الفدا فانه ينظر ان لم يكن عليه دين صح لان الجناية فيما دون النفس فيها مسلك
الاموال فكان المولى اقر عليه بالدين ولو اقر عليه بالدين يصح كذا هذا وان كان عليه
دين لا يصح لانه لو اقر عليه بالدين وعليه دين لا يصح كذا اذا اقر عليه بالجناية والله
اعلم ● وعدم التقادم في الاقرار ليس بشرط لجوازه فيجوز تقادم عهد السرقة
او لا بخلاف البينة والفرق نذكره في كتاب الحدود ان شا الله تعالى واختلف
في العدد في هذا الاقرار انه هل هو شرط قال ابو حنيفة ومحمد ليس بشرط ويظهر
بالاقرار مرة واحدة وقال ابو يوسف شرط فلا يقطع ما لم يقر مرتين في مكانين
والدلايل نذكرها في كتاب الحدود ان شا الله تعالى وكذا اختلف في دعوى المسروق منه
انها هل هي شرط كون الاقرار مظهرا للسرقة كما هي شرط كون البينة مظهرة لها قال
ابو حنيفة ومحمد شرط حتى لو اقر السارق انه سرق مال فلان الغايب لم يقطع ما
لم يحضر المسروق منه ويخاصم عندهما وقال ابو يوسف الدعوى في الاقرار
ليست بشرط ويقطع حال غيبة المسروق منه وجه قول ابي يوسف ان اقراره
بالسرقة اقرار على نفسه والانسان يصدق في الاقرار على نفسه لعدم التهمة
ولهذا لو اقر بالزنا بامراة وهي غايبة قبل اقراره وحد كذا هذا ولهما ما روي ان
سمرة رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم اني سرقت لال فلان فانفذ
النبي عليه السلام اليهم فسالهم فقالوا انا فقدنا بعيرا لنا في ليلة كذا فقطعه فلولا
ان المطالبة شرط ظهور السرقة بالاقرار لم يكن ليسالهم بل كان يقطع السارق
ولان كل من في يده شي فالظاهر انه ملكه فاذا اقر به لغيره لم يحكم بزوال ملكه عنه
حتى يصدقه المقر له والغايب يجوز ان يصدقه فيه ويجوز ان يكذبه فيبقى على حكم
ملك السارق فيتمكن فلا يقطع ولا في ظهور السرقة بهذا الحد الاقرار شبهة العدم
لاحتمال التكذيب من المسروق منه فانه يحتمل ان يحضر فيكذبه في اقراره بخلاف
الاقرار بالزنا بامراة غايبة انه يحد المقر وان كان يحتمل ان تحضر المراة فتدعي
شبهة لان هناك لو كانت حاضرة وادعت الشبهة يسقط الحد لاجل الشبهة فلو
سقط عند غيبتها لسقط لشبهة الشبهة وانها غير معتبرة في درء الحد وهاهنا بخلافه
لان المسروق منه لو كان حاضرا وكذب السارق في اقراره بالسرقة منه لم يقطع لا
لمكان الشبهة بل لانعدام فعل السرقة فلم يكن في السقوط حال الغيبة اعتبار شبهة
الشبهة والله اعلم قال محمد رحمه الله لو قال سرقت هذه الدراهم ولا ادري لمن هي

اوقال

اوقال سرقتها ولا اخبرك من صاحبها لا يقطع لان جهالة المسروق منه فوق غيبته ثم الغيبة
لما منعت القطع على اصله فالجهالة اولى ولان الخصومة لما كانت شرطا فاذا كان المسروق
منه مجهولا لم تتحقق الخصومة فلا يقطع واذا عرفت ان الخصومة شرط ظهور السرقة
الموجبة للقطع بالبينة على الاتفاق او بالاقرار على الاختلاف فلا بد من بيان من يملك
الخصومة ومن لا يملكها فنقول وبالله التوفيق الاصل ان كل من كانت له يد صحيحة
يملك الخصومة ومن لا فلا فللمالك ان يخاصم السارق اذا سرق منه لا شك فيه
لان يد المالك يد صحيحة واما المودع والمستعير والمضارب والمبضع والغاصب
والقابض على سوم الشرا والمرتهن فلا خلاف بين اصحابنا في ان لهم ان يخاصموا
السارق وتعتبر خصومتهم في حق ثبوت ولاية الاسترداد والاعادة الى ايديهم
واما في حق القطع فكذلك عند اصحابنا الثلاثة ويقطع السارق بخصومتهم وعند
زفر لا تعتبر خصومتهم في حق القطع ولا يقطع السارق بخصومة هولا وعند الشافعي
لا معتبر بخصومة غير المالك اصلا لا في حق القطع ولا في حق ولاية الاسترداد وجه
قول زفر ان يد هولا ليست بيد صحيحة في الاصل اما يد المرتهن فظاهر لانها يد حفظ
الا انه تثبت له ولاية الخصومة لضرورة الاعادة الى الحفظ ليتمكن من التسليم
الى المالك وكذلك يد الغاصب والقابض على سوم الشرا والمرتهن يدهم يد ضمان
لا يد خصومة وانما تثبت لهم ولاية الخصومة لامكان الرد الى المالك فكان ثبوت
ولاية الخصومة لهم بطريق الضرورة والثابت بالضرورة يكون عدما فيما
ورا محل الضرورة لانعدام علة الثبوت وهي الضرورة فكانت الخصومة
منعدمة في حق القطع ولا قطع بدون الخصومة ولهذا لا يقطع بخصومة السارق
كذا هذا ولنا ان الخصومة شرط صيرورة البينة حجة مظهرة للسرقة لما بينا ان
الفعل لا يتحقق سرقة لما يعلم ان المسروق غير ملك السارق وانما يعلم ذلك بالخصومة
فكانت الخصومة شرط كون البينة مظهرة للسرقة وكونها مظهرة للسرقة
تثبت بخصومة هولا واذا ظهرت السرقة يقطع لقوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما بخلاف السارق انه لا يقطع بخصومته لان يده ليست بصحيحة لما
نذكر على ان عدم القطع هناك لخلل في ملك المسروق لما بينا فيما تقدم وهاهنا
لا خلل في العصمة الا ترى ان هناك لا يقطع بخصومة المالك وهاهنا لا يقطع
ولو حضر المالك وغاب المرتهن هل ان يخاصم السارق ويقطعه ذكر في الجامع
الصغير صح ان له ذلك وروي ابن سماعة عن محمد انه ليس له ذلك وجه رواية ابن سماعة
ان ولاية الخصومة للمسروق منه والمالك ليس بمسروق منه لان السارق لم يسرق
منه وانما سرق من غيره فلم يكن له ولاية الخصومة وجه رواية الجامع ان الخصومة
في باب السرقة انما شرطت ليعلم ان المسروق ملك غير السارق وهذا يحصل
بخصومة المالك فتصح خصومته كما تصح خصومة المرتهن بل اولى لان يد المرتهن
يد نيابة فلما صحت الخصومة بيد النيابة فبيد الاصالة اولى ولو حضر المغصوب منه
وغاب الغاصب ذكر في الجامع الصغير ان له ان يخاصم ويطالب بالقطع ولم يذكر
ابن سماعة في الغصب خلافا وذكر القدوري انه ينبغي ان يكون الخلاف فيهما واحدا
وليس للراهن ان يخاصم السارق فيقطعه لانه ليس له حق القبض قبل قضا الدين
فلا يملك المطالبة حتى لو قضى الدين له ان يخاصم لانه ثبت له ولاية القبض بالفكاك

بَد صح

قال القدوري وعلى رواية بن سماعة لا يثبت للراهن ولاية المطالبة مع غيبة المرتهن
كما في يد المودع بل اولى لان يد المرتهن اقوى من يد المودع لان يد المرتهن لنفسه ويد
المودع لغيره ولو هلك الرهن في يد السارق كان للمرتهن ان يقطعه ولا سبيل
للراهن عليه لان المرتهن كان له ولاية الرهن القطع قبل الهلاك وهلاك المحل لا يسقط
القطع فتثبت الولاية واما الراهن فلم يبق له حق في المرهون الا ترى انه سقط عنه
الدين بهلاكه فلا يثبت له ولاية المطالبة واما السارق فلا يملك الخصومة لان
يده ليست بمضمونة لانها ليست بيد ملك ولا يد ضمان ولا يد امانة فصار الاخذ
من يده كالاخذ من الطريق فلم يكن له ان يخاصم الثاني بالقطع ولا للمالك ايضا ولاية
المخاصمة لان اخذ المال من اليد الصحيحة شرط وجوب القطع ولم يوجد فلا يجب القطع
فلا يثبت ولاية المطالبة وهل للسارق الاول ان يطالب الثاني برد المسروق الى
يده قالوا فيه روايتان في رواية له ذلك وفي رواية ليس له ذلك وجه الرواية
الاولى على نحو ما بينا لان المسروق منه لما لم يكن له يد صحيحة صار الاخذ منه كالاخذ
من الطريق سوا وجه الرواية الثانية ان من الجائز ان يختار المالك الضمان
ويترك القطع فيحتاج الى ان يسترده الى يده من يده فيدفع اليه فيتخلص عن الضمان
كما في الغصب ونحوه على ما مر وذكر القدوري انه يجوز ان يقال ما لم يقطع فله
ذلك واما بعد القطع فليس له ذلك لان قبل القطع يحتمل اختيار الضمان وبعده
لا فلا ويجوز ان يقال ذلك بعد القطع ايضا لان الضمان ان لم يجب عليه في القضا
فهو واجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى فيحتاج الى الاسترداد ليتخلص عن الضمان
الواجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تظهر السرقة الموجبة للقطع فعلم القاضي
سوا استفاده قبل زمان القضا او في زمان القضا لما ذكرنا في كتاب ادب القاضي
والله اعلم

فصل

واما حكم السرقة فنقول وبالله التوفيق للسرقة حكمان احدهما
يتعلق بالنفس والاخر يتعلق بالمال اما الذي يتعلق بالنفس فالقطع لقوله تعالى
والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولما روينا من الاخبار وعليه اجماع
الامة والكلام في هذا الحكم في مواضع • في بيان صفات هذا الحكم • وفي بيان
اقامته • وفي بيان من يقيمه • وفي بيان ما يسقطه بعد ثبوته • وفي بيان
حكم السقوط بعد الثبوت او عدم الثبوت اصلا لمانع من الشبهة • اما
صفات هذا الحكم فانواع • منها انه ينفي ضمان المسروق عندنا فلا يجب الضمان
والقطع في سرقة واحدة ولقب المسلة ان الضمان والقطع هل يجتمعان في سرقة
واحدة عندنا لا يجتمعان حتى لو هلك المسروق في يد السارق بعد القطع او قبله
لا ضمان عليه وعند الشافعي يجتمعان فيقطع ويضمن ما استهلكه وجه قوله
انه وجد من السارق سبب وجوب القطع والضمان فيجبان جميعا وانما قلنا
ذلك لانه وجد منه السرقة وانها سبب لوجوب القطع والضمان لانها جناية
على حقين حق الله تعالى وحق المسروق منه اما الجناية على حق الله تعالى فهتك
حفظ الله تعالى اذ المال حال غيبة المالك محفوظ بحفظ الله تعالى واما الجناية
على حق العبد فباتلاف ماله فكانت الجناية على حقين فكانت مضمونة بضمانين
فيجب ضمان القطع من حيث انها جناية على حق الله تعالى وضمان المال من حيث انها
جناية على حق العبد كمن شرب خمر الذمي انه شرب عليه الحد حقا لله تعالى والضما

وجوب ضمو

حقا

حقا للعبد وكذا قتل الخطا يوجب الكفارة حقا لله تعالى والدية حقا للعبد كذا هذا
والدليل عليه ان المسروق لو كان قايما يجب رده الى المالك فدل انه بقي معصوما
حقا للمالك ولنا الكتاب والسنة والمعقول اما الكتاب فقوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما جزا بما كسبا والاستدلال بالاية من وجهين احدهما
ان الله تعالى سمى القطع جزا والجزا ينبي عن الكفاية فلو ضم اليه الضمان لم يكن القطع كافيا
فلم يكن جزا تعالى عن الخلف في الخبر والثاني انه جعل القطع كل الجزا لانه ذكره ولم يذكر غيره
فلو اوجبنا الضمان لصار القطع بعض الجزا فيكون نسخا لنص الكتاب واما السنة
فما روي عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا
قطع السارق فلا غرم عليه والغرم في اللغة ما يلزم اداوه وهذا نص في الباب واما
المعقول فمن وجهين احدهما بنا والاخر ابتدا اما وجه البنا فهو ان المضمونات عندنا
تملك باداء الضمان او اختياره من وقت الاخذ فلو ضمنا السارق قيمة المسروق او مثله
لملك المسروق من وقت الاخذ فيتبين انه قطع في ملك نفسه وذلك لا يجوز واما
وجه الابتدا فما قاله بعض مشايخنا وهو ان الضمان انما يجب باخذ مال معصوم تثبت
عصمته حقا للمالك لان الضمان مال معصوم تثبت عصمته حقا للمالك فيجب ان يكون
المضمون بهذه الصفة ليكون اعتدا بالمثل في ضمان العدوانات والمضمون حالة
السرقة خرج من ان يكون معصوما حقا للمالك بدلالة وجوب القطع ولو بقي معصوما
حقا للمالك لما اوجب اذ الثابت حقا للعبد يثبت لدفع حاجته وحاجة السارق كحاجة
المسروق منه فيتمكن فيه شبهة الاباحة وانها تمنع وجوب القطع والقطع واجب
فينتفي الضمان ضرورة الا انه وجب رد المسروق حالة قيامه لان وجوب الرد يقف
على الملك لا على العصمة الا ترى ان من غصب خمر مسلم يومر بالرد اليه لقيام ملكه فيها
ولو هلكت في يد الغاصب لا ضمان عليه لعدم العصمة فلم يكن من ضرورة سقوط
العصمة الثابتة حقا للعبد بزوال ملكه عن المحل وها هنا الملك قايم فيومر بالرد اليه
والعصمة ظلت زايلة فلا يكون مضمونا بالهلاك وتخرج على هذا الاصل مسايل اذا استهلك
السارق المسروق بعد القطع لا يضمن في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة
انه يضمن وجه هذه الرواية ان المسروق بعد القطع بقي على ملك المسروق منه الا
ترى انه يجب رده على المالك وقبض السارق ليس بقبض مضمون فكان المسروق في يده
بمنزلة الامانة فاذا استهلكها ضمن وجه ظاهر الرواية ان عصمة المحل الثابتة
حقا للمالك قد سقطت في حق السارق لضرورة امكان ايجاب القطع فلا تعود الا بالرد
الى المالك فلم يكن معصوما قبله فلا يكون مضمونا ولو استهلكه رجل اخر يضمنه لان
العصمة انما سقطت في حق السارق لا في حق غيره فيضمن ولو سقط القطع بشبهة ضمن
لان المانع من الضمان هو القطع وقد زال المانع ولو باع السارق المسروق من انسان
او ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قايما فلصاحبه ان ياخذه لانه عين ملكه وللماخوذ
ان يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق
في عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته ليوجب ذلك ملك المسروق
للسارق وان كان هلك في يده فلا ضمان على السارق ولا على القابض هكذا روي عن ابي
يوسف اما السارق فلان القطع ينفي الضمان واما المشتري فلانه لو ضمنه المالك
لكان له ان يرجع بالضمان على السارق فيصير كان المالك ضمن السارق وقطعه ينفي

الضمان عليه وان كان استهلكه القابض كان للمالك ان يضمنه القيمة لانه قبض ماله
بغير اذنه وهلك في يده وللمشتري ان يرجع على السارق بالثمن لان الرجوع بالثمن ليس
بتضمين ولو اغتصبه انسان من السارق فهلك بعد القطع فلا ضمان للسارق ولا
للمسروق منه اما السارق فلانه ليس بمالك واما المالك فلان العصمة الثابتة حقا
له قد بطلت قال القدوري فكان للمولى ان يضمن الغاصب لانه لو ضمن لا يرجع بالضمان
على السارق وعلى هذا يخرج ما اذا سرق ثوبا فخرقه في الدار خرقا فاحشا ثم اخرجه
وهو يساوي عشرة دراهم لا يقطع لان الخرق الفاحش سبب لوجوب الضمان وانه
يوجب ملك المضمون وذلك يمنع القطع وان خرقه عرضا تقدم الاختلاف فيه
والله اعلم ومنها ان يجري فيه التداخل حتى لو انه سرق سرقات فرفع فيها كلها فقطع
او رفع في بعضها فقطع فيها يقطع فالقطع للسرقات كلها ولا يقطع في شي منها بعد ذلك
لان اسباب الحدود اذا اجتمعت وانها من جنس واحد يكتفي فيها بحد واحد كما في الزنا
وهذا لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر والرد وذلك يحصل باقامة الواحد
فكان في اقامة الثاني والثالث شبهة عدم الفايدة فلا يقام ولهذا اكتفي في باب الزنا
بالاقامة لاول حد كذا هذا ولان محل الاقامة قد فات اذ محلها اليد اليمنى لان كل سرقة
وجدت ما اوجبت الا قطع اليد اليمنى فاذا قطعت في واحد منها فقد فات محل الاقامة
وصار كما لو ذهبت اليد اليمنى بافة سماوية واما حكم الضمان فلا خلاف بين اصحابنا
في انه اذا حضر اصحاب السرقات وخاصموا فيها فقطعوا بمخاصمتهم انه لا ضمان على
السارق في السرقات كلها لان مخاصمة المسروق منه بالقطع بمنزلة الابراء عن الضمان
عندنا فاذا خاصموا جميعا فكانهم ابراوا واما اذا خاصم واحد في سرقة فقطع فلا
ضمان على السارق فيما خوصم باجماع بين اصحابنا واما فيما لم يخاصم فيه فقد اختلفوا
قال ابو حنيفة لا ضمان عليه في شي من السرقات خاصموا او لم يخاصموا وقال ابو
يوسف ومحمد يضمن في السرقات كلها الا فيما خوصم وجه قولهما ان المسروق منه
مخير بين ان يدعي المال ليستوفي حقه وهو الضمان وبين ان يدعي السرقة ليستوفي
حق الله تعالى وهو القطع ولا ضمان له فكان سقوط الضمان مبنيا على دعوى السرقة
والخصومة فيها فمن خاصم منهم فقد وجد منه ما يوجب سقوط الضمان ومن لم
يخاصم لم يوجد منه المسقط له فبقي حقه في الضمان كما كان ولابي حنيفة ان النافي
للضمان هو القطع والقطع وقع للسرقات كلها فينفي الضمان في السرقات كلها هذا
اذا كان المسروق هالكا اما اذا كان قايما رد كل مسروق الى صاحبه لان القطع ينفي
الضمان لا الرد • ومنها انه لا يحتمل العفو حتى لو امر الامام بقطع السارق فعفى عنه
المسروق منه كان عفوه باطلا لان صحة العفو تعتمد كون المعفو عنه حقا للعافي
والقطع خالص الله تعالى لا حق العبد فيه فلا يصح عفوه والله اعلم • واما محل اقامة
هذا الحكم فالكلام فيه في موضعين • احدهما في بيان اصل المحل ومراعاة الترتيب
فيه • والثاني في بيان موضع اقامة الحكم منه • اما الاول فاصل المحل عند اصحابنا
طرفان فقط وهما اليد اليمنى والرجل اليسرى فتقطع اليد اليمنى في السرقة
الاولى وتقطع الرجل اليسرى في السرقة الثانية ولا يقطع بعد ذلك اصلا
ولكنه يضمن السرقة ويعزر ويحبس حتى يحدث توبة عندنا وعند الشافعي
الاطراف الاربعة محل القطع على الترتيب فتقطع اليد اليمنى في المرة الاولى

ونقطع

وتقطع الرجل اليسرى في المرة الثانية وتقطع اليد اليسرى في المرة الثالثة
وتقطع الرجل اليمنى في المرة الرابعة احتج الشافعي بقوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما والايدي اسم جمع والاثنان فما فوقهما جماعة على لسان رسول
الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى ان تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما وان لم
يكن لكل واحد الا قلب واحد الا ان الترتيب في قطع الايدي بدليل اخر وهذا لا يخرج اليد
اليسرى من ان تكون محلا للقطع في الجملة وروي ان ابا بكر رضي الله عنه قطع سارق حلي
اسما وكان اقطع اليد والرجل ولنا ما روي ان عليا رضي الله عنه اتي بسارق اتي بسارق
فقطع يده ثم اتي به الثانية قد سرق فقطع رجله ثم اتي به الثالثة فقال لا اقطعه
ان قطعت يده باي شي ياكل باي شي يتمسح وان قطعت رجله باي شي يمشي اني لاستحيي من
الله تعالى فضربه بخشبه وحبسه وروي ان عمر رضي الله عنه اتي بسارق اقطع
والرجل قد سرق يقال له سدوم فاراد ان يقطعه فقال له علي رضي الله عنه
انما عليه قطع يد ورجل فحبسه عمر ولم يقطعه فعمر وعلي رضي الله عنهما لم يزيدا
في القطع على قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله
عنهم ولنا ايضا دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع فهي انا اجمعنا على ان
اليد اليمنى اذا كانت مقطوعة لا يعدل الى اليسرى بل الى الرجل اليسرى
ولو كان لليد اليسرى مدخل لكان لا يعدل الا اليها لانها منصوص عليها ولا
يعدل عن المنصوص عليه الى غيره فدل العدول الى الرجل اليسرى لا اليها على انه لا مدخل
لها في القطع بالسرقة اصلا وهذا النوع من الاستدلال ذكره الكرخي واما المعقول
فهو ان قطع اليد اليسرى تفويت جنس منفعة من منافع النفس اصلا وهي منفعة البطش
لانها تفويت بقطع اليد اليسرى بعد قطع اليد اليمنى فتصير النفس في حق هذه
المنفعة هالكة فكان قطع اليد اليسرى اهلاك النفس من وجه وكذا قطع الرجل
اليمنى وقطع الرجل اليسرى تفويت منفعة الجنس لان منفعة المشي تفوت
بالكلية فكان قطع الرجل اليمنى اهلاك النفس من وجه لان الثابت من وجه ملحق
بالثابت من كل وجه في الحدود احتياطا ولا حجة له في الاية لان عبد الله بن مسعود رضي
الله عنه قرا فاقطعوا ايمانهما ولا يظن بمثله ان يقرا ذلك من تلقا نفسه بل سماعا
من رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجت قراته مخرج التفسير لمبهم الكتاب وهكذا
روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما في قوله فاقطعوا ~~ايمانهما~~ ايديهما انه قال
ايمانهما وهكذا روي عن الحسن وابراهيم واما حديث الاقطع فقد روى الزهري
في الموطا عن عايشة رضي الله عنها انها انما كان الذي سرق حلي اسما اقطع اليمنى
فقطع ابو بكر رجله اليسرى وكانت تنكر ان يكون اقطع اليد والرجل ثم انما تقطع
اليد اليمنى في الكرة الاولى اذا كانت اليسرى صحيحة يمكنه ان ينتفع بها بعد قطع
البد صح
اليد اليمنى والرجل اليمنى يمكنه ان ينتفع بها بعد قطع اليد اليمنى فان كانت
اليد اليسرى مقطوعة او شلا او مقطوعة الابهام او اصبعين سوى الابهام
لا يقطع اليد اليمنى لان القطع شرع زاجرا لا مهلكا فاذا لم تكن اليد اليسرى
يمكن الانتفاع بها فقطع اليد اليمنى يقع تفويتا لجنس المنفعة وهي منفعة البطش
اصلا فيقع اهلاكا للنفس من وجه فلا يقطع ولا يقطع رجله اليسرى ايضا لانها
تذهب احد الشقين على الكمال فتهلك النفس من وجه ولو كانت اليد اليسرى مقطوعة

اصبع واحدة سوي الابهام تقطع يده اليمني لان القطع لا يتضمن فوات جنس المنفعة
وكذا ان كانت الرجل اليمني مقطوعة او شلا او بها عرج يمنع المشي عليها لا تقطع اليد
اليمني لما فيها من فوات الشق ولا رجله اليسري وان كانت صحيحة لانه يبقي بلا رجلين
فيفوت جنس المنفعة ولو كانت رجله اليسري مقطوعة الاصابع كلها فان كان يستطيع
القيام والمشي عليها تقطع رجله اليسري يده اليمني لان الجنس لا يفوت وان كان لا يستطيع
لا يقطع لفوات الشق ولو كانت يداه صحيحتان ولكن رجله اليسري مقطوعة او شلا
او مقطوعة الابهام او الاصابع تقطع يده اليمني لان جنس المنفعة لا يفوت ولا فيه
فوات الشق ولو سرق ويمناه شلا او مقطوعة الابهام او الاصابع تقطع لقوله
تعالي فاقطعوا ايديهما اي ايمانهما من غير فصل بين يمين ويمين ولانها لو كانت سليمة
تقطع فالناقصة المعيبة اولي بالقطع ثم فرق بين القطع في السرقة وبين الاعتاق
في الكفارة حيث جعل فوات اصبعين سوي الابهام من اليد اليسري نقصانا مانعا
من قطع اليد اليمني ولم يجعل فوات اصبعين نقصانا مانعا من جواز الاعتاق
ما لم يكن ثلاثا ووجه الفرق ان القطع حد فهذا القدر من النقصان يورث
شبهة بخلاف العتق والله اعلم ◦ ولو قال الحاكم للحداد اقطع يد السارق فقطع اليد
اليسري فهذا علي وجهين اما ان قال له اقطع يده مطلقا واما ان قال فيده فقال
اقطع يده اليمني فان اطلق فقال له اقطع يده فقطع اليسري لا ضمان عليه بالحال
لانه فعل ما امر به حيث امره بقطع اليد وقد قطع اليد وان قيد فقال اقطع يده
اليمني فقطع اليسري فان اخرج السارق يده وقال هذا هو اليمني فلا ضمان عليه
ايضا لانه قطع بامره فلا يضمن كمن قال لاخر اقطع يدي فقطع لا ضمان عليه كذا هذا
وان لم يخرج السارق يده ولم يقل ذلك ولكنه قطع اليسري خطا لا ضمان عليه عند
اصحابنا الثلاثة وعند زفر يضمن لان الخطا في حقوق العباد ليس بعذر ولنا ان
هذا خطا في الاجتهاد لانه اقام اليسار مقام اليمين باجتهاده متمسكا بظاهر
قوله تعالي فاقطعوا ايديهما من غير فصل بين اليمين واليسار فكان هذا خطا من
المجتهد في الاجتهاد وانه موضوع وموضوع المسلة في هذا الخطا لا فيما اذا اخطا
فظن اليسار يمينا مع اعتقاد وجوب قطع اليمين معا ان عند ابي حنيفة لا يضمن
هناك ايضا علي ما نبين وان قطع اليسري عمدا لا ضمان عليه عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد يضمن لهما انه تعمد الظلم باقامة اليسار مقام اليمين
فلم يكن معذورا فيضمن ولابي حنيفة انه اتلف واخلف خيرا مما اتلف فلا يضمن
كرجلين شهدا علي رجل ببيع عبد قيمته الف بالفين ثم رجعا انهما لا يضمنان لما قلنا
كذا هذا وانما قلنا انه اخلف خيرا مما اتلف لانه قطع اليسري فقد سلمت له اليمني
لانها لا تقطع بعد ذلك لانه لا يوتي علي اطرافه الاربعة واليمني خير من اليسري
ثم علي قول ابي حنيفة هل يكون هذا القطع وهو قطع اليسري قطعا من السرقة
حتي اذا هلك المال في يد السارق او استهلكه لا يضمن او لا يكون من السرقة
حتي يضمن اختلف المشايخ قال بعضهم يكون وقال بعضهم لا يكون هذا كله
اذا قطع الحداد بامر الحاكم فاما الاجنبي اذا قطع يده اليسري فان كان خطا تجب
الدية وان كان عمدا يجب القصاص وسقط عنه القطع في اليمني لانه لو قطع
يودي الي اهلاك النفس من وجه علي ما بينا ويرد عليه المسروق ان كان قايما

وعليه

وعليه ضمانه في الهلاك لان المانع من الضمان هو القطع وقد سقط ولو وجب عليه
القطع اليد اليمني في السرقة فلم يقطع حتي اقطع فاقطع يمينه فهذا علي وجهين اما
ان يكون قبل الخصومة واما ان يكون بعدها فان كان قبل الخصومة فعلي قاطعه
القصاص ان كان عمدا والارش ان كان خطا ويقطع رجله اليسري في السرقة كانه سرق
ولا يمين له وان كان بعد الخصومة فان كان قبل القضا فكذلك الجواب الا ان هاهنا
لا يقطع رجله اليسري لانه لما خوصم كان الواجب في اليمين وقد فات فسقط الواجب
كما لو ذهبت بافة سماوية وان كان بعد القضا فلا ضمان علي القاطع لانه احتسب
لاقامة حد من حدود الله تعالي وكان قطعه عن السرقة حتي لا يجب الضمان علي السارق فيما
هلك من مال السرقة في يده او استهلكه والله اعلم ◦ واما الموضع الذي يقطع من
اليد اليمني فهو مفصل الزند عند عامة العلما وقال بعضهم يقطع الاصابع وقال
الخوارج يقطع من المنكب لظاهر قوله تعالي فاقطعوا ايديهما واليد اسم لهذه
الجملة والصحيح قولنا لما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قطع يد السارق من
مفصل الزند فكان فعله بيانا للمراد بالاية كانه نص فقال فاقطعوا ايديهما من مفصل
الزند وعليه عمل الامة من لدن رسول الله صلي الله عليه وسلم الي يومنا هذا والله
الموفق للصواب واما بيان من يقيم هذا الحكم فالذي يقيمه الامام او من ولاه
الامام لان هذا حد والمتولي لاقامة الحدود الايمة او من ولوهم من القضاة والحكام
وهذا عندنا وقال الشافعي المولي يملك اقامة الحد علي مملوكه والكلام في هذا الفصل
نستوفيه في كتاب الحدود ان شا الله تعالي ◦ واما بيان ما يسقط القطع بعد وجوبه
فنقول ما يسقطه بعد وجوبه انواع ◦ منها تكذيب المسروق منه السارق
في اقراره بالسرقة بان يقول له لم تسرق مني ◦ ومنها تكذيبه البينة بان يقول
شهد شهودي بزور لانه اذا كذب فقد بطل الاقرار والشهادة فسقط القطع
ومنها رجوع السارق عن الاقرار بالسرقة فلا يقطع ويضمن لان الرجوع يقبل
في الحدود ولا يقبل في المال لانه يورث شبهة في الاقرار والحد يسقط بالشبهة
ولا يسقط المال رجلان اقرا بسرقة ثوب يساوي مائة درهم ثم قال احدهما
الثوب ثوبنا لم نسرقه وقال الاخر هذا الي درئ القطع عنهما لانهما لما اقرا بالسرقة
فقد ثبتت الشركة بينهما في السرقة ثم لما انكر احدهما فقد رجع عن اقراره
فبطل الحد عنه برجوعه فاورث شبهة في حق الشريك لاتحاد السرقة ولو قال
احدهما سرقنا هذا الثوب من فلان فكذبه الاخر وقال كذبت لم نسرقه قطع
المقر وحده في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف لا يقطع واحد منهما وجه قول
ابي يوسف انه اقر بسرقة واحدة منهما علي الشركة فاذا لم يثبت في حق شريكه
بانكاره يوثر ذلك في حق صاحبه ضرورة اتحاد السرقة وهذا بخلاف ما اذا اقر
بالزنا بامراة فانكرت انه يحد الرجل علي اصله لان انكار المراة لا يوثر في اقرار
الرجل اذ ليس من ضرورة عدم الزنا في جانبها عدمه من جانبه كما لو زنا بصبية
او مجنونة بخلاف الاقرار بالسرقة لان ذلك وجد من احدهما علي وجه الشركة
فعدم السرقة من احدهما يوثر في حق الاخر وجه قول ابي حنيفة ان اقراره
بالشركة في السرقة اقرار بوجود السرقة من كل واحد منهما الا انه لما انكر صاحبه
السرقة لم يثبت منه فعل السرقة وعدم الفعل منه لا يوثر في وجود الفعل

المال هم

من صاحبه فبقي اقرار صاحبه على نفسه بالسرقة فيوخذ بخلاف اقرار الرجل على نفسه
بالزنا بامراة وهي تجحد انه لا يجب الحد على الرجل على اصله لان الزنا لا يقوم الا بالرجل
والمراة فاذا انكرت لم يثبت منها فلا يتصور الوجود من الرجل بخلاف الاقرار بالسرقة
على مابينا والله اعلم ومنها رد السارق المسروق الى المالك قبل المرافعة عند
ابي حنيفة ومحمد واحدي الروايتين عن ابي يوسف وروي عن ابي يوسف انه لا
يسقط ولا خلاف في ان الرد بعد المرافعة لا يسقط القطع وجه رواية ابي يوسف
ان السرقة حين وجودها انعقدت موجبة للقطع ورد المسروق بعد ذلك لا
يخل بالسرقة الموجودة فلا يسقط القطع الواجب كما لو رده بعد المرافعة ولهما
ان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع لما بينا فيما تقدم ولما رد المسروق
على المالك فقد بطلت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لان الشرط وجود الخصومة
لا بقاوها وقد وجدت . ومنها ملك السارق المسروق قبل القضا نحو ما اذا وهب
المسروق منه المسروق من السارق وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلوا اما ان وهبه
قبل القضا واما ان وهبه بعد القضا قبل الامضا فان وهبه قبل القضا يسقط
القطع بلا خلاف وان وهبه بعد القضا قبل الامضا يسقط عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف لا يسقط وهو قول الشافعي واحتج ابو يوسف ان سارق ردا
صفوان اخذ فاتي به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فامر عليه السلام ان تقطع
يده فقال صفوان يا رسول الله اني لم ارد هذا هو عليه صدقة فقال عليه السلام
فهلا قبل ان تاتيني به فدل ان الهبة قبل القضا يسقط القطع وبعده لا يسقط
ولان وجوب القطع حكم معلق بوجود السرقة وقد تمت السرقة ووقعت موجبة
للقطع لاستجماع شرايط الوجوب فطريان الملك بعد ذلك لا يوجب خللا في السرقة
الموجودة فيبقي القطع واجبا كما كان كما لو رد المسروق على المالك بعد القضا بخلاف
ما قبل القضا لان الخصومة شرط ظهور السرقة الموجبة للقطع عند القاضي وقد
بطل حق الخصومة وجه قولهما ان القبض شرط ثبوت الملك في الهبة والملك في الهبة
يثبت من وقت القبض فيظهر الملك له من ذلك الوقت من كل وجه او من وجه
وكون المسروق ملكا للسارق على الحقيقة او الشبهة يمنع من القطع ولهذا لم يقطع
قبل القضا فكذلك بعده ولان القضا في باب الحدود امضاوها فما لم تمض فكانه
لم يقض الا ترى انه لا يقطع فكذلك اذا لم تمض ولان الطاري في باب الحدود ملحق
بالمقارن اذا كان الالحاق اسقاط وهاهنا اسقاط الحد فيلحق به واما الحديث
فلا حجة له فيه لان المروي قوله هو عليه صدقة وقوله هو يحتمل انه اراد به
المسروق ويحتمل انه اراد به القطع وهبة القطع لا تسقط الحد يدل عليه انه
روي في بعض الروايات انه قال وهبت القطع وكذا يحتمل انه تصدق عليه
بالمسروق او وهبه منه ولكنه لم يقبضه والقطع انما يسقط بالهبة مع القبض
وعلى هذا اذا باع المسروق من السارق قبل القضا او بعده على الاتفاق والاختلاف
ولو زني بامراة ثم تزوجها لا يسقط الحد لان الملك الثابت بالنكاح لا يحتمل
الاستناد الى وقت الوطي فلا تثبت الشبهة في الزنا فيحد واما حكم السقوط
بعد الثبوت وعدم الثبوت لمانع وهو الشبهة وغيرها فدخول المسروق
في ضمان السارق حتي لو هلك في يده بنفسه او استهلكه السارق يضمن لان

المانع

المانع من الضمان هو القطع فاذا سقط القطع زال المانع فيضمن والله اعلم والثاني
وجوب رد عين المسروق على صاحبه اذا كان قايما بعينه وجملة الكلام فيه
ان المسروق في يد السارق لا يخلوا اما ان كان على حاله لم يتغير واما ان احدث
السارق فيه حدثا فان كان على حاله رده على المالك لما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال على اليد ما اخذت حتي ترد وروي عنه عليه السلام
انه قال من وجد عين ماله فهو احق به وروي انه عليه السلام رد ردا صفوان
عليه وقطع السارق فيه وكذلك ان كان السارق قد ملك المسروق ببيع
او هبة او صدقة او تزوج امراة عليه او كان السارق امراة فاختلعت
من نفسها به وهو قايم في يدي المالك فلصاحبه ان ياخذه لانه ملكه اذ السرقة
لا توجب زوال الملك عن العين المسروقة فكان تمليك السارق باطلا
ويرجع المشتري على السارق بالثمن الذي اشتراه به لما مر وان كان هلك
في يدي القابض وكان البيع قبل القطع او بعده فلا ضمان لا على السارق ولا
على القابض لما بينا فيما تقدم وان احدث السارق فيها حدثا لا يوجب النقصان
لا يخلوا اما ان احدث حدثا اوجب النقصان واما ان احدث حدثا اوجب
حدثا اوجب الزيادة فان احدث حدثا يوجب النقصان نقطع ويرد العين
على المالك وليس عليه ضمان النقصان لان نقصان المسروق هلاك
بعضه ولو هلك كله يقطع ولا ضمان عليه كذا اذا هلك البعض ويرد العين
لان القطع لا يمنع الرد الا ترى انه لا يمنع رد الكل فكذا البعض وان احدث
حدثا اوجب الزيادة فالاصل في هذا ان السارق اذا احدث في المسروق
حدثا لو احدثه الغاصب في المغصوب لا يقطع حق المالك ينقطع حق المسروق
منه والا فلا الا ان في باب الغصب يضمن الغاصب للمالك مثل المغصوب
او قيمته وهاهنا لا يضمن السارق لمانع وهو القطع اذا عرف هذا فنقول
اذا قطع الثوب المسروق وخاطه قميصا انقطع حق المالك لانه لو فعله الغاصب
لا يقطع حق المغصوب منه كذا اذا فعله السارق ولا ضمان على السارق لما بينا
ولو صبغه احمر او اصفر فكذلك لا سبيل للمالك على العين المسروقة
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ياخذ المالك الثوب ويعطيه ما
زاد الصبغ وجه قولهما انه لو وجد هذا من الغاصب لتخير المالك بين ان
يضمن الغاصب قيمة الثوب وبين ان ياخذ الثوب ويعطيه ما زاد الصبغ
فيه اذ الصبغ والسرقة لا يختلفان في هذا الباب الا الضمان ولابي حنيفة
رحمه الله الفرق بين الغصب والسرقة هاهنا وهو ان حق المغصوب انما
لم ينقطع عن الثوب بالصبغ لان اصل الثوب ملكه وهو متقوم وللغاصب
فيه حق متقوم ايضا الا انا اثبتنا الخيار للمالك لا للغاصب لان المالك
صاحب اصل والغاصب صاحب وصف وهاهنا حق السارق في الصبغ
متقوم وحق المالك في الثوب ليس بمتقوم في حق السارق لاجل القطع الا ترى
انه لو اتلفه السارق لا ضمان عليه فاعتبر حق السارق وجعل حق المالك
في الاصل تبعا لحقه في الوصف وتعذر تضمينه لضرورة القطع فيكون
مجانا ولكن لا يحل له ان ينتفع بهذا الثوب بوجه من الوجوه كذا قال ابو حنيفة

رحمه الله لان الثوب على ملك المسروق منه الا انه تعذر رده وتضمينه في الحكم والقضا
لما لم يملكه السارق لا يحل له الا انتفاع به لانه ملكه بوجه محظور من غير بدل
لتعذر ايجاب الضمان فلا يباح له الانتفاع به ويجوز ان يصير مال انسان في يد
غيره على وجه يخرج من ان يكون واجب الرد والضمان اليه من طريق الحكم والقضا
لكن لا يحل له الانتفاع به فيما بينه وبين الله تعالى كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان
فاخذ شيا من اموالهم لا يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى
وكذا الباغي اذا اتلف مال العادل ثم تاب لا يحكم عليه بالضمان ويفتي به فيما
بينه وبين الله تعالى وكذلك الحربي اذا اتلف شيا من مالنا ثم اسلم لا يحكم عليه
بالرد ويفتي بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذا السارق اذا استهلك المسروق
لا يقضي عليه بالضمان ولكن يفتي به فيما بينه وبين الله تعالى وكذا قاطع الطريق
اذا قتل انسانا بعصا ثم جا تايبا بطل عنه الحد ويومر بادا الدية الى ولي
القتيل ولو قتل حربي مسلما بعصا ثم اسلم لا يفتي بدفع الدية الى الولي بخلاف
الباغي وقاطع الطريق والفرق ان القتل من الحربي لم يقع سببا لوجوب الضمان
لان عصمة المقتول لم تظهر في حقه فلا يجب بالاسلام لانه يجب ما قبله قال الله
تعالى قل للذين كفروا ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف بخلاف قاطع الطريق لان
فعله وقع سببا لوجوب الضمان الا انه لا يحكم بالضمان لمانع وهو ضرورة اقامة
الحد الا ان الحد اذا لم يجب لشبهة حكم بالضمان فيظهر اثر المانع في الحكم ٥
والقضا لا في الفتوي وكذا فعل الباغي وقع سببا لوجوب الضمان لكن لم يحكم
بالوجوب لمانع وهو عدم الفايدة لقيام المنعة وهذا المانع يخص الحكم والقضا
فكان الوجوب ثابتا عند الله تعالى فيفتي به وعلى هذا يخرج نقرة فضة فضربها
دراهم انه يقطع والدراهم ترد على صاحبها في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد ينقطع حق المالك عن الدراهم بنا على ان بهذا الصنع لا ينقطع حق المالك
في باب الغصب عنده وعندهما ينقطع ولو سرق حديدا او صفرا او نحاسا
او ما اشبه ذلك فضربها اواني ينظر ان كان بعد الصناعة والضرب تباع
وزنا فهو على الاختلاف الذي ذكرنا وان كان يباع عددا ينقطع حق المالك بالاجماع
كما في الغصب وعلى هذا اذا سرق حنطة فطحنها وغير ذلك من هذا الجنس وقد
ذكرنا جملة ذلك في كتاب الغصب والله الموفق للصواب

كتاب قطاع الطريق

الكلام في هذا الكتاب على نحو الكلام في كتاب السرقة
وذلك في اربعة مواضع • في بيان ركن قطع الطريق • وفي بيان شرايط الركن •
وفي بيان ما يظهر به قطع الطريق عند القاضي • وفي بيان حكم قطع الطريق •

فصل اما ركنه فهو الخروج عن المارة لاجل اخذ المال على سبيل المغالبة على وجه
يمتنع المارة عن المرور وينقطع الطريق سوا كان القطع من جماعة او من واحد بعد
ان يكون له قوة القطع وسوا كان القطع بسلاح او غيره من العصا والحجر والخشب
ونحوها لان انقطاع الطريق يحصل بكل من ذلك وسوا كان بمباشرة الكل او التسبيب
من البعض بالاعانة والاخذ لان القطع يحصل بالكل كما في السرقة ولان هذا من عادة
القطاع اعني المباشرة من البعض والاعانة من البعض بالتشمير للدفع فلو لم
يلحق التسبيب بالمباشرة في وجوب الحد لادي ذلك الى انفتاح باب قطع الطريق

والنسداد

والنسداد حكمه وانه قبيح ولهذا الحق التسبيب بالمباشرة فكذا هذا والله اعلم

فصل واما الشرايط فانواع • بعضها يرجع الى القاطع خاصة • وبعضها يرجع الى
المقطوع عليه خاصة • وبعضها يرجع اليهما • وبعضها يرجع الى المقطوع له
وبعضها الى المقطوع فيه • اما الذي يرجع الى القاطع خاصة فانواع • منها
ان يكون عاقلا • ومنها ان يكون بالغا فان كان صبيا او مجنونا فلا حد عليهما لان الحد
عقوبة فيستدعي جناية وفعل المجنون والصبي لا يوصف بكونه جناية ولهذا لم يتعلق
به القطع في السرقة كذا هذا ولو كان في القطاع صبي او مجنون فلا حد على احد في
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف ان كان الصبي هو الذي يلي
القطع فكذلك وان كان غيره حد العقلا البالغين وقد ذكرنا المسلة في كتاب
السرقة • ومنها الذكورة في ظاهر الرواية حتي لو كان في القطاع امراة فوليت القتال
واخذت المال دون الرجال لا يقام الحد عليها في الرواية المشهورة وذكر الطحاوي
وقال النسا والرجال في قطع الطريق سوا وعلى قياس قوله يقام الحد عليها وعلى الرجال
وجه ما ذكره الطحاوي ان هذا حد يستوي في وجوبه الذكر والانثي كساير الحدود
ولان الحد ان كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه الذكورة والانثي كساير الحدود
ولان الحد ان كان هو القطع فلا يشترط في وجوبه الذكورة كحد السرقة وان كان
هو القتل فكذلك كحد الزنا وهو الرجم اذا كانت محصنة وجه الرواية المشهورة
ان ركن القطع وهو الخروج على المارة على وجه المحاربة والمغالبة لا يتحقق من
النسا عادة لرقة قلوبهن وضعف بنيتهن فلا يكن من اهل الحراب ولهذا لا
يقتلن في دار الحرب بخلاف السرقة لانها اخذ المال على وجه الاستخفا ومسارقة
الاعين والانوثة لا تمنع من ذلك وكذا اسباب ساير الحدود يتحقق من
النسا كما يتحقق من الرجال واما الرجال الذين معها فلا يقام عليهم الحد في
قول ابي حنيفة ومحمد سوا باشروا معها او لم يباشروا فرق ابو يوسف
بين الصبي وبين المراة حيث قال اذا باشر الصبي لا يوخذ على من لم
يباشر من العقلا البالغين واذا باشرت المراة يحد الرجال ووجه
الفرق له ان امتناع الوجوب على المراة ليس لعدم الاهلية لانها من اهل
التكليف الا تري انه يتعلق ساير الحدود بفعلها بل لعدم المحاربة منها او نقصانها
عادة وهذا لم يوجد في الرجال ولا يمتنع وجوب الحد عليهم وامتناع الوجوب
على الصبي لعدم اهلية الوجوب لانه ليس من اهل الايجاب عليه ولهذا لم
يجب عليه كساير الحدود فاذا انتفي الوجوب عليه وهو اصل امتنع التبع
ضرورة وجه قولهما ان سبب الوجوب شي واحد وهو قطع الطريق وقد حصل
ممن يجب عليه وممن لا يجب عليه فلا يجب اصلا كما اذا كان فيهم صبي او مجنون
واما الحرية فليست بشرط لعموم قوله تعالى انما جزا الذين يحاربون الله ٥
ورسوله ويسعون في الارض الاية من غير فصل بين الحر والعبد وهو لان
الركن وهو قطع الطريق يتحقق من العبد حسب تحققه من الحر فيلزمه حكمه
كما يلزم الحر وكذلك الاسلام لما قلنا

فصل واما الذي الى المقطوع عليه خاصة
فنوعان احدهما ان يكون مسلما او ذميا فان كان حربيا مستامنا لا حد على القاطع
لان مال الحربي المستامن ليس بمعصوم مطلق بل في عصمته شبهة العدم لانه من

اهل دار الحرب وانما استفاد العصمة بعارض الامان موقتة الي غاية العود الي
دار الحرب فكان في عصمته شبهة الاباحة فلا يتعلق الحد بالقطع عليه كما لا يتعلق
بسرقة ماله بخلاف الذمي لان عقد الذمة افاد له عصمة ماله علي التابيد فيتعلق
الحد باخذه كما يتعلق بسرقته والثاني ان تكون يده صحيحة بان كانت يد ملك او يد
امانة او يد ضمان فان لم تكن صحيحة كيد السارق فلا حد علي القاطع كما لا حد علي السارق علي
ما مر في كتاب السرقة فصل واما الذي اليهما جميعا واحد وهو ان لا يكون في القطاع
ذو رحم محرم من احد من المقطوع عليهم فان كان لا يجب الحد فان ثمة لان بينهما تبسطا
في المال والحرز لوجود الاذن عادة فقد اخذ مالا لم يحرزه عنه الحرز المبني في
الحضر ولا السلطان الجاري في السفر فاورث ذلك شبهة في الاجانب لاتحاد السبب
وهو قطع الطريق وكان الجصاص يقول جواب الكتاب محمول علي ما اذا كان الماخوذ
مشتركا بين المقطوع عليهم وفي القطاع من هو ذو رحم محرم من احدهم فاما اذا كان
لكل واحد منهم مال مفرز يجب الحد علي الباقين وجواب الكتاب مطلق عن هذا
التفصيل فصل واما الذي يرجع الي المقطوع فما ذكرنا في كتاب السرقة
وهو ان يكون الماخوذ مالا متقوما معصوما ليس لاحد فيه حق الاخذ ولا تاويل
التناول ولا تهمة التناول مملوكا لا ملك فيه للقاطع ولا تاويل الملك ولا شبهة
الملك محرزا مطلقا بالحافظ ليس فيه شبهة العدم نصابا كاملا عشرة دراهم
او مقدرا بها حتي لو كان المال الماخوذ لا يصيب كل واحد من القطاع عشرة
لا حد علي احد وقد ذكرنا دلايل هذه الشرايط والمسايل التي تخرج عليها في كتاب
السرقة وشرط الحسن بن زياد في نصاب قطع الطريق ان يكون عشرة فصاعدا
وقال عيسي بن ابان ان قتلوا قتلوا وان كان ما اخذ كل واحد منهم اقل من عشرة
وجه قول الحسن ان الشرع قدر نصاب السرقة بالعشرة والواجب قطع طرف
واحد وها هنا يقطع طرفان فيشترط نصابان وذلك عشرون وجه قول
عيسي انا اجمعنا علي انهم لو قتلوا ولم ياخذ المال اصلا قتلوا فان اخذ واشيا من
المال وان قل اولي ان يقتلوا ولنا الفرق بين النوعين وهو انهم لما قتلوا ولم
ياخذ المال اصلا علم ان مقصودهم القتل لا المال والقتل جناية متكاملة في نفسها
فيجازي بعقوبة كاملة وهي القتل ولما اخذ والمال وقتلوا دل ان مقصودهم
المال وانما قتلوا ليتمكنوا من اخذ المال واخذ المال لا يتكامل جناية الا اذا كان
الماخوذ نصابا كما في السرقة والله اعلم فصل واما الذي يرجع الي المقطوع
فيه وهو المكان الحد فنوعان احدهما ان يكون قطع الطريق في دار الاسلام
وان كان في دار الحرب لا يجب الحد لان المتولي لاقامة الحد هو الامام وليس
له ولاية في دار الحرب فلا يقدر علي الاقامة فالسبب حين وجوده لم ينعقد
سببا للوجوب لعدم الولاية فلا يستوفيه في دار الاسلام ولهذا لا يستوفي
ساير الحدود في دار الاسلام اذا وجد اسبابها في دار الحرب كذا هنا والثاني
ان يكون في غير مصره ان كان في مصر لا يجب الحد سوا كان القطع نهارا او ليلا
وسوا كان بسلاح او غيره وهذا استحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد والقياس
ان يجب وهو قول ابي يوسف وجه القياس ان سبب الوجوب قد تحقق وهو قطع
الطريق فيجب الحد كما لو كان في غير مصر وجه الاستحسان ان القطع لا يحصل

بالتناول صح

بدون

بدون الانقطاع والطريق لا ينقطع في الامصار وفيما بين القري لان المارة لا تمتنع
عن المرور عادة فلم يوجد السبب وقيل انما اجاب ابو حنيفة علي ما شاهد في زمانه
لان اهل الامصار كانوا يحملون السلاح فالقطاع ما كانوا يتمكنون من مغالبتهم
في المصر والان ترك الناس هذه العادة فيمكنهم المغالبة فيجري عليهم الحد
وعلي هذا قال ابو حنيفة فيمن قطع الطريق بين الحيرة والكوفة انه لا يجري
عليه الحد لان الغوث كان يلحق هذا الموضع في زمانه لاتصاله بالمصر والان
صار ملحقا بالبرية فلا يلحق الغوث فيتحقق قطع الطريق والثالث ان يكون بينهم
وبين المصر مسيرة سفر فان كان اقل من ذلك لم يكونوا قطاعا وهذا علي قولهما
فاما علي قول ابي يوسف فليس بشرط ويكون قطاع الطريق والوجه ما بينا
فيجب الحد وروي عن ابي يوسف في قطاع الطريق في المصر قاتلوا نهارا بسلاح يقام
عليهم الحد وان خرجوا بخشب لهم لم يقم عليهم لان السلاح لم يلبث فلا يلحق الغوث
والخشب يلبث فالغوث يلحق وان قاتلوا ليلا بسلاح او خشب يقام عليهم الحد
لان الغوث قل ما يلحق بالليل فيستوي فيه السلاح وغيره والله اعلم ولو شهر علي رجل
سلاحا نهارا او ليلا في غير مصر او في مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شي عليه
وكذلك ان شهر عليه عصا ليلا في مصر او في غير مصر فقتله المشهور عليه يقتل
به والاصل في هذا ان من قصد قتل انسان لا يهدر دمه ولكن ينظر ان كان
المشهور عليه يمكنه دفعه عن نفسه بدون القتل لا يباح له القتل وان كان لا
يمكنه الدفع الا بالقتل يباح القتل لانه من ضرورات الدفع فاذا شهر عليه
سيفه يباح له ان يقتله لانه لا يقدر علي الدفع الا بالقتل الا تري انه لو استغاث
الناس لقتله قبل ان يلحقه الغوث اذ السلاح لا يلبث فكان القتل من ضرورات
الدفع فيباح قتله فاذا قتله فقد قتل شخصا مباح الدم فلا شي عليه وكذلك
اذا شهر عليه العصا ليلا لان الغوث لا يلحق بالليالي عادة سوا كان في المفازة ثم
او في المصر وان شهر عليه نهارا في المصر لا يباح قتله لانه يمكنه دفع شره بالاستغاثة
بالناس وان كان في المفازة يباح قتله لانه لا يمكنه الاستغاثة فلا يندفع شره
الا بالقتل فيباح له القتل وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة انه لو قصد قتله
بما لو قتله به لوجب عليه القصاص فقتله المقصود قتله لا يجب القصاص
لانه يباح قتله اذ لو لم يبح لقتله القاصد واذا قتله يقتل به قصاصا فكان فيه
اتلاف نفسين واذا ابيح قتله كان فيه اتلاف احدهما فكان اهون ولو قصد
قتله بما لو قتله به لكان لا يجب القصاص لا يباح للمقصود قتله ان يقتل القاصد
فان قتله يجب عليه القصاص لانه ليس في ترك الاباحة ها هنا ها هنا اتلاف
نفس فلا يباح فاذا قتله فقد قتل شخصا معلوم معصوم الدم علي الابد
فيجب القصاص والله اعلم فصل واما بيان ما يظهر به القطع عند القاضي فالذي
يظهر به البينة او الاقرار عقيب خصومة صحيحة ولا يظهر بعلم القاضي علي ما
ذكرنا في كتاب السرقة فصل واما حكم قطع الطريق فله حكمان احدهما يتعلق
بالنفس والاخر يتعلق بالمال اما الذي يتعلق بالنفس فهو وجوب الحد
والكلام في هذا الحكم في مواضع • في بيان اصل هذا الحكم • وفي بيان صفاته
وفي بيان محل اقامته • وفي بيان من يقيمه • وفي بيان ما يسقط بعد الوجوب

قطع صح

وفي بيان حكم السقوط بعد الوجوب او عدم الثبوت لمانع اما اصل الحكم الذي
يتعلق بالنفس فلا يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة انواع قطاع الطريق
لانه يختلف باختلاف انواعه فنقول وبالله التوفيق قطع الطريق اربعة انواع
اما ان يكون باخذ المال لاغير واما ان يكون بالقتل لاغير واما ان يكون بالتخويف
من غير اخذ ولا قتل فمن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن
قتل ولم ياخذ المال قتل ومن اخذ المال وقتل قال ابو حنيفة رحمه الله الامام
بالخيار ان شا قطع يده ورجله ثم قتله او صلبه وان شا لم يقطعه وقتله او صلبه
وقيل ان تفسير الجمع بين القطع والقتل عند ابي حنيفة هو ان يقطعه الامام
ولا يحسم موضع القطع بل يتركه حتى يموت وقال ابو يوسف ومحمد يقتل
ولا يقطع ومن اخاف ولم ياخذ مالا ولا قتل نفسا ينفي وقال مالك في قاطع
الطريق مخير بين الاجزية المذكورة والاصل فيه تعالى انما جزا الذين يحاربون
الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او تقطع
ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض احتج مالك بظاهر الاية وهو ان
الله تعالى ذكر الاجزية فيها بحرف او وانها للتخيير كما في كفارة اليمين وكفارة جزا
الصيد فيجب العمل بحقيقة هذا الحرف الا حيث قام الدليل بخلافها ولنا انه لا يمكن
اجرا الاية على ظاهر التخيير في مطلق المحارب لان الجزا على قدر الجناية يزداد
بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها هذا هو مقتضى العقل والسمع ايضا قال
الله تعالى وجزا سيئة سيئة مثلها فالتخيير في الجناية القاصرة بالجزا الذي هو جزا
في الجناية الكاملة وفي الجناية الكاملة بالجزا الذي هو جزا في الجناية القاصرة
خلاف المشروع يحقق ذلك ان الامة اجمعت على ان القاطع لو اخذ المال وقتل
لا يجازي بالنفي وحده وان كان ظاهر الاية يقتضي التخيير بين الاجزية الاربعة
الاربع دل انه لا يمكن العمل بظاهر التخيير على ان التخيير الوارد في الاحكام المختلفة
من حيث الصورة بحرف التخيير انما يجري على ظاهره اذا كان سبب الوجوب واحدا
كما في كفارة اليمين وكفارة جزا الصيد اما اذا كان مختلفا فيخرج مخرج بيان
الحكم لكل في نفسه كما في قوله تعالى قلنا يا ذا القرنين اما ان تعذب واما ان تتخذ
فيهم حسنا ان ذلك ليس للتخيير بين المذكورين بل لبيان الحكم لكل في نفسه
لاختلاف سبب الوجوب وتاويله اما ان تعذب من ظلم او تتخذ الحسن فيمن
امن وعمل صالحا الى الا ترى الى قوله اما من ظلم فسوف نعذبه الاية واما من امن
وعمل صالحا فله جزا الحسنى الاية وقطع الطريق متنوع في نفسه وان كان متحدا
من حيث الذات قد يكون باخذ المال وحده وقد يكون بالقتل لاغير وقد يكون
بالجمع بين الامرين وقد يكون بالتخويف لاغير فكان سبب الوجوب مختلفا ولا يحمل
على التخيير بل على بيان الحكم لكل نوع او يحتمل هذا ويحتمل ما ذكرتم فلا يكون مع الاحتمال
واذا لم يكن صرف الاية الى ظاهر التخيير في مطلق المحارب فاما ان يحمل على الترتيب
ويضمر في كل حكم مذكور نوع من الانواع قطع الطريق كانه قال انما جزا الذين
يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا ان اخذوا
المال وقتلوا او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ان اخذوا المال لاغير او ينفوا
من الارض ان اخافوا هكذا ذكر جبريل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما قطع ابو

بردة باصحابه الطريق على اناس جاوا يريدون الاسلام ان من قتل قتل ومن اخذ
المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن قتل واخذ المال صلب ومن جا
مسلما هدم الاسلام ما كان قبله من الشرك والى هذا التاويل يذهب عبد الله
ابن عباس وابراهيم النخعي رحمهم الله وان يعمل بظاهر التخيير بين الاجزية الثلاثة
لكن في محارب خاص وهو اخذ المال وقتل فكان العمل بظاهر التخيير على هذا الوجه
اقرب من ظاهر الاية لان الله تعالى جمع بين القتل والقطع في الذكر بقوله تعالى انما جزا الذين
يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا فالمحاربة هي القتل والفساد
في الارض هو قطع الطريق فاوجب اخذ الاجزية بما ذكر من الفعلين وفيه عمل
بحقيقة حرف التخيير وعمل بحقيقة ما اضيف اليه الجزا وهو ما ذكر من
المحاربة والسعي في الارض بالفساد فكان اقرب الى ظاهر الاية الى هذا التاويل
يذهب الحسن بن سعيد ابن المسيب ومجاهد وغيرهم ثم ابو يوسف ومحمد
اخذا بتاويل الاول وهو تاويل الترتيب في المحارب اذا اخذ المال وقتل لا انه
يقتل لاغير لان جبريل صلوات الله عليه ذكر لرسول الله صلى الله عليه وسلم
على ما مر وحد قطاع الطريق لم يعرف الا بهذا النص ولان اخذ المال والقتل
جناية واحدة وهي جناية قطع الطريق فلا يقابل الا بعقوبة واحدة والقتل
والقطع عقوبتان على انهما ان كانتا جنايتين يجب بكل واحدة منهما جزا عند
الانفراد حقا لله تعالى لكنهما اذا اجتمعتا يدخل ما دون النفس في النفس كالسارق
اذا زنى وهو محصن وكمن زنى وهو غير محصن ثم احصن فزنى انه يرجم لاغير
كذا ههنا ولانه لا فايدة في اقامة القطع لان ما هو المقصود من الحد وهو الزجر
وما هو غير مقصود به وهو التكفير يحصل بالقتل وحده فلا يفيد القطع فلا
يشرع وابو حنيفة رحمه الله اخذ بالتاويل الثاني وهو التخيير بين الاجزية
الثلاثة في المحارب الذي جمع بين اخذ المال والقتل وهو احق التاويلين
لما ذكرنا ان فيه عملا بحقيقة حرف التخيير وبحقيقة ما اضيف اليه الجزا
وهو المحاربة والسعي في الارض بالفساد فكان اقرب الى ظاهر الاية وانما
حكم اخذ المال وحده وحكم القتل وحده لا بهذه ولكن بحديث جبريل صلوات
الله عليه او غيره او بالاستدلال بحالة الاجتماع وهو انه لما وجب الجمع بين
الموجبين عند وجوب القطع يجب القول بافراد كل واحد منهما عند الانفراد
ويمكن ان يقال انه يقول في تاويل الاية بالترتيب فيوجب الصلب بظاهر
الاية والقطع بالاستدلال بحالة الانفراد انه يجب على كل واحد منهما
فعند الاجتماع يجب ان يجمع الا انه في بعض المواضع قام دليل اسقاط الاخف
ولم يقم ههنا بل قام دليل الوجوب لان مبنى هذا الباب على التغليظ الا
ترى انه يجمع بين قطع اليد والرجل في اخذ المال ولا يجمع بينهما في اخذ المال
في المصر وكذلك يصلب في القتل وحده ههنا ولم يجب ان يصلب في غيره
من القتل في المصر فكذا جاز ان يجمع بين الموجبين عند مباشرة النوعين
ههنا دون ساير المواضع واما كيفية الصلب فقد روي عن ابي يوسف
انه يصلب حيا ثم يطعن برمح حتى يموت وكذا ذكر الكرخي وعن ابي عبيد
انه يقتل ثم يصلب وكذا ذكر الطحاوي لان الصلب حيا من باب المثلة

وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم من باب المثلة والصحيح هو الاول الا ان
الصلب في هذا الباب شرع لزيادة في العقوبة تغليظا والميت ليس من اهل
العقوبة ولانه لو جاز ان يقال صلب بعد الموت لجاز ان يقال يقطع يده ورجله
من خلاف بعد الموت وذلك بعيد فكذا هذا والمراد من المثلة في الحديث
قطع بعض الجوارح كذا قال محمد رحمه الله وقيل اذا صلبه الامام يتركه ثلثة
ايام عبرة للخلق ثم يخلي بينه وبين اهله لانه بعد الثلاث يتغير فيتضرر به
الناس واما النفي في قوله تعالى او ينفوا من الارض فقد اختلف اهل
التاويل فيه قال بعضهم المراد منه وينفوا من الارض بحذف الالف ومعناه
وينفوا من الارض بالقتل والصلب اذ هو النفي من وجه الارض حقيقة
وهذا على قول من تاول الاية في المحارب الذي اخذ المال وقتل لان الامام يكون
مخيرا بين الاجزية الثلاثة والنفي من الارض ليس غير واحد من هذه الثلاثة
لان بالقتل والصلب يحصل النفي وكذا لا يجوز ان يجعل النفي مشاركا الاجزية
الثلاثة في التخيير لانه لا يزاحم القتل لانه دونه بكثير وقيل نفيه ان يطرد
حتى يخرج من دار الاسلام وهو قول الحسن وعن ابراهيم النخعي في رواية
ان نفيه طلبه وبه اخذ الشافعي لانه يطلب في كل بلد والقولان لا يصحان
لانه ان طلب في البلد الذي قطع الطريق ونفي عنه فقد الغى ضرره الى بلد
اخر وان طلب في كل بلد من بلاد المسلمين ونفي عنه يدخل دار الحرب وفيه تعريض
له على الكفر وجعله حربا لنا وهذا لا يجوز وعن ابراهيم في رواية اخرى انه يحبس
حتى تحدث توبة وفيه نفي عن وجه الارض مع قيام الحيوة الا عن الموضع الذي
حبس فيه ومثله في عرف الناس يسمى نفيا عن وجه الارض وخروجا عن الدنيا كما انشد
لبعض المحبوسين ۝ خرجنا من الدنيا ونحن من اهلها ۝ فلسنا من الاحيا فيها ولا الموتى
اذا جانا السجان يوما لحاجة ۝ عجبنا وقلنا جا هذا من الدنيا فصل واما صفات هذا الحكم
فانواع منها انه ينفي وجوب ضمان المال والجراحات عمدا كانت الجراحة او خطا اما
المال فلانه لا يجمع بين الحد والضمان عندنا واما الجراحات اذا كانت خطا فلانها
توجب المال وان كانت عمدا فلان الجناية فيما دون النفس يسلك بها مسلك
الاموال ولا يجب ضمان المال فكذا ضمان الجراحات وقد ذكرنا ما يتعلق من المسايل
بهذا الاصل في كتاب السرقة ومنها ما يجري فيها التداخل حتى قطع قطعات فدفع في
بعضها فقطعت يده ورجله فيما دفع كان ذلك للقطعات كلها كما في السرقة الا ان
ثمة التداخل لاحتمال عدم الفايدة مع بقا محل القطع وهو الرجل اليسرى
وههنا التداخل لعدم المحل والكلام في الضمان فيما لم يخاصم فيه ما هو الكلام
في السرقة انه ان كان المال قايما يرده وان كان هالكا فعلى الاختلاف الذي
ذكرنا في كتاب السرقة ومنها انه لا يحتمل العفو والاسقاط والابرا والصلح عنه
فكل ما وجب على قاطع الطريق من قتل او قطع او صلب يستوفي منه سوا عفى
الاوليا وارباب الاموال عن ذلك او لم يعفوا وسوا ابراوه منه او صالحوا
عليه وليس ايضا اذا ثبت ذلك عنده تركه واسقاطه والعفو عنه لان الواجب
حد والحدود حقوق الله تعالى فلا يعمل فيها العبد ولا اصلحة ولا الابرا عنها
والله اعلم واما محل اقامة هذا الحكم فنقول محل اقامة هذا الحكم يختلف

باختلاف الحكم فان كان الحكم هو القتل بان قتل او اخذ المال وقتل او الحبس بان
لم ياخذ المال ولم يقتل ولكنه خوف لا غير فمحل اقامته النفس وان كان الحكم
هو القطع بان اخذ المال لا غير فمحل اقامته اليد اليمنى والرجل اليسرى لقوله
تعالى او تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ويعتبر في ذلك سلامة اليد اليسرى والرجل
اليمنى على ما ذكرنا في كتاب السرقة وكذلك حكم فعل الحداد اذا قطع اليد اليسرى
مكان اليمنى متعمدا او مخطيا وحكم فعل الاجنبي اذا قطع اليسرى خطا او عمدا
ههنا مثل الحكم في السرقة وقد استوفينا الكلام فيه في كتاب السرقة وكذا محل قطع
اليد اليمنى من المفصل كما في السرقة والله اعلم فصل واما بيان من يقيم هذا الحكم
فالذي يقيمه الامام او من ولاه الامام الاقامة ليس الى الاوليا ولا الى ارباب الاموال
شي بل يقيمه الامام طالب الاوليا وارباب الاموال بالاقامة او لم يطالبوا وهذا
عندنا وعند الشافعي المولى يملك اقامة الحد على مملوكه من غير تولية الامام والكلام
في هذا الفصل على الاستقصا نذكره في كتاب الحدود ان شا الله تعالى فصل واما
بيان ما يسقط هذا الحكم بعد وجوبه فالمسقط له بعد الوجوب اشيا ذكرناها في كتاب
السرقة ۝ منها تكذيب المقطوع عليه القاطع في اقراره بقطع الطريق انه لم يقطع عليه
الطريق ۝ ومنها رجوع القاطع عن اقراره بقطع الطريق ۝ ومنها تكذيب المقطوع عليه
البينة ۝ ومنها ملك القاطع المقطوع له وهو المال قبل الترافع او بعده على التفصيل
على الاختلاف الذي ذكرنا في كتاب السرقة ۝ ومنها توبة القاطع قبل ان يقدر عليه
لقوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فاعلموا ان الله غفور رحيم
اي رجعوا عما فعلوا فندموا على ذلك وعزموا الى على ان لا يفعلوا مثله في المستقبل
فدلت هذه الاية على ان قاطع الطريق اذا تاب قبل ان يظفر به يسقط عنه الحد
وتوبته برد المال على صاحبه ان كان اخذ المال لا غير مع العزم ان لا يفعل مثله
في المستقبل ويسقط عنه القطع اصلا ويسقط عنه القتل حدا وكذلك ان اخذ
المال وقتل حتى لم يكن للامام ان يقتله ولكن يدفعه الى اوليا القتيل ليقتلوه
قصاصا ان كان القتل بسلاح على ما نذكر وان كان لم ياخذ المال ولم يقتل فتوبته
الندم على ما فعل والعزم على تركه مثله في المستقبل وهو ان ياتي الامام عن طوع
واختيار ويظهر التوبة عنده ويسقط عنه الحبس لان الحبس للتوبة وقد تاب
فلا معنى للحبس وكذلك السرقة الصغرى اذا تاب السارق قبل ان يظفر به
ورد المال الى صاحبه سقط عنه القطع بخلاف ساير الحدود انها لا تسقط بالتوبة
والفرق ان الخصومة شرط في السرقة الصغرى والكبرى لان محل الجناية خالص حق العباد
والخصومة تنتهي بالتوبة والتوبة تمامها برد المال الى صاحبه فاذا وصل المال الى
صاحبه لم يبق له حق الخصومة مع السارق بخلاف ساير الحدود فان الخصومة
فيها ليست بشرط فعدمها لا يمنع من اقامة الحد وفي حد القذف ان كانت شرطا
لكنها لا تبطل بالتوبة لان بطلانها برد المال الى صاحبه ولم يوجد وقد روي
عن علي رضي الله عنه انه كتب اليه عامله بالبصرة ان حارثة بن بدر حارب الله ورسوله
وسعى في الارض فسادا فكتب اليه علي رضي الله عنه ان حارثة قد تاب قبل ان
يقدر عليه فلا يتعرض له الا بخير هذا اذا تاب قاطع الطريق قبل القدرة عليه
فاما اذا تاب بعد ما قدر عليه بان اخذ ثم تاب لا يسقط عنه لان التوبة عن السرقة

اذا اخذ المال برد المال الي صاحبه وبعد الاخذ لايكون رد المال بل يكون استزدادا منه جبرا فلا يسقط الحد واذا لم ياخذ المال فهو بعد الاخذ منهم في اظهار التوبة فلا يتحقق توبته

فصل

واما حكم سقوط الحد بعد الوجوب وحكم عدم الوجوب لمانع فنقول وبالله التوفيق اذا سقط الحد بعد التوبة قبل ان يقدر عليهم فان كانوا اخذوا المال لاغير ردوه علي صاحبه ان كان قايما وان كان هالكا او مستهلكا فعليهم الضمان وان كانوا قتلوا لاغير يدفع من قتل منهم بسلاح الي الاوليا ليقتلوه او يعفوا عنه ومن قتل بعصا او حجر فعلي عاقلته الدية لورثة المقتول وان كانوا اخذوا المال وقتلوا فحكم اخذ المال والقتل عند الاجتماع ما هو حكمهما عند الانفراد وقد ذكرناه وانما كان كذلك لان الحد اسقط بالتوبة قبل القدرة صار حكم القتل واخذ المال وهلاكه واستهلاكه ما هو حكمها في غير قطع الطريق وحكمها في غير قطع الطريق ما قلنا وان كانوا اخذوا المال وجرحوا او اخذوا المال وقتلوا وجرحوا قوما او جرحوا قوما ولم يكن منهم اخذ ولا قتل فحكم القتل والمال ما ذكرنا والجراحات فيها القصاص فيما يقدر فيه علي الاقتصاص والارش فيما لا يقدر عليه لان سقوط الحد صار كان الجراحة حصلت من غير قطع الطريق ولو كان كذلك لكان حكمه ما ذكرنا فكذا هذا وكذلك ان قدر عليهم قبل التوبة ولم يكن منهم قتل ولا اخذ مال وقد اخافوا قوما بجراحات يجب القصاص فيما يستطاع فيه الاقتصاص والدية فيما لا يستطاع فيودعون السجن لان الحبس وجب عليهم تعزيرا لا حدا والتعزير لا تدخل فيه الجراحة بخلاف ما اذا قدر عليهم قبل التوبة وقد قتلوا او اخذوا المال او جمعوا بينهما لان الواجب فيه الحد فتدخل فيه الجراحة وكذلك اذا سقط الحد بالرجوع عن الاقرار لان الرجوع عن الاقرار يصح في حق سقوط الحد اما لا يصح في حق ضمان المال والقصاص فبقي اقراره معتبرا في حقهما واما اذا كان السقوط بتكذيب الحجة من الاقرار والبينة لا شي عليهم لان سبب الوجوب لم يثبت لان ثبوته بالحجة وقد بطلت اصلا وراسا بخلاف الرجوع عن الاقرار لان الاصل ان اقرار المرء حجة في حقه الا انه تعذر اعتباره بعد الرجوع في حق الحد درا للحد بالشبهة فبقي معتبرا في حق ضمان الملك والقصاص فهو الفرق وعلي هذا حكم عدم الوجوب لمانع بان فات شرط من شرايط وجوب الحد نحو نقصان النصاب بان كان الماخوذ من المال لا يصيب كل واحد منهم عشرة دراهم انهم يردون ان كان قايما ويضمنون ان كان هالكا او مستهلكا ومن قتل منهم فان كان بسلاح فعليه القصاص وان كان بعصا او حجر فعلي عاقلته الدية ومن جرح يقتص فيما يمكن القصاص وفيما لا يمكن يجب الارش لما ذكرنا ان الحد اذا امتنع وجوبه فقد حصل الاخذ والقتل والجراحة من غير قطاع الطريق وحكمها في غير قطع الطريق ما قلنا وكذلك ان كان في المحاربين صبي او مجنون حتي امتنع وجوب الحد يدفع كل عاقل بالغ منهم بسلاح الي الاوليا فيقتلون او يعفون وان كان الذي ولي القتل منهم صبي او مجنون فعلي عاقلته الدية وان قتل بسلاح لان الصبي والمجنون ليسا من اهل وجوب القصاص عليهما فكان عمدهما خطا وان كانا اخذا المال ضمنا لانهما من اهل وجوب ضمان المال وكذلك اذا امتنع وجوب الحد علي القطاع لمعني من المعاني رجعوا في ذلك الي حكم غير القطاع والله الموفق للصواب

فصل

واما الحكم الذي يتعلق بالمال فهو وجوب الرد ان كان قايما بعينه ولصاحبه ان ياخذه اينما وجده سوا وجده في يد المحارب او في يد من ملكه المحارب ببيع او هبة او غير ذلك ولو تغير المال الي الزيادة او النقصان فقد ذكرنا حكمه في باب السرقة والله اعلم بالصواب

والقتل

كتاب الحدود

كتاب الحدود

جمع محمد رحمه الله بين مسايل الحدود وبين مسايل التعزير وبدا بمسايل الحدود فنبدا بما بدا به فنقول وبالله التوفيق الكلام في الحدود يقع في مواضع ٠ في بيان معني الحد لغة وشرعا ٠ وفي بيان اسباب اسباب الحدود وشرايط وجوبها ٠ وفي بيان ما يظهر به وجوبها عند القاضي وفي بيان صفاتها ٠ وفي بيان مقدار الواجب منها ٠ وفي بيان شرايط جواز اقامتها وفي كيفية الاقامة وموضع الاقامة ٠ وفي بيان ما يسقطها بعد الوجوب ٠ وفي بيان حكمها اذا اجتمعت ٠ وفي بيان حكم المحدود ٠ اما الاول فالحد في اللغة عبارة عن المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وفي الشرع عبارة عن عقوبة مقدرة واجبة حقا لله تعالي بخلاف التعزير فانه ليس بمقدر وقد يكون بالضرب وقد يكون بالحبس وقد يكون بغيرهما وبخلاف القصاص فانه وان كان عقوبة مقدرة لكنه يجب حقا للعبد حتي يجري فيه العفو والصلح سمي هذا النوع من العقوبة حدا لانه يمنع صاحبه اذا لم يكن متلفا وغيره بالمشاهدة ويمنع من شاهد ذلك ويعاينه اذا لم يكن متلفا لانه يصور حلول تلك العقوبة بنفسه لو باشر تلك الجناية فيمنعه ذلك عن المباشرة

سمي الموجب حدا

فصل

واما بيان اسباب وجوبها فلا يمكن الا بعد معرفة انواعها لان سبب وجوب كل نوع يختلف باختلاف النوع فنقول وبالله التوفيق الحدود خمسة انواع حد السرقة وحد الزنا وحد الشرب وحد السكر وحد القذف واما حد السرقة فسبب وجوبه السرقة وقد ذكرنا ركن السرقة وشرايط الركن في كتاب السرقة واما حد الزنا فنوعان جلد ورجم وسبب وجوب كل واحد منهما واحد وهو الزنا وانما يختلفان في الشرط وهو الاحصان فالاحصان شرط لوجوب الرجم وليس بشرط لوجوب الجلد فلا بد من معرفة الزنا والاحصان في عرف الشرع اما الزنا فهو اسم للوطي الحرام في قبل المراة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم احكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح جميعا والاصل في اعتبار الشبهة في هذا الباب الحديث وهو قوله صلي الله عليه وسلم ادرؤوا الحدود بالشبهات ولان الحد عقوبة متكاملة فيستدعي جناية متكاملة والوطي في القبل في غير ملك ولا نكاح لا يتكامل جناية الا عند انتفا الشبهة كلها اذا عرف الزنا في عرف الشرع فيخرج عليه بعض المسايل فنقول الصبي والمجنون اذا وطي امراة اجنبية لا حد عليه لان فعلهما لا يوصف بالحرمة فلا يكون الوطي منهما زنا فلا حد علي المراة اذا طاوعته عند اصحابنا وقال زفر والشافعي عليها الحد ولا خلاف في ان العاقل البالغ اذا زنا بصبية او مجنونة ان عليه الحد ولا حد عليها لهما ان المانع من وقوع الفعل زنا خص احد الجانبين فيختص به المنع كالبالغ العاقل اذا زنا بصبية او مجنونة انه يجب عليه وان كان لا يجب عليها لما قلنا كذا هذا ولنا ان وجوب الحد علي المراة في باب الزنا ليس لكونها زانية لان فعل الزنا لا يتحقق منها وهو الوطي لانها موطوة وليست بواطية وتسميتها زانية في الكتاب العزيز مجاز لا حقيقة وانما وجب عليها لكونها مزنيا بها وفعل الصبي والمجنون ليس بزنا فلا تكون هي مزنيا بها فلا يجب عليها الحد وفعل

الحدود خمسة انواع

وجوب الحد عليها لكونها مزنيا بها

الزنا يتحقق من العاقل البالغ فكانت الصبية او المجنونة مزنيا بها الا ان الحد
لم يجب عليها لعدم الاهلية والاهلية ثابتة في جانب الرجل فيجب ا وكذلك
الوطي في الدبر في الانثى او الذكر لا يجب الحد عند ابي حنيفة رحمه الله وان
كان حراما لعدم الوطي في القبل فلم يكن زنا وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي
يوجب الحد وهو الرجم ان كان محصنا والجلد ان كان غير محصن لا لانه زني
بل لانه في معني الزنا لمشاركته الزنا في المعني المستدعي لوجوب الحد وهو الوطي
الحرام علي وجه التمحض فكان في معني الزنا فورود النص بايجاب الحد هنا ورودا
دلالة ولابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان اللواطة ليست بزنا لما ذكرنا ان الزنا
اسم للوطي في قبل المراة الا تري انه يستقيم ان يقال انه لاط وما زنا وزنا وما
لاط ويقال فلان لوطي وفلان زاني وكذا يختلفان اسما واختلاف الاسامي دليل
اختلاف المعاني في الاصل ولهذا اختلف الصحابة رضي الله عنهم في حد هذا الفعل
ولو كان زنا لم يكن لاختلافهم معني لان موجب الزنا كان معلوما لهم بالنص فثبت
انه ليس بزنا ولا في معني الزنا ايضا لما في الزنا من اشتباه الانساب وتضييع الولد
ولم يوجد ذلك في هذا انما فيه تضييع الما المهين الذي يباح فعله بالعزل وكذا
ليس في معناه فيما شرع له الحد وهو الزجر لان الحاجة الي شرع الزاجر فيما
يغلب وجوده ولا يغلب وجود هذا الفعل لان وجوده يتعلق باختيار شخصين
ولا اختيار الا لداع يدعوا اليه ولا داعي في جانب المحل اصلا وفي الزنا وجد
الداعي من الجانبين جميعا وهو الشهوة المركبة فيهما جميعا فلم يكن في معني
الزنا فورود النص هناك لا يكون ورودا هاهنا وكذا اختلاف الصحابة
رضوان الله عليهم دليل علي ان الموجب بهذا الفعل هو التعزير لوجهين احدهما ان
التعزير هو الذي يحتمل الاختلاف في القدر والصفة لا الحد والثاني انه لا مجال
للاجتهاد في الحد بل لا يعرف الا بالتوقيف وللاجتهاد مجال في التعزير وكذا وطي المراة
الميتة لا يوجب الحد ويوجب التعزير لعدم وطي المراة الحية وكذا وطي البهيمة
وان كان حراما لانعدام الوطي في قبل المراة فلم يكن زنا ثم ان كانت البهيمة
ملك الواطي قيل انها تذبح ولا تؤكل ولا رواية فيه عن اصحابنا رحمهم الله لكن
روي محمد عن عمر رضي الله عنه انه لم يحد واطي البهيمة وامر بالبهيمة حتي احرقت
بالنار وكذلك الوطي عن اكراه لا يوجب الحد وكذلك وكذلك الوطي في دار الحرب
وفي دار البغي لا يوجب الحد حتي ان من زنا في دار الحرب او دار البغي لا يقام عليه
الحد لان الزنا لم ينعقد سببا لوجوب الحد حين وجوده لعدم الولاية فلا
يستوفي بعد ذلك وكذلك الحربي المستامن اذا زني بمسلمة او ذمية او ذمي
زنا بحربية مستامنة لا حد علي الحربي والحربية عند ابي حنيفة ومحمد
وعند ابي يوسف يحدان وجه قوله انه لما دخل دار الاسلام فقد التزم احكام
الاسلام مدة اقامته فيها فصار كالذمي ولهذا يقام عليه حد القذف كما يقام
علي الذمي ولهما انه لم يدخل دار الاسلام علي سبيل الاقامة والتوطن بل
علي سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام
دلالة التزامه حق الله تعالي خالصا بخلاف حد القذف لانه لما طلب
الامان بين المسلمين فقد التزم ايمانهم علي الايذا بنفسه فظهر حكم الاسلام

في حقه ثم يحد المسلم والذمية عند ابي حنيفة وعند محمد لا يحد ويحد الذمي
الذمي بلا خلاف وجه قول محمد ان الاصل فعل الرجل وفعلها تبع فلما لم يجب علي الاصل
لا يجب علي التابع كالمطاوعة للصبي والمجنون وجه قول ابي حنيفة ان فعل
الحربي حرام محض الا تري انه يواخذ به فكان زنا فكانت هي مزنية بها الا ان الحد
لم يجب علي الرجل لعدم التزامه احكامنا وهذا امر يخصه ويحد الذمي لانه
بالذمة والحد التزم احكام الاسلام مطلقا الا بقدر ما وقع الاستثناء له ولم
يوجد هاهنا وكذا وطي الحايض والنفسا والصايمة والمحرمة والموطوة بشبهة
والتي ظاهر منها او آلا منها لا يوجب الحد وان كانت حراما لقيام الملك او النكاح
فلم يكن زنا وكذا وطي الجارية المشتركة والمجوسية والمرتدة والمكاتبة والمحرمة
برضاع او صهرية او جمع لقيام الملك وان كان حراما وعلم بالحرمة وكذا وطي
جارية الابن لا يوجب الحد وان علم بالحرمة لان له في مال ابنه شبهة الملك
وهو الملك من وجه او حق الملك لقوله صلى الله عليه وسلم انت ومالك لابيك
فظاهر اضافة مال الابن الي الاب بحرف اللام تقتضي حقيقة الملك فلان تقاعد
عن افادة الحقيقة فلا يتقاعد عن ايراث الشبهة او حق الملك وكذا وطي جارية
المكاتب لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فكان ملك المولي رقبة
وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب فان لم يثبت ما اقتضاه حقيقة فلا
اقل من الشبهة وكذلك وطي جارية العبد الماذون سوا كان عليه دين
او لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لانها ملك المولي وكذلك ان كان
عليه دين لان رقبة الماذون ملك المولي وملك الرقبة يقتضي ملك الكسب
كما في جارية المكاتب وبل اولي لان كسب الماذون اقرب الي المولي من كسب
المكاتب فلما لم يجب الحد هناك فهاهنا اولي ولان هذا الملك محل الاجتهاد
لان العلما اختلفوا فيه واختلافهم يورث شبهة فاشبه وطيا حصل في نكاح
هو محل الاجتهاد وكذا لا يوجب الحد كذا هذا وكذا وطي الجد اب الاب وان
علا عند عدم الاب بمنزلة وطي الاب لان له ولادا فينزل منزلة الاب
وكذلك الرجل من الغانمين اذا وطي جارية من المغنم قبل القسمة
بعد الاحراز بدار الاسلام او قبله لا حد وان علم ان وطيها عليه حرام لثبوت
الحق له بالاستيلا لانعقاده سبب الثبوت فان لم يثبت فلا اقل من ثبوت
الحق فيورث شبهة فلو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت ولده منه
لان ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل اما من كل وجه واما من وجه ولم
يوجد قبل القسمة بل الموجود حق عام وانه يكفي لسقوط الحد ولا يكفي لثبوت
النسب وكذا وطي امراة تزوجها بغير شهود او بغير ولي عند من لا يجيزه
لا يوجب الحد لان العلما اختلفوا منهم من قال بجواز النكاح بدون الشهادة
والولاية فاختلافهم يورث شبهة وكذلك اذا تزوج معتدة الغير او مجوسية
او مدبرة او امة علي حرة او امة بغير اذن مولاها او العبد تزوج امراة
بغير اذن مولاه فوطيها لا حد عليه لوجود لفظ النكاح من الاهل في المحل
وانه يوجب شبهة وكذلك اذا نكح محارمه او الخامسة او اخت امراته
فوطيها لا حد عليه عند ابي حنيفة رحمه الله وان علم بالحرمة وعليه

التعزير وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد والاصل عند ابي حنيفة
رحمه الله ان النكاح اذا وجد من الاهل مضافا الي محل قابل لمقاصد النكاح يمنع
وجوب الحد سوا كان حلالا او حراما وسوا كان التحريم مختلفا فيه او مجمعا
عليه وسوا ظن الحل فادعي الاشتباه او علم بالحرمة والاصل عند ابي يوسف ومحمد
ان النكاح اذا كان محرما علي التابيد او كان تحريمه مجمعا عليه وان لم يكن
محرما علي التابيد او كان تحريمه مختلفا فيه لا يجب عليه وجه قولهم ان هذا
اضيف الي غير محله فيلغوا ودليل عدم المحلية ان محل النكاح هي المراة
المحللة لقوله تعالي واحل لكم ما ورا ذلكم والمحارم محرمات علي التابيد لقوله
تعالي حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم الاية الا انه اذا ادعي الاشتباه وقال
ظننت انها تحل لي سقط الحد لانه ظن ان صيغة لفظ النكاح من الاهل في المحل
دليل الحل فاعتبر هذا الظن في حقه وان لم يكن معتبرا حقيقة اسقاطا لما
يندري بالشبهات فاذا لم يدع خلا الوطي عن الشبهة فيجب الحد وجه قول ابي
حنيفة رحمه الله ان لفظ النكاح صدر من اهله مضافا الي محله فيمنع وجوب
الحد كالنكاح بغير شهود ونكاح المعتدة ونحو ذلك فلا شك في وجوب لفظ
النكاح والاهلية والدليل علي المحلية ان محل النكاح هو الانثي من بنات بني ادم
بالنصوص والمعقول اما النصوص فقوله تعالي فانكحوا ما طاب لكم من النسا
وقوله تعالي ومن اياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وقوله
تعالي وانه خلق الزوجين الذكر والانثي جعل الله النسا علي العموم والاطلاق
محل النكاح والزوجية اما المعقول فلان الانثي من بنات ادم محل صالح
لمقاصد النكاح من السكني والولد والتحصين وغيرها فكانت محلا لحكم النكاح
لان حكم التصرف وسيلة الي ما هو المقصود من التصرف فلو لم يجعل محل المقصود
محل الوسيلة لم يثبت معني التوسل الا ان الشرع اخرجها من ان تكون محلا
للنكاح شرعا مع قيام المحلية حقيقة بقيام صورة العقد والمحلية تورث
شبهة اذ الشبهة اسم لما يشبه الثابت وليس بثابت او نقول وجد
ركن النكاح والاهلية والمحلية علي ما بينا الا انه فات شرط الصحة فكان نكاحا
فاسدا والوطي في النكاح الفاسد لا يكون زنا بالاجماع وعلي هذا ينبغي ان يعلل
فيقال هذا الوطي ليس بزنا فلا يوجب حد الزنا قياسا علي النكاح بغير شهود
وساير الانكحة الفاسدة ولو وطي جارية الاب او الام فان ادعي الاشتباه
بان قال ظننت انها تحل لي لم يجب الحد وان لم يدع يجب وهو تفسير شبهة
الاشتباه وانها تعتبر في سبعة مواضع جارية الاب وجارية الام وجارية
المنكوحة والمطلقة ثلاثا ما دامت في العدة وام الولد ما دامت تعتد
منه والعبد اذا وطي جارية مولاه والجارية المرهونة اذا وطيها المرتهن
في رواية كتاب الرهن وفي رواية كتاب الحدود يجب الحد ولا يعتبر ظنه
اما جارية ابيه او امه او زوجته فلان الرجل ينبسط في مال ابويه وزوجته
وينتفع به من غير استيذان وحشمة عادة الا ترى انه يستخدم جارية ابويه
ومنكوحته من غير استيذان فظن ان هذا النوع من الانتفاع مطلق
له شرعا وهذا وان لم يصلح دليلا علي الحقيقة لكن لما ظنه دليلا اعتبر في حقه

لاسقاط

لاسقاط ما يندري بالشبهات واذا لم يدع ذلك فقد عري الوطي عن الشبهة
فتمحض حراما فيجب الحد ولا يثبت نسب الولد سوا ادعي الاشتباه او لا لان ثبات
النسب يعتمد قيام معني في المحل وهو الملك من كل وجه او من وجه ولم يوجد
ولو ادعي احدهما الظن ولم يدع الاخر لا حد عليهما ما لم يقرا جميعا انهما قد
علما بالحرمة لان الوطي يقوم بهما جميعا فاذا تمكنت فيه الشبهة من احد الجانبين
فقد تمكنت من الجانب الاخر ضرورة واما من سوي الاب والام من ساير
ذوي الرحم المحرم كالاخ والاخت ونحوهما اذا وطي جاريته يجب الحد وان
قال ظننت انها تحل لي لان هذا دعوى الاشتباه في غير موضع الاشتباه لان
الانسان لا ينبسط بالانتفاع بمال اخيه واخته عادة فلم يكن هذا ظنا
مستندا الي دليل فلا يعتبر وكذا اذا وطي جارية ذا رحم محرم من امراته لما
قلنا واما اذا وطي المطلقة ثلاثا في العدة فلان النكاح قد زال في حق الحل
اصلا لوجود المبطل لحل المحلية وهو الطلقات الثلاث وانما بقي في حق
الفراش والحرمة علي الازواج فقط فتمحض الوطي حراما فكان زنا فيوجب
الحد الا اذا ادعي الاشتباه وظن الحل لانه في ظنه علي نوع دليل وهو بقا النكاح
في حق الفراش وحرمة الازواج فظن انه بقي في حق الحل ايضا وهذا وان لم
يصلح دليلا علي الحقيقة لكنه لما ظنه دليلا اعتبر في حقه درءا لما يندري
بالشبهات وان كان طلقها واحدة باينة لم يجب الحد وان قال علمت انها علي حرام
لان زوال الملك بالابانة وساير الكنايات مجتهد فيه لاختلاف الصحابة رضي الله
عنهم فان مثل عمر رضي الله عنه يقول في الكنايات انها رواجع وطلاق الرجعي لا
يزيل الملك فاختلافهم يورث شبهة ولو جامعها وطلقها علي مال فوطيها
في العدة ذكر الكرخي انه ينبغي ان يكون الحكم فيه كالحكم في المطلقة ثلاثا
وهو الصحيح لان زوال الملك بالخلع والطلاق علي مال مجمع عليه فلم يتحقق الشبهة
فيجب الحد الا اذا ادعي الاشتباه لما ذكرنا في المطلقة الثلاث وكذا اذا وطي
ام ولده وهي تعتد منه بان اعتقها لان زوال الملك بالاعتاق مجمع عليه فلم
تثبت الشبهة واما العبد اذا وطي جارية مولاه فان للعبد تبسطا في مال
المولي عادة بالانتفاع فكان وطيه مستندا الي ما هو دليل في حقه فاعتبر
في حقه لاسقاط الحد واذا لم يدع تجرد الوطي عن الشبهة واما المرتهن
اذا وطي الجارية المرهونة فوجه رواية كتاب الرهن ان يد المرتهن يد
استيفا الدين فصار المرتهن مستوفيا الدين من الجارية يدا فقد وطي
جارية هي مملوكة له يدا فلا يجب الحد كالجارية المبيعة اذا وطيها البايع قبل
التسليم الا اذا ادعي الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي لانه استند ظنه
الي نوع دليل وهو ملك اليد فيعتبر في حقه درءا للحد وان لم يدع فلا شبهة
فلا يجب الحد وجه رواية كتاب الحدود ان الاستيفا في باب الرهن انما
يتحقق من مالية الرهن لا من عينه لان الاستيفا لا يتحقق الا في الجنس ولا
مجانسة بين التوثيق وبين عين الجارية فلا يتصور الاستيفا من عينها
فلا يعتبر ظنه ولو وطي البايع الجارية المبيعة قبل التسليم لا حد عليه وكذلك
الزوج اذا وطي الجارية التي تزوج عليها قبل التسليم لان ملك الرقبة وان

زال بالبيع والنكاح فملك اليد قائم فيورث شبهة ولو وطئ المستاجر جارية
الاجارة والمستعير جارية الاعارة والمستودع جارية الوديعة يحد
وان قال ظننت انها تحل لي لان هذا ظن عري عن دليل فكان في غير موضعه
فلا يعتبر ولو زفت اليه غير امراته وقلن النسا انها امراتك فوطيها
لا حد عليه منهم من قال انما لم يجب الحد لشبهة الاشتباه وهذا غير سديد
فانها اذا جاءت بولد يثبت النسب ولو كان امتناع الوجوب لشبهة الاشتباه
كما فيما ذكرنا من المسايل وهاهنا يثبت النسب دل ان الامتناع ليس لشبهة
الاشتباه بل لمعنى اخر وهو ان وطيها بنا على دليل ظاهر يجوز بنا الوطي عليه
وهو الاخبار بانها امراته بل لا دليل هاهنا سواه فلان تبين الامر بخلافه
فقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر يورث شبهة ولو وطي اجنبية وقال
ظننت انها امراتي او جاريتي او شبهتها بامراتي او جاريتي يجب الحد لان
هذا الظن غير معتبر لعدم استناده الى دليل فكان ملحقا بالعدم فلا
يحل الوطي بنا على هذا الظن ما لم يعرف انها امراته بدليل اما بكلامها او
باخبار مخبر ولم يوجد معنا انا لو اعتبرنا هذا الظن في اسقاط الحد لم
يقم حد الزنا في موضع ما اذ الزاني لا يعجز عن هذا القدر فيودي الى سد
باب الحد وهكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه قال لو قبل
هذا لما اقيم الحد على احد وكذلك لو كان الرجل اعمى فوجد امراة في بيته
فوقع عليها وقال ظننت انها امراتي عليه الحد لان هذا ظن لم يستند
الى دليل اذ قد يكون في البيت من لا يجوز وطيها من المحارم والاجنبيات
فلا يحل الوطي بنا على هذا الظن فلم تثبت الشبهة وروي عن محمد رحمه الله
في رجل اعمى دعا امراته فقال يا فلانة فاجابته غيرها فوقع عليها انه يحد
ولو اجابته غيرها وقالت انا فلانة فوقع عليها لم يحد ويثبت النسب
وهي كالمراة المزفوفة الى غير زوجها لانه لا يحل له وطيها بنفس الاجابة ما
لم تقل انا فلانة لان الاجابة قد تكون من التي ناداها وقد تكون من غيرها
فلا يجوز بنا الوطي على نفس الاجابة فاذا فعل لم يعذر بخلاف ما اذا قالت
انا فلانة فوطيها لانه لا سبيل للاعمى الى ان يعرف انها امراته الا بذلك
الطريق فكان معذورا فاشبه المراة المزفوفة حتى لو كان الرجل بصيرا
لا يصدق على ذلك لامكان الوصول الى انها امراته بالروية وروي عن
زفر رحمه الله في رجل اعمى وجد على فراشه او مجلسه امراة فوقع عليها
وقال ظننت انها امراتي يدرا عنه الحد وعليه العقر وقال ابو يوسف
لا يدرا وجه قول زفر انه ظن في موضع الظن اذ الظاهر انه لا ينام
على فراشه غير امراته فكان ظنه مستندا الى دليل ظاهر فيوجب درء
الحد كما لو زفت اليه غير امراته فوطيها وجه قول ابي يوسف رحمه الله
ان النوم على الفراش لا يدل على انها امراته لجواز ان ينام على فراشه غير
امراته فلا يجوز استحلال الوطي بهذا القدر فاذا استحل وظهر
الامر بخلافه لم يكن معذورا فلا يعتبر ظنه والله اعلم

فصل

واما الاحصان فالاحصان نوعان احصان الرجم واحصان القذف

اما احصان الرجم فهو في الشرع عبارة عن اجتماع صفات اعتبرها الشرع
لوجوب الرجم وهي سبعة العقل والبلوغ والحرية والاسلام والنكاح الصحيح
وكون الزوجين جميعا على هذه الصفة وهو ان يكونا جميعا عاقلين بالغين
حرين مسلمين فوجود هذه الصفات فيهما جميعا شرط لكون كل واحد منهما
محصنا والدخول في النكاح بعد ساير الشروط متاخرا عنها وان تقدمها
لم يعتبر ما لم يوجد دخول اخر بعدها فلا احصان للصبي
والمجنون والعبد والكافر ولا بالنكاح الفاسد ولا بنفس النكاح
ما لم يوجد الدخول وما لم يكن الزوجان جميعا وقت الدخول على صفة
الاحصان حتى ان الزوج العاقل البالغ الحر المسلم اذا دخل بزوجته
وهي صبية او مجنونة او امة او كتابية ثم ادركت الصبية وافاقت
المجنونة واعتقت الامة واسلمت الكتابية لا يصير محصنا ما لم يوجد
دخول اخر بعد زوال هذه العوارض حتى لو زنا قبل دخول اخر لا يرجم
فاذا وجد هذه الصفات صار الشخص محصنا لان الاحصان في اللغة عبارة
عن الدخول في الحصن يقال احصن اي دخل الحصن كما يقال اعرق اذا دخل
العراق واشام اي دخل الشام واحصن اي دخل في الحصن ومعناه دخل
حصنا عن الزنا او ادخل فيه وانما يصير الانسان داخلا في الحصن عن الزنا
عند توفر الموانع وكل واحد من هذه الجملة مانع عن الزنا فعند اجتماعها
يتوفر الموانع واما العقل فلان للزنا عاقبة ذميمة والعقل يمنع عن ارتكاب
كل ما له عاقبة ذميمة واما البلوغ فلان الصبي لنقصان عقله ولقلة تامله
لاشتغاله باللهو واللعب لا يقف على عواقب فلا يعرف الحميدة منها والذميمة
واما الحرية فلان الحر يستنكف عن الزنا وكذا الحرة ولهذا لما اقرا رسول
الله صلى الله عليه وسلم اية المبايعة على النسا وبلغ قوله تعالى ولا يزنين قالت
هند امراة ابي سفين او تزني الحرة يا رسول الله واما الاسلام فلانه
نعمة كاملة موجبة للشكر فيمنع من الزنا الذي هو وضع الكفر في موضع
الشكر واما اعتبار هذه الصفات في الزوجين جميعا فلان اجتماعها
فيهما يشعر بكمال حالهما وذا يشعر بكمال اقتضا الشهوة من الجانبين
لان اقتضا الشهوة بالصبية والمجنونة قاصر وكذا بالرقيق لكون
الرق من نتايج الكفر فينفر عنه وكذا بالكافرة لان طبع المسلم ينفر
عن الاستمتاع بالكافرة ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لحذيفة
رضي الله عنه حين اراد ان يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك
واما الدخول بالنكاح الصحيح فلانه اقتضا الشهوة بطريق حلال
فيقع الاستغنا عن الحرام والنكاح الفاسد لا يفيد الحل فلا يقع به
الاستغنا واما كون الدخول اخر الشرايط فلان الدخول قبل استيفا
ساير الشرايط لا يقع اقتضا الشهوة على سبيل الكمال فلا يقع الغنية
به عن الحرام على التمام وبعد استيفايها تقع به الغنية على الكمال
والتمام فثبت ان هذه الشبهة موانع عن الزنا فيحصل بها معنى الاحصان
وهو الدخول في الحصن عن الزنا ولا خلاف في هذه الجملة الا في الاسلام

فانه روي عن ابي يوسف انه ليس من شرايط الاحصان حتى لا يصير المسلم محصنا
بنكاح الكتابية والدخول بها في ظاهر الرواية وكذلك الذمي العاقل
البالغ الحر الثيب اذا زني لا يرجم في ظاهر الرواية بل يجلد وعلى ما روي عن
ابي يوسف يصير المسلم محصنا بنكاح الكتابية ويرجم الذمي وبه اخذ
الشافعي رحمه الله واحتجا بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين
ولو كان الاسلام شرطا لما رجم لان اشتراط الاسلام للزجر عن الزنا والدين
المطلق يصلح للزجر عن الزنا لان الزنا حرام في الاديان كلها ولنا في زنا الذمي
قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة اوجب الحد
على كل زان وزانية او على مطلق الزاني والزانية من غير فصل بين المومن
والكافر ومتى وجب الجلد انتفى وجوب الرجم ضرورة لان زنا الكافر لا يساوي
زنا المسلم في كونه جناية فلا يساويه في استدعا العقوبة كزنا البكر مع زنا الثيب
وبيان ذلك ان زنا المسلم اختص بمزيد قبح انتفى ذلك في زنا الكافر وهو
كون زناه وضع الكفران في موضع الشكر لان دين الاسلام نعمة ودين
الكفر ليس بنعمة وفي زنا المسلم بالكتابية قول النبي صلى الله عليه وسلم
لحذيفة حين اراد ان يتزوج يهودية دعها فانها لا تحصنك وقوله
من اشرك بالله فليس بمحصن والذمي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصنا
وما ذكرنا ان في اقتضا الشهوة بالكافرة قصورا فلا يتكامل معنى النعمة
فلا يتكامل الزاجر قوله الزجر يحصل باصل الدين قلنا نعم لكنه لا يتكامل الا بدين
الاسلام لانه نعمة فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر
ودين الكفر ليس بنعمة فلا يكون في كونه زاجرا مثله واما حديث رجم
اليهوديين فيحتمل انه كان قبل نزول اية الجلد فانتسخ بها ويحتمل انه كان
بعد نزولها ونسخ خبر الواحد امون من نسخ الكتاب واحصان كل واحد
من الزانيين ليس بشرط لوجوب الرجم على احدهما حتى لو كان احدهما
محصنا والاخر غير محصن فالمحصن منهما يرجم وغير المحصن يجلد ثم اذا ظهر
احصان الزاني بالبينة او بالاقرار يرجم بالنص والمعقول اما النص
فالحديث المشهور وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرء
مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل
نفس بغير حق وروي انه عليه السلام رجم ماعزا وكان محصنا واما
المعقول فهو ان المحصن اذا توفرت عليه الموانع من الزنا فاذا اقدم
عليه مع توفر الموانع صار زناه غاية في القبح فيجازي بما هو غاية في العقوبات
الدنياوية وهو الرجم لان الجزا على قدر الجناية الا ترى ان الله تعالى توعد
نسا النبي صلى الله عليه وسلم بمضاعفة العذاب اذا اتين بفاحشة
لعظم جنايتهن لحصولها مع توفر الموانع فيهن لعظم نعم الله تعالى عليهن
لنيلهن صحبة رسول الله صلى الله عليه وسلم ومصاحبته فكان جنايتهن
على قدر الاتيان غاية في القبح فاوعدن بالغاية من الجزا كذا هاهنا ولا
يجمع بين الجلد والرجم عند عامة العلما وقال بعض الناس يجمع بينهما
لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم والثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة

ولنا

ولنا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده ولو وجب الجمع
بينهما لجمع ولان الزنا جناية واحدة فلا يوجب الا عقوبة واحدة والرجم
والجلد كل واحد منهما عقوبة على حدة فلا يجبان بجناية واحدة والحديث
محمول على الجمع بينهما في الجلد والرجم لكن في حالين فيكون عملا بالحديث
واذا فقد شرط من شرايط الاحصان لا يرجم بل يجلد لان الواجب بنفس
الزنا هو الجلد باية الجلد لان زنا غير المحصن لا يبلغ غاية في القبح فلا تبلغ
عقوبته النهاية فيكتفي بالجلد ۝ وهل يجمع بين الجلد والتغريب اختلف
فيه قال اصحابنا لا يجمع الا اذا راي الامام المصلحة في الجمع بينهما فيجمع
وقال الشافعي يجمع بينهما احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وروي عن عمر رضي الله عنه
انه جلد وغرب وكذا روي عن علي رضي الله عنه انه فعل هكذا ولم ينكر عليهما
احد من الصحابة فيكون اجماعا ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا
كل واحد منهما مائة جلدة والاستدلال به من وجهين احدهما ان الله تعالى
امر بجلد الزانية والزاني ولم يذكر التغريب فمن اوجب التغريب فقد
زاد على كتاب الله تعالى والزيادة على النص نسخ ولا يجوز نسخ النص بخبر واحد
والثاني انه جعل الجلد جزا والجزا اسم لما تقع به الكفاية ماخوذ من الاجتزا
وهو الاكتفا فلو اوجبنا التغريب لا تقع الكفاية بالجلد وهذا خلاف النص
ولان التغريب تعريض للمغرب عن الزنا لانه ما دام في بلده يمتنع عن العشاير
والمعارف او حيا منهم وبالتغريب يزول هذا المعنى فيعري الداعي
عن المانع فيقدم عليه والزنا قبيح فما افضى اليه مثله وفعل الصحابة
رضي الله عنهم محمول على انهم راوا ذلك مصلحة على طريق التعزير الا ترى
انه روي عن عمر رضي الله عنهم انه نفي رجلا فلحق بالروم فقال لا انفي بعدها
ابدا وروي عن علي رضي الله عنه انه قال كفي بالنفي فتنة فدل ان فعلهم كان
على طريق التعزير ونحن به نقول ان للامام ان ينفي ان راي مصلحة في
التغريب ويكون النفي تعزيرا لا حدا والله اعلم ۝ واما احصان القذف
فنذكره في حد القذف ان شا الله تعالى

فصل واما حد الشرب
فسبب وجوبه الشرب وهو شرب الخمر خاصة حتى يجب الحد بشرب
قليلها وكثيرها ولا يتوقف الوجوب على حصول السكر منها وحد الشرب
سبب وجوبه السكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من الاشربة المعهودة
المسكرة كالسكر ونقيع الزبيب والمطبوخ ادنى طبخة من عصير العنب
او التمر والزبيب والمثلث ونحو ذلك

فصل واما شرايط
وجوبها فمنها العقل ومنها البلوغ فلا حد على المجنون والصبي الذي لا
يعقل ومنها الاسلام فلا حد على الذمي والحربي المستامن بالشرب
ولا بالسكر في ظاهر الرواية ومنها عدم الضرورة في شرب الخمر فلا
حد على من اكره على الشرب ولا على من اصابته مخمصة وانما كان كذلك
لان الحد عقوبة محضة فيستدعي جناية محضة وفعل الصبي والمجنون
لا يوصف بالجناية وكذا الشرب لضرورة المخمصة والاكراه حلال

فلم يكن جناية وشرب الخمر مباح لاهل عند اكثر مشايخنا فلا يكون جناية
وعند بعضهم وان كان حراما لكن نهينا عن التعرض لهم وما يدينون
وفي اقامة الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى لانها تمنعهم من الشرب
وعن الحسن بن زياد انهم اذا شربوا وسكروا يحدون لا لاجل الشرب
لان السكر حرام في الاديان كلها وما قاله الحسن حسن ومنها
بقا اسم الخمر للمشروب وقت الشرب في حد الشرب لان وجوب
الحد بالشرب تعلق حتى لو خلط الخمر بالما ثم شرب نظر فيه ان كانت
الغلبة للما لا حد عليه لان اسم الخمر يزول عند غلبة الما وان كانت
الغلبة للخمر او كانا سوا يحد لان اسم الخمر باق وهي عادة بعض الشربة
انما يشربونها بالما وكذا من شرب دردي الخمر لا حد عليه لان دردي
الخمر لا يسمى خمرا وان كان لا يخلو عن اجزا الخمر فاما الذكورة فليست
بشرط حتى يجب الحد على الذكر والانثى واما الحرية فكذلك الا ان
حد الرقيق يكون على النصف من حد الحر ولا حد على من يوجد منه رايحة
الخمر لان وجود رايحة الخمر لا تدل على شرب الخمر لجواز انه تمضمض
بها ولم يشربها عن اكراه او مخمصة وكذلك من تقيا خمرا لا حد عليه
لما قلنا والله اعلم ۞ واما الاشربة التي تتخذ من الاطعمة كالحنطة
والشعير والدخن والذرة والعسل والتين والسكر ونحوها فلا
يجب الحد بشربها لان شربها حلال عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد ان كان حراما لكن حرمة هي محل الاجتهاد فلم يكن شربها
جناية محضة فلا يتعلق بها عقوبة محضة ولا بالسكر منها وهو الصحيح لان
الشرب اذا لم يكن حراما اصلا فلا عبرة بنفس السكر كشرب
البنج ونحوه والله اعلم

فصل

واما حد القذف فسبب وجوبه
القذف بالزنا لانه نسبة الى الزنا وفيها الحاق العار بالمقذوف فيجب
الحد دفعا للعار عنه

فصل

واما شرايط وجوبه فانواع بعضها
يرجع الى القاذف وبعضها يرجع الى المقذوف وبعضها يرجع اليهما
جميعا وبعضها يرجع الى المقذوف به وبعضها الى المقذوف فيه
وبعضها يرجع الى نفس القذف ۞ اما الذي يرجع الى القاذف فانواع ثلثة
احدها العقل والثاني البلوغ حتى لو كان القاذف صبيا او مجنونا لا حد
عليه لان الحد عقوبة فيستدعي كون القذف جناية وفعل الصبي
والمجنون لا يوصف بكونه جناية والثالث عدم اثباته باربعة شهدا
فان اتى بهم لا حد عليه لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم
ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة علق وجوب اقامة الحد
بعدم الاتيان في جميع العمر بل عند القذف والخصومة اذ لو حمل على
الابد لما اقيم حد اصلا اذ لا يقام بعد الموت ولان الحد انما وجب
لدفع عار الزنا عن المقذوف واذا ظهر زناه بشهادة الاربع لا يحتمل
الاندفاع بالحد ولان هذا شرط يزجر عن قذف المحصنات واما حرية
القاذف واسلامه وعفته عن فعل الزنا فليس بشرط فيحد الرقيق والكافر

ينظر في نسخه اصح من هذه

ومن

ومن لا عفة له عن الزنا والشرط احصان المقذوف لا احصان القاذف

فصل

واما الذي يرجع الى المقذوف فشيان احدهما ان يكون محصنا
رجلا كان او امراة وشرايط احصان القذف خمسة العقل والبلوغ والحرية
والاسلام والعفة عن الزنا فلا يجب الحد بقذف الصبي والمجنون والرقيق
والكافر ومن لا عفة له عن الزنا اما العقل والبلوغ فلان الزنا لا يتصور
من الصبي والمجنون فكان قذفهما بالزنا كذبا محضا فيوجب التعزير
لا الحد واما الحرية فلان الله تعالى شرط الاحصان في اية القذف وهي
قوله تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد من المحصنات ههنا
الحراير لا العفايف عن الزنا فدل ان الحرية شرط ولانا لو اوجبنا على قاذف
المملوك الجلد لاوجبنا ثمانين وهو لو اتى بحقيقة الزنا لا يجلد الا خمسين
وهذا لا يجوز لان القذف نسبة الى الزنا وانه دون حقيقة الزنا واما
الاسلام والعفة عن الزنا فلقوله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات
المومنات والمحصنات الحراير والغافلات العفايف عن الزنا والمومنات
معلومة فدل ان الايمان والعفة عن الزنا والحرية شرط ودلت هذه
الاية على ان المراد من المحصنات في هذه الاية الحراير لا العفايف لانه
جمع في هذه الاية بين المحصنات والغافلات في الذكر والغافلات
العفايف لكان تكرارا ولان الحد انما يجب لدفع العار عن المقذوف ومن
لا عفة له عن الزنا لا يلحقه العار بالقذف بالزنا وكذا قول النبي صلى الله عليه
وسلم من اشرك بالله فليس بمحصن يدل على ان الاسلام شرط ولان الحد
انما وجب بالقذف دفعا لعار الزنا عن المقذوف وفي ما في الكافر من عار
الكفر اعظم والله اعلم ۞ ثم تفسير العفة عن الزنا هو ان لم يكن
المقذوف وطي في عمره وطيا حراما في غير ملك ولا نكاح اصلا ولا في نكاح
فاسد فسادا مجمعا عليه في السلف فان كان فعل سقطت عفته سوا
كان الوطي زنا موجبا للحد او لم يكن بعد ان يكون على الوصف الذي ذكرنا
وان كان وطي وطيا حراما لكن في الملك او النكاح حقيقة او في نكاح فاسد
لكن فسادا هو محل الاجتهاد لا يسقط عفته وبيان هذه الجملة في
مسايل اذا وطي امراة لشبهة بان زفت اليه غير امراته فوطيها سقطت
عفته لوجود الوطي الحرام في غير ملك ولا نكاح اصلا الا انه لم يجب الحد
لقيام الدليل المبيح من حيث الظاهر على ما ذكرنا فيما تقدم وكذلك اذا
جارية مشتركة بينه وبين غيره لان الوطي يصادف كل الجارية وكلها ليس
في ملكه فيصادف ملك الغير لا محالة فكان الفعل زنا من وجه لكن
درى الحد للشبهة وكذلك اذا وطي جارية ابويه او زوجته او جارية
اشتراها وهو يعلم انها لغير البايع ثم استحقت لما قلنا وكذلك لو
وطي جارية ابنه فاعلقها او لم يعلقها لوجود الوطي المحرم في غير ملك حقيقة
ولو وطي الحايض والنفسا او الصايمة او المحرمة او الحرة التي ظاهر
منها او الامة المزوجة لم تسقط عفته لقيام الملك او النكاح حقيقة
وانه محلل الا انه منع من الوطي لغيره وكذا اذا وطي مكاتبته في قول ابي

شرايط احصان القذف خمسه

تفسير العفة عن الزنا

حنيفة ومحمد واحدي الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخري عنه وهو قول زفر تسقط عفته وجه قولهما ان هذا وطي حصل في غير الملك لان عقد الكتابة اوجب زوال الملك في حق الوطي الا تري انه يباح له ان يطاها وكذا المهر يكون لها لا للمولي وهذا دليل زوال الملك في حق الوطي ولنا ان الوطي يصادف الذات وملك الذات قايم بعد الكتابة فكان الملك الملك المحلل قايما وانما الزايل ملك اليد فمنع من الوطي لما فيه من استرداد يدها علي نفسها فاشبهت الجارية المزوجة ولو تزوج معتدة الغير او منكوحة الغير او مرتدة او مجوسية او اخته من الرضاع سقطت عفته سوا علم او لم يعلم في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد اذا كان لا يعلم لا تسقط وجه قولهما انه اذا لم يعلم لا يكون الوطي حراما بدليل انه لا ياثم ولو كان حراما لاثم واذا لم يكن حراما لم تسقط العفة ولابي حنيفة ان حرمة الوطي ههنا ثابتة بالاجماع الا ان ههنا الاثم منتف والاثم ليس من لوازم الحرمة علي ما عرف واذا كانت الحرمة ثابتة بيقين سقطت العفة ولو قبل امراة بشهوة او نظر الي فرجها بشهوة ثم تزوج بابنتها فوطيها او تزوج بامها فوطيها لا تسقط عفته في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تسقط وجه قولهما ان التقبيل او النظر اوجب حرمة المصاهرة وانها حرمة موبدة فتسقط العصمة كحرمة الرحم المحرم ولابي حنيفة ان هذه الحرمة ليست مجمعا عليها بل هي محل الاجتهاد في السلف فلا تسقط العفة واما اذا تزوج امراة فوطيها ثم تزوج ابنتها او امها فوطيها سقطت عفته لان فساد هذا النكاح مجمع عليه لا اختلاف فيه اذ لا يعرف الخلاف فيه بين الصحابة رضي الله عنهم فلا يعتد بخلاف مالك فيه ولو تزوج امة وحرة في عقدة واحدة فوطيهما او تزوج امة علي حرة فوطيها لم تسقط عفته لان فساد هذا النكاح ليس مجمعا عليه في السلف بل هو محل الاجتهاد فالوطي فيه لا يوجب سقوط العفة ولو تزوج ذمي امراة وهي ذات رحم محرم منه ثم اسلم فقذفه رجل ان كان قد دخل بها بعد الاسلام سقطت عفته بالاجماع وان كان الدخول في حال الكفر لم تسقط في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد تسقط هكذا ذكر الكرخي وذكر محمد في الاصل انه يشترط احصانه ولم يذكر الخلاف وهو الصحيح لان هذا النكاح مجمع علي فساده وانما سقط الحد علي اصل ابي حنيفة لنوع شبهة والله اعلم وعلي هذا احد علي من قذف امراة محدودة في الزنا او معها ولد لا يعرف له اب او لاعنت بولد لان امارة الزنا ظاهرة فلم تكن عفيفة فان لاعنت بغير الولد او معها الولد لكنه لم يقطع النسب او قطع لكن الزوج عاد واكذب نفسه والحق النسب بالاب حد لانه لم يظهر منها علامة الزنا فكانت عفيفة والثاني ان يكون المقذوف معلوما فان كان مجهولا لا يجب الحد كما اذا قال لجماعة كلكم زان الا واحدا او قال ليس فيكم زان الا واحدا او قال لرجلين احدكما زان لان المقذوف مجهول ولو قال لرجلين احدكما

زان

زان فقال له رجل احدهما هذا فقال لا لا حد للاخر لانه لم يقذف بصريح الزنا ولا بما هو في معني الصريح ولو قال لرجل جدك زان لا حد عليه لان اسم الجد ينطلق علي الاسفل وعلي الاعلي فكان المقذوف مجهولا ولو قال لرجل اخوك زان فان كان له اخوة او اخوان سواه لا حد علي القاذف لان المقذوف مجهول وان لم يكن له الا اخ واحد فعليه الحد اذا حضر وطالب لان المقذوف معلوم وليس لهذا الاخ ولا بنه المطالبة لما نذكر في موضعه ان شا الله تعالي واما حيوة المقذوف وقت القذف فليس بشرط لوجوب الحد علي القاذف حتي يجب الحد بقذف الميت لما نذكر في موضعه ان شا الله تعالي

فصل واما الذي يرجع اليهما جميعا فواحد وهو ان لا يكون القاذف اب المقذوف ولا جده وان علا ولا امه ولا جدته وان علت فان كان لا حد عليه لقوله تعالي ولا تقل لهما اف والنهي عن التافيف نصا نهي عن الضرب دلالة ولهذا لا يقتل به قصاصا ولقوله تعالي وبالوالدين احسانا والمطالبة بالقذف ليس من الاحسان في شي فكان منفيا بالنص ولان توقير الاب واحترامه واجب شرعا وعقلا والمطالبة بالقذف للحد تكون ترك التعظيم والاحترام فكان حراما

فصل واما الذي يرجع الي المقذوف به فنوعان احدهما ان يكون القذف بصريح او ما يجري مجري الصريح وهو نفي النسب فان كان بالكناية لا يوجب لان الكناية محتملة والحد لا يجب مع الشبهة فمع الاحتمال اولي وبيان هذه الجملة في مسايل اذا قال لرجل يا زاني او قال زنيت او قال انت زاني يحد لانه تصريح القذف بالزنا ولو قال يا زانئ بالهمز او زنأت بالهمز يحد ولو قال عنيت به الصعود في الجبل لان العامة لا تفرق بين المهموز والملين وكذا من العرب من يهمز الملين فبقي مجرد النية فلا يعتبر ولو قال زنأت في الجبل يحد ولو قال عنيت به الصعود في الجبل لا يصدق في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يصدق ولو قال زنأت علي الجبل وقال عنيت به الصعود لا يصدق بالاجماع وجه قول محمد ان الزنا الذي هو فاحشة ملين يقال زنا يزني زنا والزنا الذي هو صعود مهموز يقال زنأ يزنئ زنأ وقال الشاعر
وارق الي الخيرات زنأ في الجبل
واراد به الصعود الا انه اذا لم يقل عنيت به الصعود حمل علي الزنا المعروف لان اسم الزنا يستعمل فيه عرفا وعادة فاذا قال عنيت به الصعود فقد عني به ما هو موجب اللفظ لغة فلزم اعتباره ولهما ان اسم الزنا يستعمل في الفجور عرفا وعادة والعامة لا تفصل بين المهموز والملين بل يستعمل المهموز ملينا والملين مهموزا فلا يصدق في الصرف عن المتعارف كما اذا قال زنيت في الجبل وقال عنيت به الصعود او قال زنأت ولم يذكر الجبل الا انه استعمل كلمة في مكان كلمة علي وانه جايز قال الله تعالي ولاصلبنكم في جذوع النخل اي علي جذوع النخل ومن مشايخنا من علل لهما بان المهموز منه يحتمل معني الملين وهو الزنا

الحد لا يوجب بالكناية

المعروف لان من العرب من يهمز الملبن فيتعين معنى الملبن بدلالة الحال
وهي حال الغضب لان المسألة مقصودة فيها واذا قال زنأت على الجبل وقال
عنيت به الصعود لم يصدق لانه لا تستعمل كلمة على في الصعود ولا يقال
صعد على الجبل وانما يقال صعد في الجبل ولو قال لرجل يا ابن الزاني فهو قاذف
لابيه كانه قال ابوك زاني ولو قال يا ابن الزانية فهو قاذف لامه كانه قال
امك زانية ولو قال يا ابن الزاني والزانية فهو قاذف لابيه وامه كانه قال
ابواك زانيان ولو قال يا ابن الزنا او يا ولد الزنا كان قذفا لان معناه
في عرف الناس وعادتهم انه مخلوق من ما الزنا ولو قال يا ابن الزانيين يكون
قذفا ويعتبر احصان امه التي ولدته لا احصان جدته حتى لو كانت امه
مسلمة فعليه الحد وان كانت جدته كافرة وان كانت امه كافرة فلا حد عليه
وان كانت جدته مسلمة لان امه في الحقيقة والدته والجدة تسمى اما مجازا
وكذلك لو قال يا ابن مائة زانية او يا ابن الف زانية يكون قاذفا لامه ويعتبر
في الاحصان حال الام لما قلنا ويكون المراد من العدد المذكور عدد المرات
لا عدد الاشخاص اي امك زنت مائة مرة او الف مرة ولو قال يا ابن القحبة
لم يكن قاذفا لان هذا الاسم كما يطلق على الزانية يستعمل على المهيأة المستعدة
للزنا وان لم تزن فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لو قال يا ابن الدعية
لان الدعية هي المراة المنسوبة الى قبيلة لا نسب لها منهم وهذا لا يدل على كونها
زانية لجواز ثبوت نسبها من غيره ولو قال لرجل يا زاني فقال الرجل لا بل انت الزاني
او قال لا بل انت يحدان جميعا لان كل واحد منهما قذف صاحبه صريحا ولو
قال لامراته يا زانية فقالت زنيت بك لا حد على الرجل لان المراة صدقته في
القذف فخرج قذفه من ان يكون موجبا للحد وتحد المراة لانها قذفته بالزنا
نصا ولم يوجد منه التصديق ولو قال لامراته يا زانية فقالت زنيت
معك لا حد على الرجل ولا على المراة اما على الرجل فلوجود التصديق منها اياه واما
على المراة فلان قولها زنيت معك يحتمل ان يكون المراد منه زنيت بك ويحتمل
ان يكون المراد منه زنيت بك ويحتمل ان يكون معناه زنيت بحضرتك
فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لامراته يا زانية فقال لا بل انت حدت
المراة حد القذف ولا لعان على الرجل لان كل واحد من الزوجين قذف صاحبه
وقذف المراة يوجب حد القذف وقذف الزوج امراته يوجب اللعان وكل
واحد منهما حد في البداية بحد المراة اسقاط الحد عن الرجل لان اللعان شهادات
موكدة بالايمان والمحدود في القذف لا شهادة له ونظير هذا ما قالوا فيمن
قال لامراته يا زانية بنت الزانية فخاصمت الام اولا تحد الزوج حد القذف
سقط اللعان لانه بطلت شهادته ولو خاصمت المراة اولا فلاعن القاضي بينهما
ثم خاصمت الام يحد الرجل حد القذف ولو قال لامراته يا زانية فقالت زنيت
بك لا حد ولا لعان لانه يحتمل انها ارادت بقولها زنيت بك لا حد ولا لعان
اي قبل النكاح ويحتمل انها ارادت اي ما مكنت من الوطي غيرك فان كان
ذلك زنا فهو زنا لان هذا متعارف فان ارادت الاول لا يجب اللعان يجب الحد
لانها اقرت بالزنا وان ارادت به الثاني يجب اللعان لان الزوج قذفها

لفظ القحبة لا يكون قذفا

بالزنا

بالزنا وهي لم تصدقه فيما قذفها به ولا حد عليها لوقوع الاحتمال في ثبوت كل واحد
منهما فلا يثبت ولو قال لامراة انت زانية فقالت المراة انت ازنى مني يحد
الرجل ولا تحد المراة اما الرجل فلانه قذفها بصريح الزنا ولم يوجد منها
التصديق واما المراة فلان قولها انت ازنى مني يحتمل انها ارادت به
التشبيه الى الزنا على الترجيح ويحتمل انها ارادت انت اقدر على الزنا واعلم
به مني فلا يجعل على القذف مع الاحتمال وكذلك اذا الانسان انت ازنى
الناس او ازنى الزناة او ازنى من فلان لا حد عليه لما قلنا وروي عن
ابي يوسف انه فرق بين قوله ازنى الناس وبين قوله ازنى مني او ازنى
من فلان فقال في الاول يحد وفي الثاني لا يحد وجه الفرق له ان قوله
انت ازنى الناس امكن حمله على ما يقتضيه ظاهر الصيغة وهو الترجيح في وجود
فعل الزنا منه لتحقق الزنا من الناس في الجملة فيحمل عليه وقوله انت ازنى
مني ومن فلان لا يمكن حمله على الترجيح في وجود الزنا لجواز انه لم يوجد
الزنا منه او من فلان فيحمل على الترجيح في القدرة او العلم فلا يكون قذفا
بالزنا ولو قال لرجل زنيت وفلان معك كان قاذفا لهما لانه قذف احدهما
وعطف الاخر عليه بحرف الواو وانها للجمع المطلق فكان مخبرا عن وجود الزنا
من كل واحد منهما رجلان استبا فقال احدهما لصاحبه ما انا بزاني ما ابي
بزاني ولا امي زانية فلم يكن هذا قذفا لان ظاهره نفي الزنا عن ابيه وامه
الا انه قد يكني بهذا الكلام عن نسبة اب صاحبه وامه الى الزنا لكن
القذف على سبيل الكناية والتعريض لا يوجب الحد ولو قال لرجل انت
تزني لا حد عليه لان هذا اللفظ يستعمل للاستقبال او يستعمل للحال
والاستقبال فلا يجعل قذفا مع الاحتمال وكذلك لو قال انت تزني وانا
اضرب الحد لان مثل هذا الكلام في عرف الناس لا يدل على قصد القذف
وانما يدل على طريق المثل على الاستعجاب ان كيف تكون العقوبة على انسان
والجناية من غيره كما قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى ولو قال
لامراته ما رايت زانية خيرا منك ولو قال لرجل ما رايت زانيا خيرا منك
لم يكن قذفا لانه ما جعل هذا المذكور خير الزنا وانما جعله خيرا من الزناة
وهذا لا يقتضي وجود الزنا منه ولو قال لامراة زنى بك زوجك قبل
ان يتزوجك فهو قاذف لانه نسب زوجها الى زنا حصل منه قبل التزوج
في كلام موصول فيكون قذفا ولو قال لامراة وطيك فلان وطيا حراما
او جامعك حراما او فجر بك او قال لرجل وطيت فلانة حراما او باضعتها
او جامعتها حراما فلا حد عليه لانه لم يوجد منه القذف بالزنا بل بالوطي
الحرام ويجوز ان يكون الوطي حراما ولا يكون زنا كالوطي بشبهة ونحو ذلك
ولو قال لغيره اذهب الى فلان فقل له يا زاني او يا ابن الزانية لم يكن
المرسل قاذفا لانه امر بالقذف فلم يقذف واما الرسول فانه ان ابتدا
فقال لا على وجه الرسالة يا زاني او يا ابن الزانية فهو قاذف وعليه الحد
وان بلغه على وجه الرسالة بان قال ارسلني فلان اليك وامرني ان اقول
لك يا زاني او يا ابن الزانية لا حد عليه لانه لم يقذف بل اخبر عن قذف

غيره ولو قال لاخر اخبرتك انك زاني او اشهدت على ذلك لم يكن قاذفا
لانه حكى عن خبر غيره بالقذف واشهاد غيره بذلك لم يكن قاذفا ولو قال
لرجل يا لوطي لم يكن قاذفا بالاجماع لان هذا نسبه الى قوم لوط فقط وهذا لا
يقتضي انه يعمل عملهم وهو اللواطة ولو افصح وقال انت تعمل عمل قوم لوط
وسمي ذلك لم يكن قاذفا عند ابي حنيفة ايضا وعندهما هو قاذف بنا
على ان هذا الفعل ليس بزنا عنده وعندهما هو في معنى الزنا والمسلة مرت
في موضعها ولو قال لرجل يا زاني فقال له اخر صدقت يحد القاذف ولا
حد على المصدق اما الاول فلوجود القذف الصريح منه واما المصدق فلان
قوله صدقت قذف بطريق الكناية ولو قال صدقت هو كما قلت يحد لان
هذا في معنى الصريح ولو قال لرجل اخوك زاني فقال الرجل لا بل انت يحد الرجل
لان كلمة لا بل لتاكيد الاثبات فقد قذف الاول بالزنا على سبيل التاكيد
واما الاول فينظر ان كان للرجل اخوة او اخوان سواه فلا حد عليه وان لم
يكن له الا اخ واحد فله ان يطالبه بالحد وليس لهذا الاخ المخاطب ان يطالب
لما ذكرنا فيما تقدم ولو قال لست لابيك فهو قاذف لامه سوا قال في غضب
او رضا لان هذا الكلام لا يذكر الا لنفي النسب عن الاب فكان قذفا لامه
ولو قال ليس هذا ابوك او قال لست انت ابن فلان لابيه او قال انت
ابن فلان لاجنبي ان كان في حال الغضب فهو قذف وان كان في غير حال الغضب
فليس بقذف لان هذا الكلام قد يذكر لنفي النسب وقد يذكر لنفي التشبه
في الاخلاق اي اخلاقك لا تشبه اخلاق ابيك او اخلاقك تشبه اخلاق
فلان الاجنبي فلا يجعل قذفا مع الشك والاحتمال وكذلك اذا قال
لرجل يا ابن مزيقيا او يا ابن ما السما انه يكون قذفا في حالة الغضب لا في
حالة الرضا لانه يحتمل انه اراد نفي النسب ويحتمل انه اراد به المديح
لتشبيه برجلين من سادات العرب فعامر بن حارثة كان يسمى ما
السما لصفايه وسخايه وعمرو بن عامر كان يسمى المزيقيا لمرقة الثياب
اذا كان ذا ثروة ونحوه كان يلبس كل يوم ثوبا جديدا فاذا امسى خلعه
ومزقه ليلا يلبسه غيره فنسبا ويه فيحكم الحال في ذلك فان كان في حال
الغضب فالظاهر انه اراد به نفي النسب فيكون قذفا وان كان في حال
الرضا فالظاهر انه اراد به القذف فلم يكن قذفا ولو قال انت ابن فلان
لعمه او لخاله او لزوج امه لم يكن قذفا لان العم يسمى ابا وكذلك الخال
وزوج الام قال الله تعالى قالوا نعبد الهك واله اباىك ابراهيم واسمعيل
واسمعيل كان عم يعقوب صلوات الله عليهما وسلامه وقد سماه اباه
قال الله تعالى ورفع ابويه على العرش وقيل انما انهما ابوه وخالته
واذا كانت الخالة اما كان الخال ابا وقال الله تعالى ان ابني من اهلي
قيل في التفسير انه كان ابن امراته من غيره ولو قال لست بابن
فلان لجده لم يكن قذفا لانه صادق في قذفه كلامه حقيقة لان الجد
لا يسمى ابا حقيقة بل مجازا ولو قال لعربي يا نبطي لم يكن قذفا وكذلك
اذا قال لست من بني فلان للقبيلة التي هو منها لم يكن قذفا

بالوطي ليس بقذف

عند عامة العلما وقال ابن ابي ليلى يكون قذفا والصحيح قول العامة لانه بقوله
يا نبطي لم يقذفه ولكنه نسبه الى غير بلده كمن قال للبلدي يا رستاقي وكذلك
اذا قال يا ابن الخياط او يا ابن الاصفر او الاسود وابوه ليس كذلك لم يكن
قاذفا بل يكون كاذبا وكذلك اذا قال يا ابن الاقطع او يا ابن الاعور وابوه ليس
باقطع ولا اعور يكون كاذبا لا قاذفا كما اذا قال للبصير يا اعمى ثم
القذف بلسان العرب وغيره سوا ويجب الحد لان معنى القذف هو النسبة
وهذا يتحقق بكل لسان والله اعلم والثاني ان يكون المقذوف به
متصور الوجود من المقذوف فان كان لا يتصور لم يكن قذفا وعلى هذا يخرج
ما اذا قال لاخر زنى فخذك او ظهرك انه لا حد عليه لان الزنا لا يتصور
من هذه الاعضا حقيقة فكان المراد منه المجاز من طريق التسبيب
كما قال صلى الله عليه وسلم العينان يزنيان واليدان يزنيان والرجلان
يزنيان والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه وكذلك لو قال زنيت باصبعك
لان الزنا بالاصبع لا يتصور حقيقة ولو قال زنا فرجك يحد لان الزنا بالفرج
يتحقق كانه قال زنيت بفرجك ولو قال لامراة زنيت بفرس او حمار او بعير
او ثور لا حد عليه لانه يحتمل انه اراد به تمكينها من هذه الحيوانات لان ذلك
متصور حقيقة ويحتمل انه اراد به جعل هذه الحيوانات عوضا واجرة في الزنا
فان اراد به الاول لا يكون قذفا لانها بالتمكين منها لا تصير مزنيا بها لعدم
تصور الزنا من البهيمة وان اراد به الثاني يكون قذفا كما اذا قال زنيت بالدراهم
او بالدنانير او بشي من الامتعة فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ولو قال لها زنيت
بناقة او بقرة او اتان او رمكة فعليه الحد لانه تعذر حمله على التمكين فيحمل
على العوض لان حرف البا قد يستعمل في الاعواض ولو قال ذلك لرجل لم يكن
قذفا في جميع ذلك سوا كان ذكرا او انثى لانه يمكن حمله على حقيقة الوطي
ووطيها لا يتصور ان يكون زنا فلا يكون قذفا ويمكن حمله على العوض فيكون
قذفا فوقع الاحتمال في كونه قذفا فلا يجعل قذفا مع الاحتمال ومن مشايخنا
من فصل بين الذكر والانثى فقال يكون قذفا في الذكر لا في الانثى لان فعل
الوطي من الرجل يوجد في الانثى فلا يحمل على العوض فلا يوجد في الذكر فيحمل على
العوض والصحيح انه لا فرق بين الذكر والانثى لان الوطي يتصور في الصنفين
في الجملة ولو قال لامراة زنيت وانت مكرهة او معتوهة او مجنونة او
نايمة لم يكن قذفا لانه نسبها الى الزنا في حال لا يتصور منها الزنا فيكون
كذبا لا قذفا ومثله لو قال لامة اعتقت زنيت وانت امة او قال لكافرة
اسلمت زنيت وانت كافرة يكون قذفا وعليه الحد لان في المسلة الاولى
قذفها للحال بالزنا في حال لا يتصور منها وجود الزنا فيها فكان كلامه كذبا
لا قذفا وفي المسلة الثانية قذفها للحال بوجود الزنا منها في حال يتصور
منها الزنا وهي حال الرق والكفر لانهما لا يمنعان وقوع الفعل زنا وانما
يمنعان الاحصان والاحصان يشترط وجوده وقت القذف لانه
السبب الموجب للحد وقد وجد ولو قال لانسان لست لامك لا حد عليه
لانه كذب محض لانه نفي النسب من الام ونفي النسب من الام لا يتصور

الا نري ان امه ولدته حقيقة وكذلك لو قال له لست لابويك لانه نفي نسبه
عنهما ولا ينتفي عن الام لانها ولدته فيكون كذبا بخلاف قوله لست لابيك لان
ذلك ليس بنفي لولادة الام بل هو نفي النسب عن الاب ونفي النسب عن الاب
يكون قذفا للام وكذلك لو قال لست لابيك لست لامك في كلام موصول
لم يكن قذفا لان هذا وقوله لست لابويك سوا ولو قال لست لادم ولست
لرجل او لست لانسان لا حد عليه لانه كذب محض لان نسبه لا يحتمل
الانقطاع عن هولا فكان كذبا محضا لا قذفا فلا يجب الحد وعلي هذا يخرج ما
اذا قال لرجل يا زانية انه لا يكون قذفا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد يكون قذفا وجه قول محمد ان الها قد تدخل صلة زايدة في الكلام قال
الله تعالي ما اغني عني ماليه هلك عني سلطانيه ومعناه مالي وسلطاني والها
زايدة فيحذف الزايد ويبقي قوله يا زاني وقد تدخل في الكلام للمبالغة في
الصفة كما يقال علامه ونسابه ونحو ذلك فلا يختل به معني القذف يدل
عليه ان حذفه في نعت المراة لا يخل بمعني القذف حتي لو قال لامراة
يا زاني يجب الحد بالاجماع فكذلك الزيادة في نعت الرجل ولهما انه قذفه
بما لا يتصور فيلغوا ودليل عدم التصور انه قذفه بفعل المراة وهو
التمكين لان الها في الزانية ها التانيث كالضاربة والقاتلة والسارقة
ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما اذا قال لامراة يا زاني لانه اتي
بمعني الاسم وحذف الها وها التانيث قد تحذف كالحايض والطالق والحامل
والحامل ونحو ذلك والله اعلم

فصل

واما الذي يرجع الي المقذوف فيه
وهو المكان وهو ان يكون القذف في دار العدل فان كان في دار الحرب او
في دار البغي فلا يوجب الحد لان المقيم للحدود هم الايمة ولا ولاية لامام
اهل العدل علي دار الحرب ولا علي دار البغي فلا يقدر علي الاقامة فيهما
والقذف فيهما لم ينعقد موجبا للحد حين وجوده فلا يحتمل الاستيفا
بعد ذلك لان الاستيفا للواجب والله اعلم

فصل

واما الذي يرجع
الي نفس القذف فهو ان يكون مطلقا عن الشرط والاضافة الي وقت فان
كان معلقا بشرط او مضافا الي وقت لا يوجب الحد لان ذكر الشرط او الوقت
يمنع وقوعه قذفا للحال وعند وجود الشرط او الوقت يجعل كانه نجز القذف
كما في ساير التعليقات والاضافات فكان قاذفا تقديرا مع انعدام القذف
حقيقة فلا يجب الحد وعلي هذا يخرج ما اذا قال رجل من قال كذا وكذا
فهو زان او ابن الزانية فقال رجل انا قلت انه لا حد علي المبتدي لانه علق
القذف بشرط القول وكذلك اذا قال لرجل ان دخلت هذه الدار فانت
زاني او ابن الزانية فدخل لا حد علي القايل لما قلنا وكذا من قال لغيره انت
زان او ابن الزانية غدا او راس شهر كذا فجا الغد والشهر لا حد عليه لان اضافة
القذف الي وقت يمنع تحقق القذف في الحال وفي المال علي ما بينا والله اعلم
بالصواب

فصل

واما بيان ما تظهر به الحدود عند القاضي فنقول
وبالله التوفيق الحدود كلها تظهر بالبينة والاقرار لكن استجماع شرايطها
اما شرط البينة علي الحد فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون

البعض اما الذي يعم الكل فالذكورة والاصالة فلا تقبل شهادة النسا ولا الشهادة
علي الشهادة ولا كتاب القاضي الي القاضي في الحدود كلها لتمكن زيادة شبهة فيها
ذكرناها في كتاب الشهادات والحدود لا تثبت مع الشبهات ولو ادعي القاذف
ان المقذوف صدقه واقام علي ذلك رجلا وامراتين جاز وكذلك الشهادة
علي الشهادة وكتاب القاضي الي القاضي لان الشهادة ها هنا قامت علي اسقاط الحد
لا علي اثباته والشبهة تمنع من اثبات الحد لا من اسقاطه واما الذي
يخص البعض دون البعض فمنها عدم التقادم وانه شرط في حد الزنا والسرقة
وشرب الخمر وليس بشرط في حد القذف والفرق ان الشاهد اذا عاين
الجريمة فهو مخير بين اداء الشهادة حسبة لله تعالي لقوله تعالي واقيموا
الشهادة وبين الستر علي اخيه المسلم لقوله صلي الله عليه وسلم من ستر علي
اخيه المسلم ستر الله عليه في الاخرة فلما لم يشهد علي فور المعاينة حتي تقادم
العهد دل ذلك علي اختيار جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك علي اختيار
جهة الستر فاذا شهد بعد ذلك دل ان الضغينة حملته علي ذلك فلا تقبل
شهادته لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال ايما قوم شهدوا علي حد لم
يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا علي ضغن ولا شهادة لهم ولم ينقل انه
انكر عليه منكر فيكون اجماعا فدل قول عمر رضي الله عنه ان مثل هذه الشهادة
شهادة ضغينة وانها غير مقبولة ولان التاخير والحالة هذه يورث تهمة
ولا شهادة للمتهم علي لسان رسول الله صلي الله عليه وسلم بخلاف حد القذف
لان التاخير ثمة لا يدل علي الضغينة والتهمة لان الدعوي هناك شرط
فاحتمل ان التاخير كان لتاخير الدعوي من المدعي والدعوي ليست بشرط
في الحدود الثلثة فكان التاخير لما قلنا ويشكل علي هذا فصل السرقة فان
الدعوي هناك شرط ومع هذا التقادم مانع واحتاجت عبارات مشايخنا
في الجواب عن هذا الاشكال فقال بعضهم ان معني الضغينة والتهمة حكمة
المنع من قبول الشهادة والسبب الظاهر هو كون الحد خالص حق الله تعالي
والحكم يدار علي السبب الظاهر لا علي الحكمة وقد وجد السبب الظاهر
في السرقة فيوجب المنع من قبول الشهادة وهذا ليس بسديد لان الاصل
تعليق الحكم بالحكمة الا اذا كان وجه الحكمة خفيا لا يوقف عليه الا بحرج
فيقام السبب الظاهر مقامه وتجعل الحكمة موجودة تقديرا وها هنا
يمكن الوقوف عليه من غير حرج ولم يوجد في السرقة لما بينا فيجب ان تقبل
الشهادة بعد التقادم وقال بعضهم انما لا تقبل الشهادة في السرقة
لان دعوي السرقة بعد التقادم لا تصح لان المدعي في الابتدا مخير بين ان
يدعي السرقة ويقطع طمعه عن ماله احتسابا بالاقامة الحد وبين ان
يدعي علي اخذ المال سترا علي اخيه المسلم فلما اخر دل تاخيره علي اختيار
جهة الستر والاعراض عن جهة الحسبة فلما شهد بعد ذلك فقد قصد
الاعراض عن جهة الستر فلم يصح اعراضه ولم يجعل قاصدا جهة الحسبة
لانه قد كان اعرض عنها عند اختياره جهة الستر فلم تصح دعواه السرقة
فلم تقبل الشهادة علي السرقة لان قبول الشهادة يقف علي دعوي صحيحة

فيما يشترط فيه الدعوي فبقي مدعيا اخذ المال لا غير فتقبل الشهادة حسبة
اذ التقادم لا يمنع قبول الشهادة علي الاموال بخلاف حد القذف لان المقذوف
ليس بمخير بين بذل النفس وبين اقامة الحد بالدعوي بل الواجب عليه دفع العار
عن نفسه ودعوي القذف فلا يتهم بالتاخير فكانت الدعوي منه صحيحة والشيخ
ابو منصور الماتريدي اشار الي معني اخر في شرح الجامع الصغير حكينه بلفظه
وهو ان عادة السراق الاقدام علي السرقة في حال الغفلة وانتهاز الفرصة في موضع
الخفية وصاحب الحق لا يطلع علي من شهد ذلك ولا يعرفهم الا بهم وبخبرهم فاذا
كتموا اثموا وقد يعلم المدعي شهوده في غير ذلك من الحقوق ويطلبها اذا احتاجوا
اليها فكانوا في سعة من تاخيرها واذا بطلت الشهادة علي السرقة بالتقادم قبلت
في حق المال لان بطلانها في حق الحد لتمكن الشبهة فيها والحد لا يثبت مع الشبهة
واما المال فيثبت معها ثم التقادم انما يمنع قبول الشهادة في الحدود الثلثة
اذا كان التقادم في التاخير من غير عذر ظاهر بان كان المشهود عليه في موضع ليس فيه
حاكم فحمل الي بلد فيه حاكم وشهدوا عليه جازت شهادتهم وان تاخرت لان هذا
موضع العذر فلا يكون التقادم فيه مانعا ثم لم يقدر ابو حنيفة رحمه الله
للتقادم تقديرا وفوض ذلك الي اجتهاد كل حاكم الي زمانه فانه روي عن ابي يوسف
كان ابو حنيفة لا يوقت في التقادم شيا وجهدنا ان يوقت فابي وابو يوسف
ومحمد قدراه بشهر فان كان شهرا او اكثر فهو متقادم وان كان دون شهر فليس
بمتقادم لان الشهر ادني الاجل فكان ما دونه في حكم العاجل ولابي حنيفة رحمه
الله ان التاخير قد يكون لعذر والاعذار في حكم التاخير مختلفة فتعذر التوقيت
فيه فيفوض الي اجتهاد القاضي فيما يعده ابطا وما لا يعد واذا لم تقبل شهادة
الشهود بزنا متقادم هل يحدون حد القذف حكي الحسن بن زياد انهم يحدون
وتاخيرهم محمول علي اختيار جهة الستر فخرج كلامهم عن كونه شهادة فبقي قذفا
فيوجب الحد وقال الكرخي الظاهر انه لا يجب عليهم الحد وهكذا ذكر القاضي في
شرحه انه لا حد عليهم لان تاخيرهم وان اورث تهمة وشبهة في الشهادة فاصل
الشهادة باق فلما اعتبرت الشبهة في اسقاط حد الزنا عن المشهود عليه فلان يعتبر
حقيقة الشهادة لاسقاط حد القذف عن الشهود ومنها قيام الرائحة وقت
ادا الشهادة في حد الشرب في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس
بشرط والحجج تاتي في موضعها ان شا الله تعالي ومنها عدد الاربع في الشهود
في حد الزنا لقوله تعالي واللاتي ياتين الفاحشة من نسايكم فاستشهدوا عليهن
اربعة وقوله تعالي والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا
وقوله تعالي لولا جاوا عليه باربعة شهدا ولان الشهادة احد نوعي الحجة فيعتبر
بالنوع الاخر بالاقرار وهناك عدد الاربع شرط كذا هاهنا بخلاف ساير الحدود
فان عدد الاقارير الاربع لم يشترط فيها فكذا عدد الاربع من الشهود ولان
ولان اشتراط عدد الاربع في الشهادات ثبت بحد ولا به عن القياس بالنص
والنص ورد في الزنا خاصة فان شهد علي اقل من اربعة لم تقبل شهادتهم لنقصان
العدد المشروط وهل يحدون حد القذف قال اصحابنا يحدون وقال
الشافعي اذا جاوا مجي الشهود لم يحدوا وعلي هذا الخلاف اذا شهد ثلثة فقال

الرابع

الرابع رايتهما في لحاف واحد لم يزد عليه انه يحد الثلثة عندنا ولا حد علي الرابع
لانه لم يقذف الا اذا كان قال في الابتدا اشهد انه قد زنا ثم فسر الزنا بما
ذكر فحينيذ يحد وجه قول الشافعي اذا جاوا مجي الشهود كان قصدهم اقامة
الشهادة حسبة لله تعالي لا القذف فلم يكن فعلهم جناية فلم يكن قذفا ولنا
ما روي ان ثلثة شهدوا علي مغيرة بالزنا فقام الرابع وقال رايت اقداما بادية
ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم ما ورا ذلك فقال عمر رضي الله عنه الحمد لله
الذي لم يفضح رجلا من اصحاب محمد صلي الله عليه وسلم وحد الثلثة وكان
ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا
ولان الموجود من الشهود كلام قذف حقيقة اذ القذف هو النسبة الي الزنا
وقد وجد من الشهود حقيقة فيدخلون تحت اية القذف الا انا اعتبرنا تمام
عدد الاربع اذا جاوا مجي الشهود فقد قصدوا اقامة واجب حق الله تعالي لخرج
كلامهم عن كونه قذفا وصار شهادة شرعا فعند النقصان بقي قذفا حقيقة فيوجب
الحد ولو شهد ثلثة علي الزنا وشهد رابع علي شهادة غيره يحد الثلثة لان شهادتهم
صارت قذفا لنقصان العدد ولا حد علي الرابع لانه لم يقذف بل حكي قذف غيره
ولو علم ان احد الاربع عبد او مكاتب او صبي او اعمي او محدود في قذف حدوا
جميعا لان الصبي والعبد ليست لهما اهلية الشهادة اصلا وراسا فانتقص
العدد فصار كلامهم قذفا والاعمي والمحدود في القذف ليست لهما اهلية
الشهادة وان كانت لهم اهلية الشهادة تحملا وسماعا فقصرت اهليتهما للشهادة فانتقص
العدد وصار كلامهم قذفا وسوا علم ذلك قبل القضا او بعد القضا قبل الامضا
وان علم ذلك بعد الامضا فان كان الحد جلدا فكذلك يحدون ولا يضمنون
ارش الضرب في قول ابي حنيفة وعندهما يجب في بيت المال علي ما ذكرنا في كتاب
الرجوع عن الشهادات وان كان رجما لا يحدون لانه تبين ان كلامهم وقع قذفا ومن
قذف حيا ثم مات المقذوف سقط الحد وتكون الدية في بيت المال لان الخطا حصل
من القاضي وخطا القاضي علي بيت المال لانه عامل لعامة المسلمين وبيت المال مال
المسلمين ولو شهد الزوج وثلاثة نفر حد الثلاثة ولاعن الزوج امراته لان قذف
الزوج يوجب اللعان لا الحد فانتقص العدد في حق فصار كلامهم قذفا فيحدون
حد القذف ولو علم ان الشهود الاربع عبيد او كفار او محدودون في قذف
او عميان يحدون حد القذف وان علم انهم فساق لا يحدون والفرق ما ذكرنا ان
العبد والكافر لا شهادة لهما اصلا والاعمي والمحدود في القذف لهم شهادة سماعا
وتحملا لا ادا فكان كلامهم قذفا والفاسق له شهادة علي اصل اصحابنا رحمهم الله
سماعا وادا فكان كلام الفساق شهادة لا قذفا فلا يحدون حد القذف والله اعلم
ولو ادعي المشهود عليه ان احد الشهود الاربعة عبد فالقول قوله حتي يقيم البينة
انه حر لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الناس احرار الا في اربع الشهادة والقصاص
والعقل والحدود والمعني فيه ما ذكرنا في غير موضع ومنها اتحاد المجلس وهو ان
يكون الشهود مجتمعين في مجلس واحد عند ادا الشهادة فان جاوا متفرقين يشهدون
واحدا بعد واحد فلا تقبل شهادتهم ويحدون وان كثروا لما ذكرنا ان كلامهم قذف
حقيقة انما يخرج عن كونه قذفا شرعا بشرط ان يكونوا مجتمعين في مجلس واحد وقت

ادآ الشهادة فاذا انعدمت هذه الشريطة بقي قذفا فيوجب الحد حتى لو جاوا مجتمعين
او متفرقين وقعدوا في موضع الشهود في ناحية من المسجد ثم جاوا واحدا بعد
واحد وشهد واجازت شهادتهم لوجود اجتماعهم في مجلس واحد وقت الشهادة
اذ المسجد كله مجلس واحد وان كانوا خارجين من المسجد فجا واحد منهم
ودخل المسجد وشهد ثم جا الثاني والثالث والرابع يضربون الحد وان كانوا
مثل ربيعة ومضر هكذا روي عن عمر رضي الله عنه انه قال لو جا ربيعة
ومضر فرادي لحددتهم عن اخرهم وانما قال بمحضر من الصحابة رضي الله
عنهم ولم ينقل انه انكر عليه احد منهم فيكون اجماعا منهم ۞ ومنها ان المشهود
عليه بالزنا ممن يتصور منه الوطي فان كان ممن لا يتصور كالمجبوب
لا تقبل شهادتهم ويحدون حد القذف وان كان المشهود عليه خصيا
او عنينا قبلت شهادتهم ويحد لتصور الزنا منهما لقيام الالة بخلاف
المجبوب ۞ ومنها ان يكون المشهود عليه بالزنا ممن يقدر على
دعوي الشبهة فان كان ممن لا يقدر كالاخرس لا تقبل شهادتهم
لان من الجايز انه لو كان قادرا لادعي شبهة ولو كان المشهود عليه
بالزنا اعمي تقبل شهادتهم لان الاعمي قادر على دعوي الشبهة لو كانت عنده
شبهة ولو شهدوا بالزنا ثم قالوا تعمدنا النظر الي فرجها لا تبطل شهادتهم
لان اذا الشهادة لابد له من التحمل ولابد للتحمل من النظر الي عين الفرج
ويباح لهم النظر اليها لقصد اقامة الحسبة كما يباح للطبيب
لقصد المعالجة ولو قالوا نظرنا مكررا بطلت شهادتهم لانه سقطت
عدالتهم ۞ ومنها اتحاد المشهود به وهو ان يجمع الشهود الاربع على فعل
واحد فان اختلفوا لا تقبل شهادتهم وعلى هذا يخرج ما اذا شهد اثنان
انه زنا في مكان كذا وشهد اخران انه شهد في مكان اخر والمكانان متباينان
بحيث يمتنع ان يقع فيهما فعل واحد عادة كالبلدتين والدارين والبيتين
لا تقبل شهادتهم ولا حد على المشهود عليه لانهم شهدوا بفعلين مختلفين
لاختلاف المكانين وليس على احد منهما شهادة الاربع ولا حد على الشهود ايضا
عند اصحابنا وعند زفر يحدون وجه قوله ان عدد الشهود قد انتقض
لان كل فريق شهد بفعل غير الذي شهد به الفريق الاخر ونقصان عدد الشهود
يوجب صيرورة الشهادة قذفا كما لو شهد ثلاثة بالزنا ولنا ان المشهود به
لم يختلف عند الشهود لان عندهم ان هذا زنا واحد وانما وقع اختلافهم
في المكان فيثبت شهادتهم شبهة اتحاد الفعل فيسقط الحد وعلى هذا اذا اختلفوا
في الزمان فشهد اثنان انه زنا بها في يوم كذا واثنان في يوم اخر ولو شهد
اثنان انه زنا في هذه الزاوية من البيت وشهد اثنان انه زني في هذه الزاوية
الاخري منه يحد المشهود عليه لجواز ان ابتدا الفعل وقع في هذه الزاوية
من البيت وانتهاوه في زاوية اخري منه لانتقالهما واضطرابهما فلم يختلف
المشهود به فتقبل شهادتهم حتى لو كان البيت كبيرا لا تقبل لانه يكون
بمنزلة البيتين ولو شهد اربعة بالزنا بامراة فشهد اثنان انه استكرهها
واثنان انها طاوعته لا حد عليها وعنه لا حد على المراة بالاجماع لان الحد لا يجب الا بالزنا

احد منهم
صح

طوعا

طوعا ولم تثبت الطواعية في حقها واما الرجل فلا حد عليه ايضا عند ابي حنيفة
وعندهما يحد وجه قولهما ان زنا الرجل عن طوع ثبت بشهادة الاربع لا انه تفرد
اثنان منهم باثبات زيادة الاكراه منه وانه لا يمنع وجوب الحد كما لو زنا بها
مستكرهة ولابي حنيفة ان المشهود به قد اختلف لان فعل المكرهة غير فعل
من ليس بمكره وقد شهدوا بفعلين مختلفين وليس على احدهما شهادة الاربع
فلا يحد المشهود عليه ولا الشهود عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر
وقد مر الكلام فيه في اختلافهم في المكان والزمان والله اعلم ثم
الشهود اذا استجمعوا شرايط صحة الشهادة وشهدوا عند القاضي سالهم
القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتي زنا واين زنا وبمن زنا اما السوال
عن ماهية الزنا فلانه يحتمل انهم ارادوا به غير الزنا المعروف لان اسم الزنا يقع
على انواع لا توجب الحد قال النبي صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان
واليدان تزنيان والرجلان تزنيان والفرج يصدق ذلك كله او يكذبه
واما السوال عن الكيفية فانه يحتمل انهم ارادوا به الجماع فيما دون الفرج
لان ذلك يسمي جماعا حقيقة او مجازا وانه لا يوجب الحد واما السوال عن
الزمان فلانه يحتمل انهم شهدوا بزنا متقادم والتقادم يمنع قبول الشهادة
بالزنا واما السوال عن المكان فلانه يحتمل انه زنا في دار الحرب او في دار البغي
وانه لا يوجب الحد واما السوال عن المزني بها فلانه يحتمل ان تكون الموطوءة
ممن لا يجب الحد بوطيها كجارية الابن وغير ذلك فاذا سالهم القاضي عن هذه
فوصفوا سال المشهود عليه اهو محصن ام لا فان انكر الاحصان وشهد على
الاحصان رجلان او رجل وامراتان على الاختلاف سال الشهود عن
الاحصان ما هو لان له شرايط يجوز ان يخفي على الشهود فاذا وصفوا قضي
بالرجم ولو شهدت بينة الاحصان انه جامعها او باضعها صار محصنا لان
هذا اللفظ في العرف يستعمل في الوطي في الرحم ولو شهدوا انه دخل بها
صار محصنا وهذا وقوله جامعها سوا في قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لا يصير محصنا وجه قوله ان هذا اللفظ يستعمل في الوطي
ويستعمل في الزفاف فلا يثبت الاحصان مع الاحتمال ولهما ان الدخول
بالمراة في عرف اللغة والشرع يراد به الوطي قال الله تعالى وربايبكم اللاتي
في حجوركم من نسايكم اللاتي دخلتم بهن حرم الربيبة بشرط الدخول
بامها فعلم ان المراد من الدخول هو الوطي لانه لا يحرم بمجرد نكاح الام من غير
وطي وذكر القاضي في شرحه الاختلاف على القلب فقال على قول ابي حنيفة
لا يصير محصنا ما لم يصرح بالوطي وعلى قول محمد يصير محصنا ولو
شهدوا على الدخول وكان له منها ولد فهو محصن بالاجماع وكفي بالولد
شاهدا والله اعلم ۞ واما شرايط الاقرار بالحد فمنها ما يعم الحدود كلها
ومنها ما يخص البعض دون البعض اما الذي يعم الحدود كلها فمنها البلوغ
فلا يصح اقرار الصبي في شي من الحدود لان سبب وجوب الحد لا بد
وان يكون جناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية فكان اقراره كذبا
محضا ومنها النطق وهو ان يكون الاقرار بالخطاب والعبارة دون الكتاب

والاشارة حتى ان الاخرس لو كتب الاقرار في كتاب او اشار اليه اشارة معلومة
لاحد عليه لان الشرع علق وجوب الحد بالبيان المتناهي الا ترى انه لو اقر
بالوطي الحرام لا يقام عليه الحد ما لم يصرح بالزنا والبيان لا يتناهى الا بالتصريح
والكتابة والاشارة بمنزلة الكناية فلا يوجب الحد واما البصر فليس بشرط
لصحة الاقرار فيصح اقرار الاعمى في الحدود كلها كالبصير لان العمى لا يمنع
مباشرة سبب وجوبها وكذا الحرية والاسلام والذكورة ليست بشرط
حتى يصح اقرار الرقيق والذمي والمراة في جميع الحدود وعند زفر لا يصح
اقرار العبد بشي من الحدود من غير تصديق المولى والكلام في الطريق
مار على نحو ما ذكرنا في كتاب السرقة والله اعلم واما الذي يخص البعض
دون البعض فمنها عدد الاربع في حد الزنا خاصة وهو ان يقر اربع مرات
وهذا عندنا وعند الشافعي ليس بشرط ويكتفي باقراره مرة واحدة وجه قوله
ان الاقرار انما صار حجة في الشرع لرجحان جانب الصدق فيه على جانب الكذب
وهذا المعنى عند التكرار والتوحد سوا لان الاقرار اخبار والخبر لا يزيد
رجحانا بالتكرار ولهذا لم يشترط في ساير الحدود بخلاف عدد المثنى
في الشهادة لان ذلك يوجب زيادة غلبة الظن فيها الا ان شرط عدد الاربع
في باب الزنا تعبدا فيقتصر على موضع التعبد ولنا ان القياس ما قاله
الا انا تركنا القياس بالنص وهو ما روي ان ماعزا رضي الله عنه لما جا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم واقر بالزنا اعرض عنه بوجهه ثم
جاه واقر فاعرض عنه بوجهه هكذا الى الاربع فلو كان الاقرار مرة مظهرا
للحد لما اخره الى الاربع لان الحد بعد ما ظهر وجوبه للامام لا يحتمل التاخير
واما العدد في الاقرار بالقذف فليس بشرط بالاجماع وهل يشترط في الاقرار
بالسرقة والشرب والسكر قال ابو حنيفة ومحمد ليس بشرط وقال ابو
يوسف شرط والاصل عند ابي يوسف ان اصل كل ما يسقط بالرجوع فعدد الاقرار
فيه كعدد الشهود وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله ان عند ابي يوسف
يشترط الاقرار مرتين في مكانين وجه قوله ان حد السرقة والشرب
والسكر خالص حق الله تعالى كحد الزنا فيلزم مراعاة الاحوال احتياطا فيه
باشتراط العدد كما في الزنا الا انه يكتفي ههنا مرتين ويشترط الاربع هناك
استدلالا بالبينة لان السرقة والشرب كل واحد منهما يثبت بنصف ما
يثبت به الزنا وهو شهادة شاهدين فكذلك الاقرار ولهما ان الاصل ان لا يشترط
التكرار في الاقرار لما ذكرنا انه اخبار والمخبر لا يزداد بتكرار الخبر وانما
عرفنا عدد الاربع في باب الزنا بالنص غير معقول المعنى فيقتصر على مورد
النص ومنها عدد المجالس فيه وهو ان يقر اربع مرات في اربع مجالس واختلف
المشايخ انه يعتبر مجالس القاضي او مجالس المقر والصحيح انه يعتبر مجالس
المقر وهكذا روي عن ابي حنيفة انه يعتبر مجالس المقر لان النبي صلى الله
عليه وسلم اعتبر اختلاف مجالس ماعز حيث كان يخرج من المسجد في كل
مرة ثم يعود ومجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يختلف وقد روي
عن ابي حنيفة رحمه الله في تفسير اختلاف مجالس المقر وهو ان يقر مرة

زيادة صح

ثم يذهب حتى يتوارى عن بصر القاضي ثم يجي فيقر ثم يذهب هكذا اربع مرات
ومنها ان يكون اقراره بين يدي الامام فان كان عند غيره لم يجز اقراره لان اقرار
ماعز كان بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو اقر في غير مجلس القاضي
وشهد الشهود على اقراره لا تقبل شهادتهم لانه ان كان مقرا فالشهادة لغو
لان الحكم للاقرار لا للشهادة وان كان منكرا فالانكار منه رجوع والرجوع عن
الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى صحيح ۞ ومنها الصحو في الاقرار
بالزنا والسرقة والشرب والسكر حتى لو كان سكرانا لا يصح اقراره اما
على قول ابي حنيفة فلان السكران من صار بالشرب الى حالة لا يعقل
قليلا ولا كثيرا فكان عقله زايلا مستورا حقيقة واما على اصلهما فلانه
اذا غلب الهذيان على كلامه فقد ذهبت منفعة العقل ولهذا لم تصح
ردته فيورث ذلك شبهة في وجوب الحد وليس بشرط في الاقرار بالحدود
والقصاص لان القصاص خالص حق العبد وللعبد حق في حد القذف
فيصح مع السكر كالاقرار بالمال وساير التصرفات واذا صحا فان دام على اقراره
يقام عليه الحدود كلها وان انكر فالانكار منه رجوع فيصح في الحدود الخالصة
وهو حد الزنا والشرب والسرقة في حق القطع ولا يصح في القذف والقتل
العمد والله اعلم ۞ ومنها ان يكون الاقرار بالزنا ممن يتصور وجود الزنا
منه فان كان لا يتصور كالمجبوب لا يصح اقراره لان الزنا لا يتصور منه
لانعدام الالة ويصح اقرار الخصي والعنين ليتصور الزنا منهما لتحقق الالة
والذي يجن ويفيق اذا اقر في حال افاقته فهو مثل الصحيح لانه في حال افاقته
صحيح ۞ ومنها ان يكون المزني به في الاقرار بالزنا ممن يقدر على دعوى الشبهة
فان لم يكن بان اقر رجل انه زنا بامراة خرسا او اقرت امراة انها زنت
باخرس لم يصح اقراره لان من الجايز انه لو كان يقدر على النطق لادعى
النكاح او انكر الزنا ولم يدع شيا فيندري عنه الحد لما نذكر في موضعه
ان شا الله تعالى واما حضرة المزني بها في الاقرار بالزنا والشهادة عليه
فليست بشرط حتى لو اقر انه زنا بامراة غايبة او شهد عليه الشهود
بامراة غايبة صح الاقرار وقبلت الشهادة ويقام الحد على الرجل
لان الغايب بالغيبة ليس الا الدعوى وانها ليست بشرط ولهذا رجم
ماعز من غير شرط حضور تلك المراة وكذلك العلم بالمزني بها ثم اذا صح
اقراره بالزنا بامراة غايبة يعرفها او لا يعرفها فحضرة المراة فلا تخلو اما
ان حضرت قبل اقامة الحد على الرجل واما ان حضرت بعد الاقامة فان
حضرت بعد الاقامة فان اقرت بمثل ما اقر الرجل تحد ايضا كما حد الرجل
وان انكرت وادعت على الرجل حد القذف لا يحد الرجل حد القذف لانه
لا يجب عليه حدان وقد اقيم احدهما فلا يقام الاخر وان حضرت قبل
اقامة الحد على الرجل فان انكرت الزنا وادعت النكاح او لم تدع وادعت
حد القذف على الرجل او لم تدع فحكمه نذكره في موضعه ان شا الله تعالى
والعلم بالمزني ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زنيت بامراة ولا
اعرفها صح اقراره ويحد والعلم بالمشهود به شرط صحة الشهادة حتى لو

شهد الشهود على رجل انه زنا بامراة وقالوا لا نعرفها لا تقبل شهادتهم ولا يقام الحد
على المشهود عليه والفرق ان المقر في الاقرار على نفسه يبني الامر على حقيقة
خصوصا في الزنا فكان اقراره اخبارا عن وجود الزنا منه حقيقة الا انه لم
يعرف اسم المراة ونسبها وذا لا يورث شبهة فاما الشاهد فانه بشهادته يبني
الامر على الظاهر لا على الحقيقة لتصور علمه عن الوصول الى الحقيقة فقولهم لا
نعرف تلك المراة يورث شبهة لجواز انها امراته او امراة له فيها شبهة حل
او ملك وهو الفرق والله اعلم * واما عدم التقادم فهل هو شرط لصحة الاقرار
بالحد اما في حد القذف فليس بشرط لانه ليس بشرط لقبول الشهادة فاولى
ان لا يكون شرطا لصحة الاقرار وكذلك في حد الزنا عند اصحابنا الثلثة
وعند زفر شرط كما في الشهادة ولنا الفرق بين الاقرار والشهادة وهو ان المانع
في الشهادة تمكن التهمة والضغينة وهذا لا يوجد في الاقرار لان الانسان
غير متهم في الاقرار على نفسه وكذا في حد السرقة لما قلنا واما في حد الشرب
فشرط عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس بشرط بناء على ان
قيام الرائحة شرط صحة الاقرار والشهادة عندهما ولهذا لا يبقى مع التقادم
وعنده ليس بشرط ولو لم يتقادم العهد ولكن ريحها لم يوجد منه
لم يصح الاقرار عندهما وعنده خلافا له وجه قول محمد ان حد الشرب
ليس بمنصوص عليه في الكتاب والسنة وانما عرف باجماع الصحابة رضي
الله عنهم واجماعهم لا ينعقد بدون عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
ولم يثبت فتواه عند زوال الرائحة فانه روي ان رجلا جاء بابن اخ له
الى عبد الله بن مسعود فاعترف عنده بشرب الخمر فقال له عبد الله بيس
ولي اليتيم انت لا ادبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال
تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه افتى
بالحد عند وجود الرائحة ولم يثبت فتواه عند عدمها واذا لم يثبت فلا
ينعقد الاجماع بدونه فلا يجب الحد بدونه لان وجوبه بالاجماع ولا اجماع
ثم انما تعتبر الرائحة اذا لم يكن سكرانا فاما اذا كان سكرانا فلا لان السكر
ادل على الشرب من الرائحة وكذلك لو جيء به من مكان بعيد
لا يبقى الرائحة بالمجيء من مثله عادة يحد وان لم توجد الرائحة للحال لان
هذا موضع العذر فلا يعتبر قيام الرائحة فيه والله اعلم * واذا اقر
انسان بالزنا عند القاضي ينبغي ان يظهر الكراهة او يطرده وكذا في
المرة الثانية والثالثة هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بماعز
وكذا روي عن عمر رضي الله عنه انه قال اطردوا المعترفين اي بالزنا فاذا
اقر اربعا نظر في حاله اهو صحيح العقل ام به افة هكذا قال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لماعز ابك خبل ابك جنون وبعث الى قومه فسالهم عن حاله
فاذا عرف انه صحيح العقل ساله عن ماهية الزنا وعن كيفيته وعن مكانه
وعن المزني بها لما ذكرنا في الشهادة ولا يساله عن الزمان لان السوال
عن الزمان لمكان احتمال التقادم والتقادم لا يقدح في الاقرار وانما
يقدح في الشهادة ويجوز ان يسال عن الزمان ايضا لاحتمال انه زنا في حال

الصغر

الصغر فاذا تبين ذلك كله ساله عن حاله اهو محصن ام لا لان حكم الزنا يختلف
بالاحصان وعدمه فان قال انا محصن ساله عن ماهية الاحصان انه ما هو
لانه عبارة عن اجتماع شرايط لا يقدر عليها كل احد فاذا بين رجمه فاما علم
القاضي فلا يظهر به حد الزنا والشرب والسكر والسرقة حتى لا يقضي بشيء من
ذلك بعلمه لكنه يقضي بالمال في السرقة لان القاضي يقضي بعلمه في الاموال
سوا بذلك قبل زمان القضا ومكانه او بعدهما بلا خلاف بين اصحابنا
وسوا علم بذلك معاينة بان راى انسانا يزني ويشرب ويسرق او بسماع الاقرار
به في غير مجلسه الذي يقضي فيه بين الناس فان كان اقراره في مجلس القضا
لزمه موجب اقراره اذ لو لم يقبل اقراره لاحتاج القاضي الى ان يكون معه
جماعة على الاقرار في كل حادثة واجماع الامة بخلافه والله اعلم ويظهر
به حد القذف في زمان القضا ومكانه كالقصاص وساير الحقوق والاموال
بلا خلاف بين اصحابنا وانما اختلفوا في ظهور ذلك بعلمه في غير زمن القضا
ومكانه وقد ذكرنا جملة ذلك بدلايله في كتاب ادب القاضي ولا يظهر حد
السرقة بالنكول لكنه يقضي بالمال لان النكول اما بدل واما اقرار فيه
شبهة العدم والحد لا يحتمل البدل ولا يثبت بالشبهة والمال يحتمل البدل
والثبوت بالشبهة واما الخصومة فهل هي شرط ثبوت الحد بالشهادة
والاقرار فلا خلاف في انها ليست بشرط في حد الزنا والشرب لانه خالص
حق الله تعالى والخصومة ليست بشرط في الحدود الخالصة لله تعالى لانها تقام
حسبة لله تعالى فلا تتوقف ظهورها على دعوى العبد ولا خلاف في حد السرقة
ان الخصومة فيها شرط الظهور بالشهادة لان حد السرقة وان كان حق الله تعالى
خالصا لكن هذا الحق لا يثبت الا بعد كون المسروق ملكا للمسروق منه
ولا يظهر ذلك الا بالخصومة وفي كونها شرط الظهور بالاقرار خلاف ذكرناه
في كتاب السرقة ولا خلاف ايضا في انها شرط الظهور بالشهادة على القذف
والاقرار به اما على اصل الشافعي فلانه خالص حق العبد فيشترط فيه الدعوى
كما في ساير حقوق العباد وعندنا هو حق الله تعالى وان كان هو المغلب فيه
حق لانه ينتفع به بصيانة عرضه عن الهتك فيشترط فيه الدعوى من هذه
الجهة واذا عرف ان الخصومة في حد القذف شرط كون البينة والاقرار
مظهرين فيه فيقع الكلام في موضعين احدهما في بيان الاحكام التي تتعلق
بالدعوى والخصومة والثاني في بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها
اما الاول فنقول وما التوفيق الا بالله الافضل للمقذوف ان يترك
الخصومة لان فيها اشاعة الفاحشة وهو مندوب الى تركها وكذا العفو
عن الخصومة والمطالبة التي هي حقها من باب الفضل والكرامة وقد قال
الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم واذا رفع
الى القاضي يستحسن للقاضي ان يقول قبل الاثبات بالبينة اعرض عن
هذا لانه ندب الى الستر والعفو وكل ذلك حسن وان لم يترك الخصومة
وادعى القذف على القاذف فانكر ولا بينة للمدعي فاراد استحلافه بالله
ما قذفه هل يحلف ذكر الكرخي انه لا يحلف عند اصحابنا خلافا للشافعي وذكر

في ادب القاضي انه يحلف في ظاهر الرواية عندهم واذا نكل يقضي عليه بالحد
وقال بعضهم يحتمل ان يحلف واذا نكل يقضي عليه بالتعزير لا بالحد وهذه
الاقاويل ترجع الي اصل وهو ان عند الشافعي حد القذف خالص حق العبد
فيجري فيه الاستحلاف كما في ساير حقوق العباد فاما علي اصل اصحابنا ففيه
حق الله تعالي وحق العبد فمن قال منهم انه يحلف ويقضي بالحد عند النكول
اعتبر ما فيه من حق العبد فالحقه في التحليف بالتعزير ومن قال منهم انه لا
يحلف اصلا اعتبر حق الله تعالي فيه لانه المغلب فالحقه بساير حقوق الله تعالى
الخالصة والجامع ان المقصود من الاستحلاف هو النكول وانه علي مذهب
ابي حنيفة رحمه الله بدل والحد لا يحتمل البدل وعلي اصلهما اقرار فيه شبهة
العدل لانه ليس بصريح اقرار بل هو اقرار بطريق السكوت فكان فيه شبهة
العدم والحد لا يثبت بدليل فيه شبهة العدم ومن قال منهم انه يحلف ويقضي
بالتعزير عند النكول دون الحد اعتبر حق العبد فيه للاستحلاف كالتعزير
واعتبر حق الله تعالي للمنع من اقامة الحد عند النكول كساير الحدود ومثل
هذا جايز كحد السرقة انه يجري فيه الاستحلاف ولا يقضي عند النكول
بالحد ولكن يقضي بالمال وكما قال ابو يوسف ومحمد في القصاص في الطرف
والنفس انه يحلف وعند النكول لا يقضي بالقصاص بل بالدية علي ما عرف
وان قال المدعي لي بينة حاضرة في المصر علي قذفه يحبس المدعي عليه القذف
الي قيام الحاكم من مجلسه والمراد من الحبس الملازمة ان يقال للمدعي
لازمه الي هذا الوقت فان احضر البينة فيه والا خلي سبيله ولا يوخذ منه
كفيل بنفسه وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يوخذ منه الكفيل
ولا يحبس وهذا بنا علي ان الكفالة في الحدود غير جايزة عند ابي حنيفة رحمه
الله حيث قال في الكتاب ولا كفالة في حد ولا قصاص وقال ابو يوسف ومحمد
يكفل ثلثة ايام وذكر الجصاص في تفسير قول ابي حنيفة ان معناه لا يوخذ
الكفيل في الحدود والقصاص جبرا واما اذا بذل من نفسه واعطي الكفيل
فهو جايز بالاجماع فظاهر اطلاق الكتاب يدل علي عدم الجواز عنده لان كلمة
النفي اذا دخلت علي الافعال الشرعية يراد بها نفي الجواز من الاصل كما في قوله
عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بطهور لا نكاح الا بشهود ونحو
ذلك وجه قولهما ان الحبس جايز في الحدود فالكفالة اولي لان معني الوثيقة
في الحبس ابلغ منه في الكفالة فلما جاز الحبس فالكفالة احق بالجواز ولابي
حنيفة رحمه الله ان الكفالة شرعت للاستيثاق والحدود مبناها
علي الدرء والاسقاط قال النبي صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم
فلا يناسبها الاستيثاق بالكفالة بخلاف الحبس فان الحبس للتهمة مشروع
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقد تثبت
التهمة في هذه المسلة بقوله لي بينة حاضرة في المصر فجاز الحبس فاذا
اقام المدعي شاهدين لا يعرفهما اي لم تظهر عدالتهما بعد الحبس فلا
خلاف ولا يوخذ منه كفيل وان اقام شاهدا واحدا عدلا يحبس عند ابي حنيفة
وعندهما لا يحبس ويوخذ منه كفيل وجه قولهما ان الحق لا يظهر بقول الواحد

وان كان عدلا فالحبس من ابن بخلاف الشاهدين فان سبب ظهور الحق قد وجد
وهو كمال عدد الحجة الا انه يوقف الظهور لتوقف ظهور العدالة فتثبت الشبهة
فيحبس وجه قول ابي حنيفة ان قول الشاهد الواحد وان كان لا يوجب الحق فانه
يوجب التهمة وحبس المتهم جايز ولو قال المدعي لا بينة لي او بينتي غايبة او خارج
المصر لا يحبس بالاجماع لعدم التهمة فان قامت البينة للمقذوف علي القذف
او اقر القاذف به فان القاضي يقول له اقم البينة علي صحة قذفك فان اقام
اربعة من الشهود علي معاينة الزنا من المقذوف او علي اقراره بالزنا سقط الحد
عن القاذف ويقام حد الزنا عن المقذوف وان عجز عن اقامة البينة يقيم
حد القذف علي القاذف لقوله تعالي والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا
باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة وان طلب التاجيل من القاضي وقال
شهودي غيب او خارج المصر لم يوجله ولو قال شهودي في المصر اجله الي
اخر المجلس ولازمه المقذوف ويقال له ابعث احدا الي شهودك فاحضرهم
ولا يوخذ منه كفيل بنفسه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يوجل
يومين او ثلثة ويوخذ منه الكفيل وجه قولهما انه يحتمل انه صادقا في اخباره
ان له بينة في المصر وربما لا يمكنه الاحضار في ذلك المجلس فيحتاج الي التاخير
الي المجلس الثاني واخذ الكفيل ليلا يفوت حقه عسي ولابي حنيفة ان في
التاخير الي المجلس الثاني منعا من استيفا الحد بعد ظهوره وهذا لا يجوز
بخلاف التاخير الي اخر المجلس لان ذلك القدر لا يعد تاجيلا ولا منعا من
استيفا الحد بعد ظهوره وروي عن محمد انه اذا ادعي ان له بينة حاضرة
في المصر ولم يجد له احدا يبعثه الي الشهود فان القاضي يبعث معه من
الشرط من يحفظه ولا يتركه حتي يفر فان لم يجد ضرب الحد ولو ضرب بعد
الحد ثم اقام القاذف البينة علي صدق مقالته قبلت بينته وسقطت
بقية الجلدات ولا تبطل شهادته ويقام حد الزنا علي المقذوف كما لو اقامها
قبل ان يضرب الحد اصلا ولو ضرب الحد بتمامه ثم اقام البينة علي زنا
المقذوف قبلت بينته ويظهر القبول في جواز شهادة القاذف وان لا
يصير مردود الشهادة لانه تبين انه لم يكن محدودا في القذف حقيقة
حيث تبين ان المقذوف لم يكن محصنا لان من شرايط الاحصان العفة
عن الزنا وقد ظهر زناه بشهادة الشهود فلم يصر القاذف مردود الشهادة
ولا يظهر اثر قبول الشهادة في اقامة حد الزنا علي المقذوف لان معني القذف
قد تقرر باقامة الحد ولو قذف رجلا فقال يا ابن الزانية ثم ادعي القاذف
ان ام المقذوف امة او نصرانية والمقذوف يقول هي حرة مسلمة فالقول
قول القاذف وعلي المقذوف البينة علي الحرية والاسلام وكذلك لو قذف
انسانا في نفسه ثم ادعي القاذف ان المقذوف عبد فالقول قول القاذف
لو قال القاذف انا عبد وعلي حد العبيد وقال المقذوف انت حر فالقول
قول القاذف لان الظاهر وان كان هو الحرية والاسلام لان دار الاسلام
دار الاحرار لكن الظاهر لا يصلح للالزام علي الغير فلا بد من الاثبات بالبينة
وروي عن ابي يوسف فيمن قذف ام رجل فان كان القاضي يعرف امه حرة

جلد القاذف لان الحرية والاسلام يثبتان بالبينة فعلم القاضي اولى لانه فوق
البينة ولان الحرية والاسلام من شرايط الاحصان والاحصان شرط الوجوب
والقاضي يقضي بعلمه بسبب هذا الحد فلان يقضي بعلمه بشرط الوجوب
اولى فان لم يعلم القاضي حبسه في السجن حتى ياتي بالبينة لانه ظهر منه
القذف وانه يوجب العقوبة سواكان المقذوف امه حرة او امة فجاز
ان يستوثق منه بالحبس وان لم يقم بينة اخذ منه كفيلا او اخرجه واخذ
الكفيل على مذهبه فاما على مذهب ابي حنيفة فلا يوخذ الكفيل على ما بينا
ولا يعزره لان التعزير من القاضي حكم بابطال احصان المقذوف لان
قذف المحصن يوجب الحد لا التعزير ولا يجوز الحكم بابطال الاحصان
ولو شهد شاهدان على القذف واختلفا في مكان القذف او زمانه بان شهد
احدهما انه قذف في مكان كذا وشهد الاخر انه قذف في مكان اخر او شهد
احدهما انه قذف يوم الخميس وشهد الاخر انه قذف يوم الجمعة قبلت
شهادتهما ووجب الحد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا تقبل
وجه قولهما انهما شهدا بقذفين مختلفين لان القذف في هذا المكان
والزمان يخالف القذف في مكان اخر وزمان اخر فقد شهد كل واحد منهما
بقذف غير القذف الذي شهد به الاخر وليس على احدهما شهادة شاهدين
فلا يثبت ولابي حنيفة رحمه الله ان اختلاف مكان القذف وزمانه لا
يوجب اختلاف القذف لجواز انه كرر القذف الواحد في مكانين وزمانين
لان القذف من باب الكلام والكلام مما يحتمل التكرار والاعادة والمعاد
عين الاول حكما وان كان غيره حقيقة فكان القذف واحدا وقد اجتمع
عليه شهادة شاهدين ولو اتفقا في المكان والزمان واختلفا في الانشا
والاقرار بان شهد احدهما انه قذفه في هذا المكان يوم الجمعة وشهد
الاخر انه اقر بقذفه في هذا المكان يوم الجمعة لا تقبل ولا حد عليه في
قولهم جميعا استحسانا والقياس ان يقبل ويحد وجه القياس ان اختلاف
كلامهما في الانشا والاقرار لا يوجب اختلاف القذف كما اذا شهد احدهما
بانشا البيع والاخر بالاقرار به انه تقبل شهادتهما كذا هذا وجه الاستحسان
ان الانشا مع الاقرار امران مختلفان حقيقة لان الانشا اثبات امر لم يكن
والاقرار اخبار عن امر كانا مختلفين حقيقة فكان المشهود به مختلفا
وليس على احدهما شهادة شاهدين فلا تقبل ونظيره من قال لامراته
زنيت قبل ان اتزوجك فعليه اللعان لا الحد ولو قال لها قذفتك بالزنا
قبل ان اتزوجك فعليه الحد لا اللعان لان قوله زنيت انشا القذف
فكان قذفا قاذفا لها للحال وهي للحال زوجته وقذف الزوج يوجب اللعان
لا الحد وقوله قذفتك بالزنا اقرار منه بقذف كان منه قبل التزوج وكانت
اجنبية قبل التزوج وقذف الاجنبية يوجب الحد لا اللعان والله اعلم

فصل

واما بيان من يملك الخصومة ومن لا يملكها فنقول ولا قوة
الا بالله المقذوف لا يخلو اما ان يكون حيا وقت القذف واما ان
يكون ميتا فان كان حيا فلا خصومة لاحد سواه وان كان ولده او والده

وسواكان حاضرا او غايبا لانه اذا كان حيا وقت القذف كان هو المقذوف صورة
ومعنى بالحاقه العار به فكان حق الخصومة له وهل تجوز الانابة في هذه الخصومة
وهو التوكيل بالاثبات بالبينة اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة ومحمد تجوز
وقال ابو يوسف لا تجوز والمسلة مرت في كتاب الوكالة ولا تجوز التوكيل
فيه بالاستيفا عندنا وعنده ليس بشرط ويقوم حضرة الوكيل مقام حضرته
على ان هذا الحد عنده حق المقذوف على الخلوص فتجري فيه النيابة في الاثبات
والاستيفا جميعا ولنا ان الاستيفا عند غيبة الموكل بنفسه استيفا مع الشبهة
لجواز انه لو كان حاضرا لصدق القاذف في قذفه والحدود لا تستوفى مع
الشبهات ولو كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات قبل الخصومة او
بعدها سقط الحد عندنا وعنده خلافا للشافعي بناء ان حد القذف لا يورث
عندنا وعنده يورث وسناتي المسلة في موضعها ان شا الله تعالى هذا
اذا كان حيا وقت القذف واما اذا كان ميتا فلا خلاف في ان لولده ذكرا كان
او انثى ولابن ابنه وبنت ابنه وان سفلوا ولوالده وان علا ان يخاصم
القاذف في القذف لان القذف هو الحاق العار بالمقذوف والميت ليس
بمحل بالحاق العار به فلم يكن معنى القذف راجعا اليه بل الى فروعه واصوله
لانه يلحقهم العار بقذف الميت لوجود الجزوية والبعضية وقذف الانسان
يكون قذفا لاجزايه فكان القذف لهم من حيث المعنى فيثبت لهم حق الخصومة
لدفع العار عن انفسهم بخلاف ما اذا كان المقذوف حيا وقت القذف ثم مات
انه ليس للولد والوالد حق الخصومة بل يسقط لان القذف اضيف اليه وهو
كان محلا قابلا للقذف صورة ومعنى لالحاق العار به فانعقد القذف موجبا
حق الخصومة له خاصة فلو انتقل الى ورثته لانتقل اليهم بطريق الارث
وهذا الحد لا يحتمل الارث لما نذكر فسقط ضرورة ولا خلاف في ان الاخوة
والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات لا يملكون الخصومة
لان العار لا يلحقهم لانعدام الجزوية والبعضية فالقذف لا يتناولهم صورة
ولا معنى وكذا ليس لمولى العتاقة ولاية الخصومة لان القذف لم يتناوله
صورة ومعنى فالحق العار به واختلف اصحابنا في اولاد البنات انهم هل
يملكون الخصومة قال ابو حنيفة وابو يوسف يملكون وقال محمد لا يملكون
وجه قول محمد ان ولد البنت ينسب الى ابيه لا الى جده فلم يكن مقذوفا
معنى بقذف جده ولهما ان معنى الولاد موجود والنسبة الحقيقية ثابتة
بواسطة امه فصار مقذوفا معنى فيملك الخصومة وهل يراعى فيه التقديم
الترتيب بتقديم الاقرب على الابعد قال اصحابنا الثلثة لا يراعى والاقرب
والابعد فيه سوا حتى كان لابن الابن ان يخاصم مع قيام الابن الصلبي
وعند زفر يراعى فيه الترتيب ويثبت للاقرب فالاقرب وليس للابعد
والمطالبة بالقذف لالحاق العار بالخاصم ولا شك ان عار الاقرب يزيد
على عار الابعد فكان اولى بالخصومة ولنا ان هذا الحق ليس يثبت بطريق
الارث على معنى انه يثبت الحق للميت ثم ينتقل الى الورثة بل يثبت لهم ابتدا
لا بطريق الانتقال من الميت لهم اليهم لما ذكرنا ان الميت بالموت خرج

عن احتمال لحوق العار به فلم يكن ثبوت الحق لهم بطريق الارث فلا يراعي
فيه الاقرب والابعد وكذا لا يراعي فيه احصان المخاصم بل الشرط احصان
المقذوف عند اصحابنا الثلاثة حتى لو كان الولد او الوالد عبدا او ذميا
فله حق الخصومة وقال زفر احصان المخاصم شرط وليس للعبد ولا الكافر
ان يخاصم وجه قوله ان اثبات حق الخصومة له لصيرورته مقذوفا معنى
باضافة القذف الى الميت ولو اضيف اليه القذف ابتدا لا يجب الحد فههنا
اولى ولنا ان الحد لا يجب لعين القذف بل للحوق عار كامل بالمقذوف واذا كان
الميت محصنا فقد لحق الولد عار كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه
للحوق كامل فلا يشترط احصانه لان اشتراطه للحوق عار كامل به وقد لحقه
بدونه ولو كان الوارث قتله حتى حرم الميراث فله ان يخاصم لما ذكرنا
ان هذا الحق لا يثبت بطريق الارث ولو قذف رجل امرابنه وهي ميتة فليس
للولد ان يخاصم اباه لان الاب لو قذف ولده وهو حي محصن ليس للابن
ان يخاصم اباه تعظيما له ففي قذف الام الميتة اولى وكذلك المولى اذا قذف ام
عبده وهي حرة ميتة فليس للعبد ان يخاصم مولاه في القذف لانه عبد مملوك
لا يقدر على شي والله الموفق

فصل

واما صفات الحدود فنقول لا خلاف
في حد الزنا والشرب والسكر والسرقة انه لا يحتمل العفو والصلح والابرا
بعد ما ثبت بالحجة لانه حق الله تعالى خالصا لا حق للعبد فيه فلا يملك اسقاطه
وكذا يجري فيه التداخل حتى لو زنا مرارا او شرب الخمر مرارا لا يجب عليه الا
حد واحد لان المقصود من اقامة الحد هو الزجر وانه يحصل بحد واحد
فكان في الثاني والثالث احتمال عدم حصول المقصود فكان فيه احتمال
عدم الفايدة ولا يجوز اقامة الحد مع احتمال عدم الفايدة ولو زنا او شرب
او سكر او سرق فحد ثم زنا او شرب او سكر او سرق يحد ثانيا لانه تبين
ان المقصود لم يحصل وكذا اذا سرق سرقات من اناس مختلفة فخاصموا جميعا
فقطع لهم كان القطع عن السرقات كلها والكلام في الضمان ذكرناه في كتاب
السرقة واما حد القذف فاذا ثبت بالحجة فكذلك عندنا لا يجوز العفو
والابرا والصلح وكذلك اذا عفى المقذوف قبل المرافعة او صالح على مال
فذلك باطل ويرد بدل الصلح وله ان يطالبه بعد ذلك وعند الشافعي
يصح ذلك كله وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وكذا يجري فيه التداخل
عندنا حتى لو قذف انسانا بالزنا بكلمة وقذف كل واحد بكلمة على حدة
لا يجب عليه الا حد واحد سوا حضروا جميعا او حضر واحد وقال الشافعي
اذا قذف كل واحد بكلام على حدة فعليه لكل واحد حد على حدة ولو ضرب
القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف اخر ضرب السوط الاخير
فقط عندنا وعنده يضرب السوط الاخير للاول وثمانين سوطا اخر
للثاني ولو قذف رجلا فحد ثم قذف اخر يحد للثاني بلا خلاف وكذا هذا
الحد لا يورث عندنا وعنده يورث ويقسم بين الورثة على فرايض الله
في قول وفي قول يقسم بين الورثة الا الزوج والزوجة والكلام في
هذه الفروع بنا على اصل مختلف بيننا وبينه وهو ان حد القذف خالص

حق الله تعالى او المغلب فيه حقه وحق العبد مغلوب عندنا وعنده هو حق
العبد او المغلب حق العبد وجه قوله ان سبب وجوب هذا الحد هو القذف
والقذف جناية على عرض المقذوف بالتعرض وعرضه حقه بدليل ان بدل
نفسه حقه وهو القصاص في العمد او الدية في الخطا فكان البدل حقه
والجزا الواجب على حق الانسان كالقصاص والدليل عليه انه يشترط فيه
الدعوى والدعوى لا تشترط في حقوق الله تعالى كساير الحقوق الا انه لم يفوض
استيفاوه الى المقذوف لاجل التهمة لان ضرب القذف اخف الضربات في
الشرع فلو فوض اليه اقامة هذا الحد فربما يقيمه على وجه الشدة لما لحقه من
الغيظ بسبب القذف ففوض استيفاوه الى الامام دفعا للتهمة لا لانه حق الله تعالى
ولنا ان ساير الحدود انما كانت حق الله تعالى على الخلوص لانها وجبت لمصالح
العامة وهي دفع فساد يرجع اليهم ويقع حصول الصيانة لهم فحد الزنا لصيانة
الابضاع عن التعرض وحد السرقة وقطع الطريق وجب لصيانة الاموال
والانفس عن القاصدين وحد الشرب وجب لصيانة الانفس والاموال والابضاع
في الحقيقة بوساطة صيانة العقول عن الزوال او الاستتار بالسكر وكل جناية
يرجع فسادها الى العامة الى العا ومنفعة جزايها يعود الى العامة كان الجزا الواجب
بها حق الله تعالى على الخلوص تاكيدا للنفع والدفع كيلا يسقط باسقاط العبد
وهو معنى نسبة هذه الحقوق الى الله تعالى وهذا المعنى موجود في القذف
لان مصلحة الصيانة ودفع الفساد يحصل للعامة باقامة هذا الحد فكان
حق الله تعالى على الخلوص كساير الحدود الا ان الشرع شرط فيه الدعوى من
المقذوف وهذا لا ينفي كونه حقا لله تعالى على الخلوص كحد السرقة انه
خالص حق الله تعالى وان كانت الدعوى من المسروق منه شرطا ثم نقول انما
شرط فيه الدعوى وان كان خالص حق الله تعالى لان المقذوف يطالب القاذف
ظاهرا وغالبا دفعا للعار عن نفسه فيحصل ما هو المقصود من شرع الحد كما في السرقة
ولان حقوق العباد تجب بطريق المماثلة اما صورة ومعنى واما معنى لا صورة
لانها تجب بمقابلة المحل جبرا لا يحصل الا بالمثل ولا مماثلة بين الحد والقذف
لا صورة ولا معنى فلا يكون حقه فاما حقوق الله تعالى فلا تعتبر فيها المماثلة لانها
تجب جزا للفعل كساير الحدود ولنا ايضا دلالة الاجماع من وجهين احدهما
ان ولاية الاستيفا للامام بالاجماع ولو كان حق المقذوف لكان ولاية الاستيفا
له كما في القصاص والثاني انه يتنصف برق القاذف وحق الله تعالى هو يحتمل
التنصف بالرق لا حق العبد لان حق الله تعالى يجب جزا للفعل والجزا يزداد
بزيادة الجناية وينتقص بنقصانها والجناية تتكامل بكمال حال الجاني وتنتقص
بنقصان حاله فاما حق العبد فانه يجب بمقابلة المحل ولا يختلف باختلاف
حال الجاني واذا ثبت ان حد القذف حق الله خالصا او المغلب فيه حقه
فنقول لا يصح العفو عنه لان العفو انما يكون من صاحب الحق ولا يصح
الصلح والاعتياض لان الاعتياض عن حق الغير لا يصح ولا يجري فيه الارث
لان الارث انما يجري في المتروك من ملك او حق للمورث على ما قال صلى الله
عليه وسلم من ترك مالا او حقا فهو لورثته ولم يوجد شي من ذلك فلا يورث

ولا يجري فيه التداخل لما ذكرنا والله اعلم

فصل واما بيان مقدار الواجب منها فمقدار الواجب في حد الزنا اذا لم يكن الزاني محصنا ماية جلدة ان كان حرا وان كان مملوكا فخمسون لقوله تعالى فاذا احصن فان اتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان العقوبة على قدر الجناية والجناية تزداد بكمال حال الجاني وتنتقص بنقصان حاله والعبد انقص حالا من الحر لاختصاص الحر بنعمة الحرية فكانت جنايته انقص ونقصان الجناية يوجب نقصان العقوبة لان الحكم يثبت على قدر العلة هذا امر معقول الا ان التبعيض بالتنصيف في غيره من المقادير لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وفي حد الشرب والسكر والقذف ثمانون في الحر واربعون في العبد لما قلنا وفي حد السرقة لا يختلف قدر الواجب بالرق والحرية لعموم قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما ولا يختلف بالذكورة والانوثة في شي من الحدود والله اعلم

فصل واما شرايط جواز اقامتها فمنها ما يعم الحدود كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض. اما الذي يعم الحدود كلها فهو الامامة وهو ان يكون المقيم للحد هو الامام او من ولاه الامام وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وللرجل ان يقيم على مملوكه اذا ظهر الحد عنده بالاقرار اربعا عندنا ومرة بالمعاينة بان راى عبده زنا باجنبية ولو ظهر عنده بالشهود بان شهدوا عنده والمولى من اهل القضا فله فيه قولان وكذا في اقامة المراة الحد على مملوكها واقامة المكاتب الحد على عبد من اكسابه له فيه قولان احتج بما روي عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وهذا نص وروي عنه عليه السلام انه قال اذا زنت امة احدكم فليجلدها فان عادت فليبعها ولو بضفير اي بحبل وهذا ايضا نص في الباب وانما السلطان انما ملك الاقامة لتسلطه على الرعية وتسلط المولى على مملوكه فوق تسلط السلطان على رعيته الا ترى انه يملك الاقرار عليه بالدين ويملك عليه التصرفات والامام لا يملك شيا من ذلك فلما ثبت الجواز للسلطان فالمولى اولى ولهذا ملك اقامة التعزير عليه كذا الحد ولنا ان ولاية اقامة الحدود ثابتة للامام بطريق التعين والمولى لا يساويه فيما شرع له هذه الولاية فلا تثبت له ولاية الاقامة استدلالا بولاية نكاح الصغار والصغاير لانها لما ثبتت للاقرب لم يثبت لمن لا يساويه فيما شرع له الولاية وهو الابعد وبيان ذلك ان ولاية اقامة الحد انما تثبت للامام لمصلحة العباد وهي صيانة انفسهم واموالهم واعراضهم لان القضاة يمتنعون من التعرض خوفا من اقامة الحد عليهم والمولى لا يساوي الامام في هذا المعنى لان ذلك يقف على الامامة والامام قادر على الاقامة بشوكته ومنعته وانقياد الرعية له قهرا وجبرا ولا يخاف تبعة الجناة واتباعهم لانعدام المعارضة بينهم وبين الامام وتهمة الميل والمحاباة والتواني عن الاقامة منتفية في حقه فيقيم على وجهها فيحصل الغرض المشروع له الولاية بيقين فاما المولى فربما

يقدر على الاقامة نفسها وربما لا يقدر لمعارضة العبد اياه لانه ربما يعارضه فيمنعه عن الاقامة خصوصا عند خوف الهلاك على نفسه فلا يقدر على الاقامة وكذا المولى يخاف على نفسه وماله من العبد الشرير لو قصد اقامة الحد عليه بان نهبه ياخذ بعض امواله ويقصد اهلاكه ويهرب منه فيمتنع عن الاقامة ولو قدر على الاقامة فقد يقيم وقد لا يقيم لما في الاقامة من نقصان قيمته بسبب عيب الزنا والسرقة او يخاف سراية الجلدات الى الهلاك والمرء مجبول على حب المال ولو اقام فقد يقيم على الوجه بل من حيث الصورة فلا يحصل الزجر فثبت ان المولى لا يساوي الامام في تحصيل ما شرع له اقامة الحد فلا يزاحمه في الولاية بخلاف التعزير من وجهين احدهما ان التعزير هو التعيير والتوبيخ وذلك غير مقدر قد يكون بالحبس وقد يكون برفع الصوت وتعبيس الوجه وقد يكون بضرب اسواط على حسب الجناية وحال الجاني على ما نذكره في موضعه والمولى يساوي الامام في هذا لانه من باب التاديب فله قدرة التاديب والعبد ينقاد لمثله المولى ولا يعارضه والمولى ايضا لا يمتنع عن هذا القدر من الايلام لانه لا يوجب نقصانا في مالية العبد ولا تعييبا فيه بخلاف العبد والثاني ان التعزير ضرورة ليست في الحد لان اسباب التعزير مما يكثر وجودها فيحتاج المولى الى ان يعزر مملوكه في كل يوم وفي كل ساعة وفي الرفع الى الامام في كل حين وزمان حرج عظيم على الموالي ففوضت اقامته الى الموالي شرعا وصار المولى ماذونا من جهة الامام دلالة وصار نايبا عن الامام فيه ولا حرج في الحد لانه لا يكثر وجوده لانعدام كثرة اسباب وجوبه واما الحديثان فيحتمل ان يكون خطابا بالقوم معلومين علم رسول الله صلى الله عليه وسلم طريق الوحي انهم يقيمون الحدود من غير تقصير مثل الامير والسلطان ويحتمل ان يكون ذلك خطابا للايمة في حق عبيدهم والتخصيص للترغيب في اقامة الحد لما ان الايمة والسلاطين لا يباشرون الاقامة بانفسهم عادة بل يفوضونها الى الحكام والمحتسبين وقد يجي منهم في ذلك تقصير ويحتمل الاقامة بطريق التسبيب بالسعي لرفع ذلك الى الامام بطريق الحسبة وتخصيص المولى للترغيب لهم في الاقامة لاحتمال الميل والتقصير في ذلك ويحتمل ان يكون المراد من الحد المذكور في الحديث التعزير لوجود معنى الحد فيه وهو المنع فلا يصح الاحتجاج بهما مع الاحتمال والله اعلم ◦ وللامام ان يستخلف على اقامة الحدود لانه لا يملك استيفا الجميع بنفسه لان اسباب وجوبها يوجد في اقطار دار الاسلام ولا يمكنه الذهاب اليها وفي الاحضار الى مكان الامام حرج عظيم فلو لم يجز الاستخلاف لتعطلت الحدود وهذا لا يجوز ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يجعل الى الخلفا تنفيذ الاحكام واقامة الحدود ثم الاستخلاف نوعان تنصيص وتولية اما التنصيص فهو ان ينص على اقامة الحدود فيجوز للخليفة اقامتها بلا شك فاما التولية فعلى ضربين عامة وخاصة فالعامة هو ان يولي رجلا ولاية عامة مثل امارة اقليم او بلد عظيم يملك المولى اقامة الحدود وان لم ينص عليها لانه لما قلد امارة

ذلك البلد فقد فوض اليه القيام بمصالح المسلمين واقامة الحدود معظم
مصالحهم فيملكها والخاصة هي ان يولي رجلا ولاية خاصة مثل جباية الخراج
ونحو ذلك فلا يملك اقامة الحدود لان هذه التولية لم تتناول اقامة الحدود
ولو استعمل اميرا على الجيش الكبير فان كان امير مصر او امير مدينة فغزا بجنده
فانه يملك اقامة الحدود في معسكره فانه كان يملك الاقامة في بلده فاذا اخرج
باهله او ببعضهم ملك عليهم ما كان يملك فيهم قبل الخروج واما من اخرجه
امير البلد غازيا فما كان يملك اقامة الحد عليهم قبل الخروج وبعد الخروج
لم يفوض اليه الاقامة فلا يملك الاقامة ولامام العدل ان يقيم الحدود
وينفذ القضا في معسكره كما له ان يفعل ذلك في المصر لان للامام ولاية على
جميع دار الاسلام ثابتة وكذا اذا استعمل قاضيا له ان يفعل ذلك في المعسكر
لانه نايب الامام والله الموفق

فصل

واما الذي يخص البعض دون
البعض فمنها البداية من الشهود في حد الرجم اذا ثبت بالشهادة حتى لو امتنع
الشهود عن البداية او ماتوا او غابوا كلهم او بعضهم لا يقام الرجم على المشهود
عليه وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف
استحسانا وروي عن ابي يوسف رواية اخرى انها ليست بشرط ويقام
الرجم على المشهود عليه وهو قول الشافعي وهو القياس وجه القياس ان
الشهود فيما ورا الشهادة وساير الناس سوا ثم لا يشترط البداية من احد
منهم فكذا من الشهود ولان الرجم احد نوعي الحد فيعتبر بالنوع الاخر
وهو الجلد والبداية من الشهود ليست بشرط فيه كذا في الرجم ولنا ما
روي عن علي رضي الله عنه انه قال يرجم الشهود اولا ثم الامام ثم الناس
وكلمة ثم للترتيب وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه
انكر عليه احد فيكون اجماعا ولان في اعتبار هذا الشرط احتياطا في درء الحد
لان الشهود اذا بدأوا بالرجم ربما استعظموا فعله فيحملهم ذلك على الرجوع
عن الشهادة فيسقط الحد عن المشهود عليه بخلاف الجلد لانه انما عرفنا
البداية شرطا استحسانا بالاثر والاثر ورد في الرجم خاصة فيبقى امر الجلد
على اصل القياس ولان الجلد لا يستحسنه كل احد ففوض استيفاوه الى الايمة
بخلاف الرجم والله اعلم ۞ ومنها اهلية ادا الشهادة للشهود عند الاقامة
في الحدود كلها حتى لو بطلت الاهلية بالفسق او الردة او الجنون او العمى او
الخرس او حد القذف بان فسقوا الشهود او ارتدوا او جنوا او عموا
او خرسوا او ضربوا حد القذف كلهم او بعضهم لا يقام الحد على المشهود عليه
لان اعتراض اسباب الجرح على الشهادة عند امضا الحد بمنزلة اعتراضها
عند القضا به واعتراضها عند القضا يبطل الشهادة فكذا عند الامضا
لان الامضا في باب الحدود من القضا واما موت الشهود وغيبتهم عند
الاقامة فلا يمنعان من الاقامة في ساير الحدود الا الرجم حتى لو ماتوا كلهم
او غابوا كلهم او بعضهم يقام الحد على المشهود عليه لان الرجم لانهما ليسا
من اسباب الجرح لان اهلية الشهادة لا تبطل بالموت والغيبة بل
تتناهى وتتقرر وتحتم بهما العدالة على وجه لا يحتمل الجرح وفي حد الرجم

انما يمتنعان الاقامة لانهما يخرجان من الشهادة بل لان البداية من الشهود شرط
جواز الاقامة ولم يوجد وروي عن محمد رحمه الله في الشهود اذا كانوا مقطوعين
الايدي او بهم مرض لا يستطيعون الرمي ان الامام يرمي ثم الناس وجعل
قطع اليد والمرض عذرا في فوات البداية ولم يجعل الموت عذرا فيه وان
ثبت الرجم بالاقرار يبدأ به الامام ثم الناس والله اعلم ۞ ومنها ان لا يكون
في اقامة الجلدات خوف الهلاك لان هذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا فلا يجوز
الاقامة في الحر الشديد والبرد الشديد لما في الاقامة فيهما خوف الهلاك
ولا يقام على مريض حتى يبرأ لانه يجتمع عليه وجع المرض والم الضرب
فيخاف الهلاك ولا يقام على النفسا حتى ينقضي النفاس لان النفاس نوع مرض
ويقام على الحايض لان الحيض ليس بمرض ولا يقام على الحامل حتى تضع وتطهر
من النفاس لان فيه خوف هلاك الولد والوالدة ويقام الرجم في هذا
كله الا على الحامل لان ترك الاقامة في هذه الاحوال الاحتراز عن الهلاك
والرجم حد مهلك فلا معنى للاحتراز عن الهلاك فيه الا انه لا يقام على
الحامل لان فيه اهلاك الولد بغير حق ولا يجمع الضرب في عضو واحد
لانه يفضي الى تلف ذلك العضو والى تمزيق جلده وكل ذلك لا يجوز بل يفرق
الضرب على جميع الاعضا من الكتفين والذراعين والعضدين
والساقين والفخذين الا الوجه والفرج والراس لان الضرب على
الفرج مهلك عادة وقد روي عن علي رضي الله عنه موقوفا عليه ومرفوعا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اتق وجهه ومذاكيره والضرب
على الوجه يوجب المثلة ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة
والراس مجمع الحواس وفيه العقل فيخاف من الضرب عليه فوات العقل
او فوات بعض الحواس وفيه اهلاك الذات من وجه وقال ابو يوسف
ايضا لا يضرب الصدر والبطن ويضرب الراس سوطا او سوطين
اما الصدر والبطن فلان فيه خوف الهلاك واما الراس فلقول عمر
رضي الله عنه اضربوا الراس فان فيه شيطانا والجواب ان الحديث ورد
في قتل اهل الحرب خصوصا قوما كانوا بالشام يحلقون اوساط روسهم
ثم تفريق الضرب على الاعضا مذهبنا وقال الشافعي يضرب كله على
الظهر وهذا ليس بسديد لان المامور به هو الجلد وانه ماخوذ من
ضرب الجلد والضرب على عضو واحد ممزق للجلد وبعد تمزيق الجلد
لا يمكن الضرب على الجلد بعد ذلك ولان في الجمع على عضو واحد خوف
الهلاك وهذا الحد شرع زاجرا لا مهلكا

فصل

واما كيفية اقامة
الحدود اما حد الرجم فلا ينبغي ان يربط المرجوم بشي ولا ان يمسك
ولا ان يحفر له اذا كان رجلا بل يقام قايما لان ماعزا لم يربط ولا امسك
ولا حفر له الا ترى انه روي انه هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض
كثيرة الحجارة ولو ربط او امسك او حفر له لما قدر على الربط الهرب
وان كان المرجوم امراة فان شا الامام حفر لها وان شا لم يحفر اما الحفر
فلانه استر لها وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حفر للمراة

الغامدية الي ثندوتها واخذ حصاة مثل الحمصة فرماها بها وحفر علي رضي الله
عنه لشراحة الهمدانية الي سرتها واما ترك الحفر فلان الحفر للستر وهي
مستورة بثيابها لانها لا تجرد عند اقامة الحد ولا باس لكل من رمي ان يتعمد
مقتله لان الرجم حد مهلك فما كان اسرع الي الهلاك كان اولي الا اذا كان الرامي
ذا رحم محرم من المرجوم فلا يستحب له ان يتعمد مقتله لانه قطع الرحم
المحرم من غير ضرورة لان غيره يكفيه ويغنيه وقد روي ان حنظلة غسيل
الملايكة رضي الله عنه استاذن رسول الله صلي الله عليه وسلم في قتل
ابيه ابي عامر وكان مشركا فنهاه عن ذلك وقال دعه يكفيك غيرك واما
حد الجلد فاشد الحدود ضربا حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف
لان جنايته اعظم من جناية الشرب والقذف اما جناية القذف فلا شك
فيه لان القذف نسبة الي الزنا فكانت دون حقيقة الزنا واما جناية
الشرب فلان قبح الزنا ثبت عقلا وحرمة نفس الشرب ثبتت شرعا لا عقلا
ولهذا كان الزنا حراما في الاديان كلها بخلاف الشرب وكذا الخمر يباح
عند ضرورة المخمصة والاكراه ولا يباح الزنا عند الاكراه وغلبة الشبق
وكذا وجوب الجلد في الزنا ثبت بنص الكتاب ولا نص في الشرب وانما استخرجه
الصحابة رضي الله عنهم بالاجتهاد والاستدلال بالقذف فقالوا اذا سكر
هذا واذا هذي افتري وحد المفتري ثمانون قال الله تعالي في باب الزنا
ولا تاخذكم بهما رافة في دين الله قيل في التاويل اي بتخفيف الجلدات
وانما كان ضرب القذف اخف الضربين لوجهين احدهما ان وجوبه
ثبت بسبب متردد لان القاذف يحتمل ان يكون صادقا في قذفه ولا يجد
عليه بينة والثاني انه انضاف اليه رد الشهادة علي التابيد فجري فيه
نوع تخفيف ويضرب قايما ولا يمد علي العقابير ولا علي الارض كما يفعل
في زماننا لانه بدعة بل يضرب قايما ولا يمد السوط بعد الضرب لان المد
بعد الضرب بمنزلة ضربة اخري فيكون زيادة علي الحد ولا يمد الجلاد
يده الي ما فوق راسه لانه يخاف فيه الهلاك او تمزيق الجلد ولا يضرب
بسوط له ثمرة لان اتصال الثمرة بمنزلة ضربة اخري فيصير كل ضربة
ضربتين فيكون زيادة علي القدر المشروع وينبغي ان يكون الجلاد عاقلا
بصيرا بامر الضرب فيضرب ضربة بين ضربتين ليس بالمبرح ولا بالذي
لا يوجد فيه مس ويجرد الرجل في حد الزنا ويضرب في ازار واحد لانه اشد
الحدود ضربا ومعني الشدة لا يحصل الا بالتجريد وفي حد الشرب يجرد
ايضا في الرواية المشهورة وروي عن محمد انه لا يجرد وجه هذه الرواية
ان ضرب الشرب اخف من ضرب الزنا فلا بد من اظهار اثر التخفيف
وذلك بترك التجريد وجه الرواية المشهورة انه قد جري فيه التخفيف
مرة بالضرب فلو خفف فيه ثانيا بترك التجريد لا يحصل المقصود من
الحد وهو الزجر ولا يجرد في حد القذف بلا خلاف لان وجوبه بسبب
متردد محتمل فيراعي فيه التخفيف كما روعي في اصل الضرب
بخلاف حد الشرب لان وجوبه ثبت بسبب لا تردد فيه واما المراة

فلا

فلا ينزع عنها ثيابها الا الحشو والفرو في الحدود كلها لانها عورة وتضرب قاعدة
لان ذلك استر لها ويفرق الضرب في الاعضا كلها لما ذكرنا ان الجمع في عضو
واحد يقع اهلاكا للعضو او تمزيقا وتخريقا للجلد وكل ذلك ليس بمشروع فيفرق
علي الاعضا كلها الا الوجه والمذاكير والراس وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم
ولا يقام شي من الحدود في المسجد لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما
عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لا تقام الحدود في المساجد وهذا
نص في الباب ولان تعظيم المسجد واجب وفي اقامة الحدود فيه ترك تعظيمه
يوبده انا نهينا عن سل السيوف في المساجد قال صلي الله عليه وسلم
جنبوا مساجدكم عن صبيانكم ومجانينكم وبياعاتكم وسل سيوفكم تعظيما
للمسجد ومعلوم ان سل السيف في ترك التعظيم دون الجلد والرجم
فلما كره ذلك فلان يكره هذا اولي ولان اقامة الحدود في المسجد لا تخلوا
عن تلويثه فيجب صيانة المسجد عن ذلك وينبغي ان يقام الحدود
كلها علي ملا من الناس لقوله تعالي وليشهد عذابهما طايفة من المومنين
والنص وان ورد في حد الزنا لكن النص الوارد فيه يكون واردا في ساير
الحدود دلالة لان المقصود من الحدود كلها واحد وهو زجر العامة
لا يحصل الا وان تكون الاقامة علي راس العامة لان الحضور ينزجرون
باخبار الحضور فيحصل الزجر للكل وكذا منع الجلاد عن المجاوزة عن الحد
الذي جعل له لانه لو جاوز منعه الناس عن المجاوزة وفيه ايضا دفع التهمة
والميل فلا يتهمه الناس انه يقيم الحد بلا جرم سبق منه والله الموفق

فصل واما بيان ما يسقط الحد بعد وجوبه فالمسقط له انواع منها
الرجوع عن الاقرار بالزنا والسرقة والشرب والسكر لانه يحتمل ان يكون
صادقا في الرجوع وهو الانكار ويحتمل ان يكون كاذبا فيه فان كان صادقا
في الانكار يكون كاذبا في الاقرار وان كان كاذبا في الانكار يكون صادقا في
الاقرار فيورث شبهة في ظهور الحد والحدود لا تستوفي مع الشبهات
وقد روي ان ماعزا لما اقر بين يدي رسول الله صلي الله عليه وسلم
بالزنا لقنه الرجوع فقال له لعلك قبلتها لعلك مسستها وقال لتلك
المراة اسرقت قولي لا ما اخالك سرقت وكان ذلك منه تلقينا للرجوع
فلو لم يكن محتملا للسقوط بالرجوع لم يكن للتلقين معني وهذا هو السنة
للامام اذا اقر انسان عنده بشي من اسباب الحدود الخالصة ان
يلقنه الرجوع درا للحد كما فعل رسول الله صلي الله عليه وسلم في الزنا والسرقة
وسوا رجع قبل القضا او بعده قبل الامضا او بعد امضا بعض الجلدات
او بعض الرجم وهو حي بعد لما قلنا ثم الرجوع عن الاقرار قد يكون نصا
وقد يكون دلالة بان اخذ الناس في رجمه فهرب ولم يرجع او اخذ
الجلاد في الجلد فهرب ولم يرجع حتي لا يتبع ولا يتعرض له لان الهرب
في مثل هذه الحالة دلالة وروي انه لما هرب ماعز ذكر ذلك لرسول الله صلي
الله عليه وسلم فقال هلا خليتم سبيله دل ان الهرب دليل الرجوع
وان الرجوع مسقط للحد وكما يصح الرجوع عن الاقرار بالزنا يصح عن الاقرار
بالاحصان حتي لو ثبت علي الاقرار بالزنا ورجع عن الاقرار بالاحصان

يسقط عند الرجم وبجلد لان الاحصان شرط صيرورة الزنا علة لوجوب الرجم فيصح
الرجوع عنه كما يصح عن الزنا فيبطل الاحصان ويبقي فيجب الجلد ۞ واما الرجوع عن
الاقرار بالقذف فلا يسقط الحد لان هذا الحد حق العبد من وجه وحق العبد بعد
ما ثبت لا يحتمل السقوط بالرجوع كالقصاص وغيره ۞ ومنها تصديق المقذوف
القاذف في القذف لانه لما صدقه فقد صدقه في القذف ومن المحال ان يحد
الصادق علي الصدق ولان حد القذف انما وجب لدفع عار الزنا وشينه عن المقذوف
ولما صدقه في القذف فقد التزم العار بنفسه فلا يندفع عنه بالحد فيسقط ضرورة
ومنها تكذيب المقذوف المقر في اقراره بالقذف بان يقول له انك لم تقذفني
بالزنا لانه لما كذبه في القذف فقد كذب نفسه في الدعوي والدعوي شرط وجوب
هذا الحد ۞ ومنها تكذيب المقذوف حجته علي القذف وهي البينة بان يقول
بعد القضا بالحد قبل الامضا شهودي شهدوا بزور لانه يحتمل ان يكون صادقا
في التكذيب فتثبت الشبهة ولا يجوز استيفا الحد مع الشبهة ۞ ومنها
تكذيب المزني بها المقر بالزنا قبل اقامة الحد عليه بان قال رجل زنيت بفلانة
فكذبته وانكرت الزنا وقالت لا اعرفك ويسقط الحد عن الرجل وهذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يسقط كذا ذكر الكرخي الاختلاف وذكر
القاضي في شرحه قول ابي يوسف مع قول محمد وجه قول محمد ان زنا الرجل قد ظهر
باقراره وامتناع الظهور في جانب المراة لمعني يخصها وهو انكارها فلا يمنع الظهور
في جانب الرجل ولهما ان الزنا لا يقوم الا بالفاعل والمحل فاذا لم يظهر في جانبها امتنع
الظهور في جانبه هذا اذا انكرت ولم تدع علي الرجل حد القذف فان ادعت علي الرجل
حد القذف يحد حد القذف ويسقط حد الزنا لانه لا يجب عليه حدان هذا اذا
كذبته ولم تدع النكاح فاما اذا ادعت النكاح والمهر قبل اقامة الحد عليه
سقط الحد عن الرجل بالاجماع لانه لم يجب عليها للشبهة لاحتمال ان تكون صادقة
في دعوي النكاح فتمكنت الشبهة في وجوب الحد عليها واذا لم يجب عليها تعدي الي
جانب الرجل فسقط عنه وعليه المهر لان الوطي لا يخلوا عن عقوبة او غرامة وان
كان دعوي النكاح منها بعد اقامة الحد علي الرجل لا مهر لها عليه لان الوجوب في الفصل
الاول لضرورة اقامة الحد ولم يوجد وعلي هذا اذا اقرت امراة بالزنا مع فلان
فانكر الرجل وكذبها وادعي النكاح علي الاتفاق والاختلاف ولو اقر رجل بالزنا بفلانة
فادعت المراة الاستكراه يحد الرجل بالاتفاق فرق بين هذا وبين الاول ووجه
الفرق ان المراة في الفصل الاول انكرت وجود الزنا فلم يثبت الزنا من جانبها
فتعدي الي الجانب الاخر وها هنا اقرت بالزنا لكنها ادعت الشبهة بمعني يخصها
وهو كونها مكرهة فلا يتعدي الي جانب الرجل والدليل علي التفرقة بينهما انا لو تيقنا
بالاكراه يقام الحد علي الرجل بالاجماع ولو تيقنا بالنكاح في الفصل الاول لا يقام الحد
علي الرجل والله اعلم ۞ ومنها رجوع الشهود بعد القضا قبل الامضا لان رجوعهم
يحتمل الصدق والكذب فيورث شبهة والحدود لا تستوفي مع الشبهات وقد
ذكرنا الاحكام المتعلقة برجوع الشهود في باب الحدود كلهم او بعضهم قبل القضا
او بعده قبل الامضا او بعد الامضا بما فيه من الاتفاق والاختلاف في كتاب
الرجوع عن الشهادات ۞ ومنها اهلية شهادتهم بعد القضا قبل الامضا بالفسق

والردة والجنون والعمي والخرس وحد القذف لما ذكرنا فيما تقدم ومنها
موتهم في حد الرجم خاصة في ظاهر الرواية لما ذكرنا ان البداية بالشهود شرط
جواز الاقامة وقد فات بالموت علي وجه لا يتصور عوده فسقط الحد ضرورة
واما اعتراض ملك النكاح او ملك اليمين فهل يسقط الحد بان زنا بامراة ثم تزوجها
او بجارية ثم اشتراها عن ابي حنيفة فيه ثلاث روايات روي محمد عنه انه لا يسقط
وهو قول ابي يوسف ومحمد وروي ابو يوسف عنه انه يسقط وروي الحسن عنه
ان اعتراض الشرا يسقط واعتراض النكاح لا يسقط وجه رواية الحسن ان البضع
لا يصير مملوكا للزوج بالنكاح بدليل انها اذا وطيت بشبهة كان العقر لها والعقر
بدل البضع من محل مملوك له فلا يورث شبهة وبضع الامة يصير مملوكا للمولي
بالشرا الا تري انها لو وطيت بشبهة كان العقر للمولي فحصل الاستيفا من محل مملوك
فيصير شبهة فصار كالسارق واذا ملك المسروق بعد القضا قبل الامضا وجه
رواية ابي يوسف ان المراة تصير مملوكة للزوج بالنكاح في حق الاستمتاع فحصل
الاستيفا من محل مملوك فيصير شبهة كالسارق اذا ملك المسروق وجه
رواية محمد ان الوطي حصل زنا محضا لمصادفته محلا غير مملوك له فحصل موجبا للحد
والعارض وهو الملك لا يصلح مسقطا لاقتصاره علي حال ثبوته لانه يثبت بالنكاح والشرا
وكل واحد منهما وجد للحال فلا يستند الملك الثابت به الي وقت وجود الوطي فبقي
الوطي خاليا عن الملك فبقي زنا محضا موجبا للحد بخلاف السارق اذا ملك المسروق
لان هناك وجد المسقط وهو بطلان ولاية الخصومة لان الخصومة هناك شرط
وقد خرج المسروق منه من ان يكون خصما بملك المسروق لذلك افترقا والله اعلم
ولو غصب جارية فزني بها فماتت روي ابو يوسف عن ابي حنيفة ان عليه الحد
وقيمة الجارية وروي الحسن عن ابي حنيفة وابي يوسف ان عليه القيمة ولا
حد عليه وذكر الكرخي ان هذا اصح الروايتين وجه رواية ابي يوسف ان الضمان
لا يجب الا بعد هلاك الجارية وهي بعد الهلاك لا تحتمل الملك فلا يملكها الغاصب
بالضمان فلا تمنع وجوب الحد وجه رواية الحسن ان الضمان لا يجب في اخر جزء من
اجزا حياته وهي محتملة للملك في ذلك الوقت فيستند الي وقت وجود السبب
ولان حياة المحل يشترط لثبوت الملك فيه مقصودا بمبادلة مقصودة والملك
هاهنا يثبت ضرورة استحالة اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد في عقد
المبادلة فلا يشترط له حيوة المحل فيثبت الملك في الميت وانه يمنع وجوب الحد
ولو غصب حرة فزنا بها فماتت فعليه الحد والديه لان ملك الضمان في الحرة لا يوجب
ملك المضمون لان المحل لا يحتمل التملك فلا يمتنع وجوب الحد بخلاف الامة والله
الموفق

فصل

واما حكم الحدود اذا اجتمعت انه يقدم حق العبد في الاستيفا علي حق
الله تعالي لحاجة العبد الي الانتفاع بحقه وتعالي الله سبحانه عن الحاجات ثم ينظر ان
لم يمكن استيفا حقوق الله تعالي يسقط ضرورة وان امكن استيفاوها فان كان في
اقامة شي منها اسقاط البواقي يقام ذلك درا للبواقي لقوله عليه الصلاة والسلام
ادروا الحدود ما استطعتم وان لم يكن في اقامة شي منها اسقاط البواقي يقام
الكل جمعا بين الحقين في الاستيفا واذا ثبت هذا فنقول اذا اجتمع القذف
والشرب والسكر والزنا من غير احصان والسرقة بان قذف انسانا بالزنا وشرب

الخمر وسكر من غير الخمر من الاشربة المعهودة وزنا وهو غير محصن وسرق مال انسان ثم اتي به الي الامام بدا الامام بحد القذف فضربه لانه حق الله تعالي من وجه وماسواه حقوق الله تعالي من كل وجه فيقدم استيفاوه ثم يستوفي حقوق الله تعالي لانه يمكن استيفاوها وليس في اقامة شي منها اسقاط البواقي فلا يسقط ثم اذا ضرب حد القذف يحبس حتي يبرا من الضرب ثم الامام بالخيار في البداية ان شا بدا بحد الزنا وان شا بدا بحد السرقة ويوخر حد الشرب عنهما لانهما ثبتا بنص الكتاب وحد الشرب لم يثبت بنص الكتاب انما ثبت باجماع مبني علي الاجتهاد اوخبر الواحد ولا شك ان الثابت بنص الكتاب اكد ثبوتا ولا يجمع ذلك كله في وقت واحد بل يقام كل واحد منهما بعد ما برا من الاول لان الجمع بين الكل في وقت واحد يفضي الي الهلاك ولو كان من جملة هذا الحد حد الرجم بان زنا وهو محصن يبدا بحد القذف ويضمن السرقة ويرجم ويدرا عنه ما سوي ذلك لان حد القذف حق العبد فيقدم في الاستيفا وفي اقامة حد الرجم اسقاط البواقي فيقام درا للبواقي لان الحدود واجب الدرء ما امكن فتدرا الا انه يضمن السرقة لان المال لا يحتمل الدرء وكذلك لو كان مع هذه الحدود قصاص في النفس يبدا بحد القذف ويضمن السرقة ويقتل قصاصا ويدرا ما سوي ذلك وانما يبدي بحد القذف دون القصاص الذي هو خالص حق العبد لان في البداية اسقاط حق القذف ولا سبيل اليه لذلك يبدا بحد القذف ويقتل قصاصا ويبطل ما سوي ذلك لتعذر الاستيفا بحد القتل الا انه يضمن السرقة لما قلنا ولو كان مع القصاص في النفس فيما دون النفس يحد حد القذف ويقتص ما دون النفس ويقتص في النفس ويلغي ما سوي ذلك ولو لم يكن في الحدود حد القذف يقتص فيما دون النفس ثم يقتص في النفس ويلغي ما سوي ذلك ولو اجتمعت الحدود الخالصة والقتل يقتص ويلغي ما سوي ذلك لان تقدم القصاص علي الحدود في الاستيفا واجب ومتي قدم استيفاوه بعد استيفا الحدود فيسقط ضرورة والله اعلم

فصل واما حكم المحدود فالحدود ان كان رجما فاذا قتل يدفع الي اهله فيصنعون به ما يصنعون بساير الموتي فيغسلونه ويكفنونه ويصلون عليه ويدفنونه بهذا امر رسول الله صلي الله عليه وسلم لما رجم ماعز فقال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم وان كان جلدا فحكم المحدود وغيره سوا في ساير الاحكام وغيرها الا المحدود في القذف خاصة في ادا الشهادة فانه تبطل الشهادة علي التابيد حتي لا تقبل وان تاب الا في الديانات عندنا وعند الشافعي تقبل شهادته بعد التوبة وقد ذكرنا المسلة بفروعها في كتاب الشهادات والله اعلم

فصل واما التعزير فالكلام فيه في مواضع ۞ في بيان وجوب سبب التعزير ۞ وفي بيان شرايط وجوبه وفي بيان قدره ۞ وفي بيان وصفه ۞ وفي بيان ما يظهر به ۞ اما سبب وجوبه فارتكاب جناية ليس لها حد مقدر في الشرع سوا كانت الجناية علي حق الله تعالي بترك الصلاة والصوم ونحو ذلك او علي حق العبد بان اذي مسلما بغير حق بفعل او بقول يحتمل الصدق والكذب

بان قال

بان قال له يا خبيث يا فاسق يا سارق يا فاجر يا كافر يا اكل الربوا يا شارب الخمر ونحو ذلك ۞ فان قال له يا كلب يا خنزير يا حمار يا ثور ونحو ذلك لا يجب عليه التعزير لان في النوع الاول انما وجب التعزير لانه الحق العار بالمقذوف اذ الناس بين مصدق ومكذب فعزر دفعا للعار عنه ۞ والقاذف في النوع الثاني الحق العار بنفسه فقذفه غيره بما لا يتصور فيرجع عار الكذب اليه لا الي المقذوف

فصل واما شرايط وجوبه فالعقل فقط ۞ فيعزر كل عاقل ارتكب جناية ليس لها حد مقدر سوا كان حرا او عبدا ذكرا او انثي مسلما او كافرا بالغا او صبيا بعد ان يكون عاقلا ۞ لان هولا من اهل العقوبة الا الصبي العاقل فانه يعزر تاديبا لا عقوبة لانه من اهل التاديب الا تري الي ما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا وذلك بطريق التهذيب والتاديب لا بطريق العقوبة لانها تستدعي الجناية وفعل الصبي لا يوصف بكونه جناية ۞ بخلاف المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من اهل العقوبة ولا من اهل التاديب

فصل واما قدر التعزير فانه ان وجب بجناية ليس من جنسها ما يوجب الحد ۞ كما اذا قال لغيره يا فاسق يا خبيث يا سارق ونحو ذلك ۞ فالامام فيه بالخيار ان شا عزره بالضرب وان شا بالحبس وان شا بالقهر والاستخفاف بالكلام وعلي هذا يحمل قول عمر رضي الله عنه لعبادة بن الصامت يا احمق ان ذلك علي سبيل التعزير منه اياه لا علي سبيل الشتم اذ لا يظن ذلك من مثل عمر باحد ۞ فضلا من الصحابي رضي الله عنهما ومن مشايخنا من رتب التعزير علي مراتب الناس ۞ فقال التعزير علي اربعة مراتب تعزير الاشراف وهم الدهاقين والقواد ۞ وتعزير اشراف الاشراف وهم الفقها والعلوية ۞ وتعزير الاوساط وهم السوقة ۞ وتعزير الاخسا وهم السفلة ۞ فتعزير اشراف الاشراف بالاعلام المجرد وهو ان يبعث القاضي امينه اليه فيقول له بلغني انك تفعل كذا وكذا ۞ وتعزير الاشراف الاعلام والجر الي باب القاضي والخطاب بالمواجهة ۞ وتعزير الاوساط الاعلام والحبس ۞ وتعزير السفلة الاعلام والجر والضرب والحبس لان المقصود من التعزير هو الزجر واحوال الناس في الانزجار علي هذه المراتب وان وجب بجناية في جنسها الحد لكنه لم يجب لفقد شرطه ۞ كما اذا قال لصبي او مجنون ۞ يا زاني او لذمية او ام ولد يا زانية ۞ فالتعزير فيه بالضرب ويبلغ اقصي غاياته وذلك تسعة وثلثون في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف خمسة وسبعون ۞ وفي رواية النوادر عنه تسعة وسبعون ۞ وقول محمد مضطرب ذكره الفقيه ابو الليث رحمه الله والحاصل انه لا خلاف بين اصحابنا في انه لا يبلغ التعزير الحد ۞ لما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين الا ان ابا يوسف صرف الحد المذكور في الحديث علي الاحرار وزعم انه الحد الكامل لا حد المماليك لان ذلك بعض الحد ۞ وليس بحد كامل ومطلق الاسم ينصرف الي الكامل في كل باب ۞ ولان الاحرار هم المقصودون في الخطاب وغيرهم ملحق بهم فيه ثم قال في رواية ينقص منها سوط وهو الاقيس لان ترك التبليغ يحصل به ۞ وفي رواية قال ينقص منها خمسة وروي ذلك اثرا

عن علي رضي الله عنه انه قال يعزر خمسة وسبعين وابو حنيفة رحمه الله صرفه
الى حد المماليك وهو اربعون لانه ذكر حدا منكرا فيتناول حدا ما واربعون
حد كامل في المماليك فينصرف اليه ولان في الحمل على هذا الحد اخذا بالثقة
والاحتياط لان اسم الحد يقع على النوعين فلو حملناه على ما قاله ابو حنيفة يقع
الامن عن وعيد التبليغ لانه لا يبلغ ولو حملناه على ما قاله ابو يوسف لا يقع الامن
عنه لاحتمال انه اراد به حد المماليك فيصير مبلغا غير الحد الحد فيلحقه الوعيد
فكان الاحتياط فيما قاله ابو حنيفة رحمه الله والله الموفق

فصل واما صفته فله صفات منها اشد الضرب واختلف المشايخ في المراد بالشدة المذكورة
قال بعضهم اريد بها الشدة من حيث الجمع وهي ان يجمع الضربات فيه على عضو
واحد ولا يفرق بخلاف الحدود وقال بعضهم المراد منها الشدة في نفس الضرب
وفي الايلام ثم انما كان اشد الضرب لوجهين احدهما انه شرع للزجر المحض ليس
فيه معنى تكفير الذنب بخلاف الحدود فان معنى الزجر فيها يشوبه معنى التكفير
قال النبي صلى الله عليه وسلم الحدود كفارات لاهلها فاذا تمحض التعزير
للزجر فلا شك ان الاشد ازجر فكان ابلغ في تحصيل ما شرع له والثاني انه نقص
عن عدد الضربات فيه فلو لم يشدد في الضرب لا يحصل المقصود منه وهو
الزجر ومنها انه يحتمل العفو والصلح والابرا لانه حق العبد خالصا فيجري
فيه هذه الاحكام كما يجري في ساير حقوق العباد من القصاص وغيره بخلاف
الحدود ومنها انه يورث كالقصاص وغيره لما قلنا ومنها انه لا يتداخل
لان حق العبد لا يحتمل التداخل بخلاف الحدود ويوخذ فيه الكفيل الا انه لا
يحبس لتعديل الشهود اما الكفيل فلان التكفيل للتوثيق والتعزير حق العبد
فكان التوثيق ملايما له بخلاف الحدود على اصل ابي حنيفة رحمه الله واما
عدم الحبس فلان الحبس يحصل تعزيرا في نفسه فلا يكون مشروعا قبل تعديل
الشهود بخلاف الحدود انه يحبس فيها للتعديل لان الحبس لا يصلح حدا والله اعلم

فصل واما بيان ما يظهر به فنقول انه يظهر بما يظهر به ساير حقوق
العباد من الاقرار والبينة والنكول وعلم القاضي وتقبل فيه شهادة النسا
مع الرجل والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي الى القاضي كما في ساير حقوق
العباد وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا تقبل فيه شهادة النسا والصحيح هو
الاول لانه حق العبد على الخلوص فيظهر بما يظهر به حقوق العباد ولا يعمل
فيه الرجوع كما لا يعمل في القصاص وغيره بخلاف الحدود الخالصة والله اعلم

كتاب الجنايات

الجناية في الاصل نوعان جناية
على البهايم والجمادات وجناية على الادمي اما الجناية على البهايم والجمادات
فنوعان ايضا غصب واتلاف وقد ذكرنا كل واحد منهما في كتاب الغصب
وهذا الكتاب وضع لبيان حكم الجناية على الادمي خاصة فنقول وبالله
التوفيق الجناية على الادمي في الاصل انواع ثلثة جناية على النفس مطلقا
وجناية على ما دون النفس مطلقا وجناية على النفس من وجه دون وجه
اما الجناية على النفس مطلقا فهي قتل المولود والكلام في القتل في مواضع
في بيان انواع القتل وفي بيان صفة كل نوع وفي بيان حكم كل نوع منه

اما

اما الاول فالقتل اربعة انواع قتل هو عمد محض ليس فيه شبهة العدم
وقتل عمد فيه شبهة العدم وهو المسمى بشبه العمد وقتل هو خطا محض
ليس فيه شبهة العدم وقتل هو في معنى القتل الخطا اما القتل الذي هو
عمد محض فهو ان يقصد القتل بحديد له حد او طعن كالسيف والسكين والرمح
والاشفى والابرة وما اشبه ذلك او ما يعمل عمل هذه الاشيا في الجرح والطعن
كالنار والزجاج وليط القصب والمروة والرمح الذي لا سنان له ونحو ذلك
وكذلك الالة المتخذة من النحاس وكذلك القتل بحديد لا حد له
كالعمود وسنجة الميزان وظهر الفاس والمر ونحو ذلك عمد في ظاهر الرواية
وروى الطحاوي عن ابي حنيفة انه ليس بعمد وعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد
نفسه سوا جرح او لا وعلى رواية الطحاوي العبرة للجرح نفسه حديدا كان او
غيره وكذلك اذا كان في معنى الحديد كالصفر والنحاس والانك والرصاص
والذهب والفضة فحكمه حكم الحديد واما شبه العمد فثلثة انواع
بعضها متفق على كونه شبه عمد وبعضها مختلف فيه اما المتفق فهو ان
يقصد القتل بعصا صغيرة او بحجر صغير او لطمة ونحو ذلك مما لا يكون الغالب
فيه الهلاك كالسوط ونحوه اذا ضرب ضربة او ضربتين ولم يوال في
الضربات واما المختلف فيه فهو ان يضرب بالسوط الصغير ويوالي في
الضربات الى ان يموت وهذا شبه عمد بلا خلاف بين اصحابنا وعند
الشافعي هو عمد وان قصد قتله بما يغلب فيه الهلاك مما ليس بجارح
ولا طاعن كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوها
فهو شبه عمد عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي
هو عمد ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد فما كان شبه عمد في النفس
فهو عمد فيما دون النفس لان ما دون النفس لا يقصد اتلافه بالة دون
الة عادة فاستوت الالات كلها في الدلالة على القصد فكان الفعل
عمدا محضا فينظر ان امكن ايجاب القصاص يجب القصاص وان لم
يمكن يجب الارش واما القتل الخطا فالخطا قد يكون في نفس الفعل
وقد يكون في ظن الفاعل اما الاول فنحو ان يقصد صيدا فيصيب
ادميا او ان يقصد رجلا فيصيب غيره فان قصد عضوا من رجل
فاصاب عضوا اخر منه فهذا عمد وليس بخطا واما الثاني فنحو ان يرمي الى انسان
على ظن انه حربي او مرتد فاذا هو مسلم واما الذي هو في معنى الخطا
فنذكر صفته وحكمه بعد هذا ان شا الله تعالى فهذه صفات هذه
الانواع واما بيان احكامها فوقوع القتل باحدى هذه الصفات
لا يخلو اما ان علم واما ان لم يعلم بان وجد قتيل لا يعلم قاتله فان علم ذلك
اما القتل المحض فيتعلق به احكام منها وجوب القصاص والكلام في
القصاص في مواضع في بيان شرايط وجوب القصاص وفي بيان
كيفية وجوبه وفي بيان من يستحق القصاص وفي بيان من يلي
استيفا القصاص وشرط جواز استيفايه وفي بيان ما يستوفى به
القصاص وكيفية الاستيفا وفي بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه

اما الاول فلوجوب القصاص شرايط بعضها يرجع الي القاتل وبعضها يرجع الي
المقتول وبعضها يرجع الي نفس القتل وبعضها يرجع الي ولي القتيل * اما
الذي يرجع الي القاتل فخمسة * احدها ان يكون عاقلا والثاني ان يكون بالغا
فان كان مجنونا او صبيا لا يجب لان القصاص عقوبة وهما ليس من اهل العقوبة
لانها لا تجب الا بالجناية وفعلهما لا يوصف بالجناية ولهذا لم يجب عليهما الحد
واما ذكورة القاتل وحريته واسلامه فليس من شرايط الوجوب والثالث
ان يكون متعمدا في القتل قاصدا اياه * فان كان مخطيا فلا قصاص عليه لقوله
صلي الله عليه وسلم العمد قود اي القتل العمد اي القود شرط العمد به
لوجوب القود * ولان القصاص عقوبة متناهية فيستدعي جناية متناهية
والجناية لا تتناهي الا بالعمد * والرابع ان يكون القتل منه عمدا محضا
ليس فيه شبهة العدم * لان النبي صلي الله عليه وسلم شرط العمد مطلقا
بقوله العمد قود والعمد المطلق هو العمد من كل وجه ولا كمال مع شبهة
العدم * ولان الشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة وعلي هذا يخرج القتل
بضربة اوضربتين علي قصد القتل انه لا يوجب القود لان الضربة
والضربتين مما لا يقصد به القتل عادة بل التاديب والتهذيب فتمكنت
في القصد شبهة العدم وعلي هذا يخرج قول اصحابنا في الموالات في الضربات
انها لا توجب القصاص خلافا للشافعي * وجه قوله ان الموالات في الضربات
دليل قصد القتل لانها لا يقصد بها التاديب عادة واصل القصد موجود
فيتمحض القتل عمدا فيوجب القصاص ولنا ان شبهة عدم القصد ثابتة
لانه يحتمل حصول القصد القتل بالضربة والضربتين علي سبيل الاستقبال
من غير حاجة الي الضربات الاخر والقتل بضربة اوضربتين لا يكون عمدا
فتبين بذلك انه لا يوجب القصاص واذا جاء الاحتمال جاءت الشبهة وزيادة
وعلي هذا يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله في القتل بالمثقل انه لا يوجب القود *
خلافا لابي يوسف ومحمد والشافعي وجه قولهم ان الضرب بالمثقل يهلك
عادة الا تري انه لا يستعمل الا في القتل فكان استعماله دليل القصد الي القتل
كاستعمال السيف وقد انضم اليه اصل القصد فكان القتل الحاصل به عمدا
محضا ولابي حنيفة رحمه الله طريقان يختلفان علي حسب اختلاف الروايتين
عنه احدهما ان القتل بالة غير معدة للقتل دليل عدم القصد لان تحصيل
كل فعل بالالة المعدة له بغير ما اعد له دليل عدم القصد والمثقل وما
يجري مجراه ليس معد للقتل عادة فكان القتل به دلالة عدم القصد
فيتمكن في العمدية شبهة العدم بخلاف القتل بحديد لا حد له لان الحديد
الة معدة للقتل قال الله تعالي وانزلنا الحديد فيه باس شديد والقتل
بالعمود معناه فكان دليل القصد فيتمحض عمدا وهذا علي قياس ظاهر
الرواية والثاني وهو قياس رواية الطحاوي وهو اعتبار الجرح انه
تمكن القصور في هذا القتل لوجود افساد الباطن دون الظاهر وهو
بعض التركيب وفي الاستيفا افساد الباطن والظاهر جميعا فلا يتحقق المماثلة
وعلي هذا الخلاف اذا خنق رجلا فقتله او غرقه بالماء او القاه من جبل او

سطح فمات انه لا قصاص فيه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يضمن الدية
وجه قولهما ان التطيين الذي عليه تسبيبا الا هلاكه لانه لا بقا للادمي الا
بالاكل والشرب فالمنع عند استيلا الجوع والعطش يكون اهلاكا له فاشبه
حفر البير علي قارعة الطريق ولابي حنيفة ان الجوع والعطش لا بالتطيين ولا
صنع لاحد في الجوع والعطش بخلاف الحفر فانه سبب للوقوع والحفر من الحافر
فكان قتلا تسبيبا ولو اطعمه غيره سما فمات * فان كان تناول بنفسه فلا
ضمان علي الذي اطعمه * لانه اكله باختياره * لكنه يعزر ويضرب ويودب لانه
ارتكب جناية ليس لها حد مقدر وهي الغرور * فان اوجره السم فعليه الدية
عندنا وعند الشافعي عليه القصاص ولو غرق انسانا فمات او صاح علي
وجهه فمات فلا قود عليه عندنا وعليه الدية * وعنده عليه القود والخامس
ان يكون القاتل مختارا اختيار الايثار عند اصحابنا الثلثة وعند زفر
والشافعي هذا ليس بشرط وعلي هذا يخرج المكره علي القتل انه لا قصاص
عليه عندنا والمسئلة خلافا لهما والمسلة مرت في كتاب الاكراه * واما
الذي يرجع الي المقتول فثلثة انواع احدها ان لا يكون جزء القاتل حتي لو قتل
الاب ولده لا قصاص عليه وكذا الجد اب الاب او اب الام وان علا وكذلك
اذا قتل الرجل ولد ولده وان سفلوا وكذا الام اذا قتلت ولدها او ام الولد
الام او ام الاب اذا قتلت ولد ولدها والاصل فيه ما روي عن رسول الله
صلي الله عليه وسلم انه قال لا يقاد الوالد بولده واسم الولد والوالد يتناول
كل والد وان علا وكل ولد وان سفل ولو كان في ورثة المقتول ولد القاتل
او ولد ولده فلا قصاص لانه تعذر ايجاب القصاص للولد في نصيبه فلا
يمكن الايجاب للباقين * لانه لا يتجزي وتجب الدية للكل وتقتل الولد
بالوالد لعموم القصاص من غير فصل ثم خص منها الوالد بالنص الخالص
فبقي الولد داخلا تحت العموم * ولان القصاص شرع لتحقيق حكم الحيوة
بالزجر والردع والحاجة الي الزجر في جانب الولد لا في جانب الوالد * لان الوالد
يحب ولده لولده لا لنفسه بوصول النفع اليه من جهته او يحبه لحيوة
الذكر لما يحيي به ذكره وفيه ايضا زيادة شفقة تمنع الوالد عن قتله
واما الولد فانما يحب والده لا للوالد بل لنفسه وهو وصول النفع اليه
من جهته فلم تكن محبته وشفقته مانعة من القتل فلزم المنع بشرع
القصاص كما في الاجانب * ولان محبة الولد لوالده لما كانت لمنافع تصل اليه
من جهته لا لعينه فربما يقتل الوالد ليتعجل الوصول الي املاكه لا سيما
اذا كان لا يصل النفع اليه من جهته لعوارض ومثل هذا يندر في جانب
الاب والثاني ان لا يكون ملك القاتل ولا له فيه شبهة الملك حتي لا يقتل المولي
بعبده لقوله عليه السلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده * ولانه
لو وجب القصاص لوجب له والقصاص الواحد كيف يجب له وعليه وكذا
اذا كان يملك بعضه فقتله لا قصاص عليه لانه لا يمكن استيفا بعض
القصاص دون بعض لانه غير متجزي وكذا اذا كان له فيه شبهة الملك
كالمكاتب اذا قتل عبدا من اكسابه كسبه لان للمكاتب شبهة الملك

الهلاك حصل ص

في اكسابه والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة ولا يقتل المولى بمدبره
وام ولده ومكاتبه لانهم مما ليكه حقيقة الا تري لو قال كل مملوك له فهو حر
عتق هولاء الا المكاتب فانه لا يعتق الا بالنية لقصور في الاضافة اليه بالملك
لزوال ملك اليد ويقتل العبد بمولاه وكذا المدبر وام الولد والمكاتب
لعموم النصوصات ولتحقيق ما شرع له القصاص وهو الحيوة بالزجر والردع
بخلاف المولي اذا قتل هولاء لان شفقة المولي علي ماله تمنعه عن القتل عند
سبحان العداوة الحاملة علي القتل الا نادرا فلا حاجة الي الزجر بالقصاص
بخلاف العبد ولو اشترك اثنان في قتل رجل احدهما ممن يجب القصاص عليه
لو انفرد والاخر لا يجب عليه لو انفرد ممن ذكرنا كالصبي مع البالغ والمجنون
مع العاقل والخاطي مع العامد والاب مع الاجنبي لا قصاص عليهما عندنا
وقال الشافعي يجب القصاص علي العاقل والبالغ والاجنبي الا العامد فانه
لا قصاص عليه اذا شاركه الخاطي وجه قوله ان سبب الوجوب وجد من كل
واحد منهما وهو القتل العمد الا انه امتنع الوجوب علي احدهما لمعني يخصه
فيجب علي الاخر ولنا انه تمكنت شبهة عدم القتل في فعل كل واحد منهما لانه
يحتمل ان يكون فعل من لا يجب عليه القصاص لو انفرد مستقلا في القتل فيكون
فعل الاخر فضلا ويحتمل علي القلب وهذه الشبهة ثابتة في الشريكين الاجنبيين
الا ان الشرع اسقط اعتبارها والحقها بالعدم فتحا لباب القصاص
وسدا لباب العدوان لان الاجتماع ثم يكون اغلب وهاهنا اندر فلم يكن
في معني مورد الشرع فلا يلحق به وعليهما الدية لوجود القتل الا انه امتنع
وجوب القصاص للشبهة فتجب ثم ما يجب علي الصبي والمجنون والخاطي
تتحمله العاقلة وما يجب علي البالغ والعاقل والعامد يكون في ماله لان القتل
عمد لكن سقط القصاص للشبهة والعاقلة لا تعقل العمد وفي الاب
والاجنبي الدية في مالهما لان القتل عمد وفي المولي مع الاجنبي نصف
قيمة العبد في ماله لما قلنا وكذلك اذا جرح نفسه وجرحه ادمي اجنبي
فمات لا قصاص علي الاجنبي عندنا خلافا للشافعي وعلي الاجنبي نصف الدية
لانه مات بجرحين احدهما هدر والاخر معتبر وعلي هذا مسائل نأتي في
موضع اخر ان شا الله تعالي والثالث ان يكون معصوم الدم مطلقا فلا
يقتل مسلم ولا ذمي بالكافر الحربي ولا بالمرتد لعدم العصمة اصلا ورأسا
ولا بالحربي المستأمن في ظاهر الرواية لان عصمته ما ثبتت مطلقة بل
موقتة الي غاية مقامه في دار الاسلام وهذا لان المستأمن من اهل دار
الحرب وانما دخل دار الاسلام لا لقصد الاقامة بل لعارض حاجة يدفعها
ثم يعود الي وطنه الاصلي فكانت في عصمته شبهة العدم وروي عن
ابي يوسف انه يقتل به قصاصا لقيام العصمة وقت القتل وهل يقتل
المستأمن بالمستأمن ذكر في السير الكبير انه يقتل وروي ابن سماعة
عن محمد انه لا يقتل ولا يقتل العادل بالباغي لعدم العصمة بسبب
الحراب لانهم يقصدون اموالنا وانفسنا ويستحلونها وقد قال عليه
السلام قاتل دون نفسك وقال قاتل دون مالك ولا يقتل الباغي بالعادل

ايضا

ايضا عندنا وعند الشافعي يقتل لان المقتول معصوم مطلقا ولنا انه غير
معصوم في زعم الباغي لانه يستحل دم العادل بتاويل وتاويله ان كان فاسدا
لكن له منعة والتاويل الفاسد عند وجود المنعة الحق بالتاويل الصحيح في حق
وجوب الضمان باجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن الزهري انه قال
وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم متوافرون فاتفقوا
علي ان كل دم استحل بتاويل القران فهو موضوع وعلي هذا يخرج ما اذا قال رجل
لاخر اقتلني فقتله انه لا قصاص عليه عند اصحابنا الثلثة وعند زفر يجب
القصاص وجه قوله ان الامر بالقتل لم يقدح في العصمة لان عصمة النفس
مما لا يحتمل الاباحة بحال الا تري انه ياثم بالقول فكان الامر ملحقا بالعدم بخلاف
الامر بالقطع لان عصمة الطرف يحتمل الاباحة في الجملة فجاز ان يوثر الامر فيها
ولنا انه تمكنت في هذه العصمة شبهة العدم لان الامر وان لم يصح حقيقة
فصيغته تورث شبهة والشبهة في هذا الباب لها حكم الحقيقة واذا لم
يجب القصاص فهل تجب الدية فيه روايتان عن ابي حنيفة في رواية تجب
وفي رواية لا تجب وذكر القدوري ان هذا اصح الروايتين وهو قول ابي
يوسف ومحمد وينبغي ان يكون الاصح هي الاولي لان العصمة قائمة مقام الحرمة
وانما سقط القصاص لمكان الشبهة والشبهة لا تمنع وجوب المال ولو
قال اقطع يدي فقطع لا شي عليه بالاجماع لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
وعصمة المال تثبت حقا له فكانت محتملة للسقوط بالاباحة والاذن كما لو قال
له اتلف مالي فاتلفه ولو قال اقتل عبدي او اقطع يده فقتل فلا ضمان عليه
لان عبده ماله وعصمة ماله تثبت حقا له فجاز ان يسقط باذنه كما في ساير امواله
ولو قال اقتل اخي فقتله وهو وارثه القياس ان يجب القصاص وهو قول زفر
وقال ابو حنيفة استحسن ان اخذ الدية من القاتل وجه القياس ان الاخ
الامر اجنبي عن دم اخيه فلم يصح اذنه بالقتل فالتحق بالعدم وجه
الاستحسان ان القصاص لو وجب بقتل اخيه لوجب له والقتل حصل
باذنه والاذن وان لم يعمل شرعا لكنه وجد حقيقة من حيث الصيغة
فوجوده يورث شبهة كالاذن بقتل نفسه والشبهة لا تؤثر في وجوب
المال فيجب المال وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة فيمن امر انسانا ان
يقتل ابنه فقتله انه يقتل به وهذا يوجب اختلاف الروايتين في المسئلتين
ولو امره ان يشجه فشجه فلا شي عليه ان لم يمت من الشجة لان الامر
بالشجة كالامر بالقطع وان مات عنها كانت عليه الدية كذا ذكر في الكتاب
ويحتمل ان يكون هذا علي اصل ابي حنيفة خاصة بناء علي العفو عن الشجة لا يكون
عفوا عن القتل عنده فكذا الامر بالشجة لا يكون امرا بالقتل فلما مات تبين
ان الفعل وقع قتلا من حين وجوده لا شجا وكان القياس ان يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة فتجب الدية فاما علي اصلهما فينبغي ان لا يكون عليه
شي لان العفو عن الشجة يكون عفوا عن القتل عندهما فكذا الامر بالشجة
يكون امرا بالقتل وروي بن سماعة عن محمد فيمن امر انسانا بان يقطع يده
ففعل فمات من ذلك انه لا شي علي قاطعه ويحتمل ان يكون هذا قولهما خاصة

كما قالا فيمن له القصاص في الطرف اذا قطع طرف من عليه القصاص فمات
انه لا شي عليه فاما على قول ابي حنيفة فينبغي ان تجب لانه لما مات تبين ان
الفعل وقع قتلا والمامور به القطع لا القتل وكان القياس ان يجب القصاص
فيمن قال فيمن له القصاص في الطرف الا انه سقط لمكان الشبهة فتجب
الدية وعلى هذا يخرج الحربي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم
انه لا قصاص عليه عندنا لانه وان كان مسلما لكنه من اهل دار الحرب
قال الله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فكونه من اهل دار الحرب
اورث شبهة في عصمته ولانه لم يهاجر الينا فهو مكثر سواد الكفرة ومن
كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وان لم
يكن منهم دينا فهو منهم دارا فيورث الشبهة ولو كانا مسلمين تاجرين او
اسيرين في دار الحرب فقتل احدهما صاحبه فلا قصاص ايضا وتجب الدية
والكفارة في التاجرين والاسيرين خلاف ما ذكرناه في كتاب السير ولا يشترط
ان يكون المقتول مثل القاتل في كمال الذات وهو سلامة الاعضا ولا ان
يكون مثله في الشرف والفضيلة فيقتل سليم الاطراف بمقطوع الاطراف
والاشل ويقتل العالم بالجاهل والشريف بالوضيع والعاقل بالمجنون والبالغ
بالصبي والذكر بالانثى والحر بالعبد والمسلم بالذمي الذي يودي الجزية
ويجري عليه الاسلام وقال الشافعي كون المقتول مثل القاتل في شرف
الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان الكفر والرق يمنع
من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمي ولا الحر بالعبد ولا خلاف في ان الذمي
اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل انه يقتل به قصاصا وكذا العبد اذا قتل
عبدا ثم عتق القاتل احتج في قتل المسلم بالذمي بما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يقتل مسلم بكافر وهذا نص في الباب
ولان في عصمته شبهة العدم لثبوتها مع قيام المنافي وهو الكفر لانه مبيح في
الاصل لكونه جناية متناهية وهو القتل لكونه من اعظم العقوبات الدنياوية
الا انه من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث
شبهة ولهذا لا يقتل مسلم بالمستامن فكذا الذمي ولان المساواة شرط
وجوب القصاص ولا مساواة بين المسلم والكافر الا ترى ان المسلم مشهود
له بالسعادة والكافر مشهود له بالشقا فانى يتساويان ولنا عمومات القصاص
من نحو قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا
لوليه سلطانا من غير فصل بين قتيل وقتيل ونفس ونفس ومظلوم
ومظلوم فمن ادعى التخصيص والتقييد فعليه الدليل وقوله تعالى ولكم
في القصاص حياة وتحقيق معنى الحيوة في قتل المسلم بالذمي ابلغ منه
في قتل المسلم بالمسلم لان العداوة الدينية تحمله على القتل خصوصا عند
الغضب ويجب عليه قتله لغرمايه فكانت الحاجة الى الزاجر امس فكان في
شرع القصاص فيه في تحقيق معنى الحيوة ابلغ وروى محمد بن الحسن باسناده
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه اقاد مومنا بكافر وقال انه احق

من وفى بذمته واما الحديث فالمراد من الكافر المستامن لانه قال لا يقتل مومن
بكافر ولا ذو عهد في عهده عطف قوله ولا ذو عهد في عهده على المسلم فكان معناه
لا يقتل بكافر ولا ذو عهد به ونحن به نقول او نحمله على هذا توفيقا بين الدلايل
صيانة لها عن التناقض واما قوله في عصمته شبهة العدم ممنوع بل دمه حرام
لا يحتمل الاباحة بحال مع قيام الذمة بمنزلة دم المسلم مع قيام الاسلام وقوله
الكفر على الاطلاق ممنوع بل المبيح هو الكفر الباعث على الحراب وكفره ليس بباعث
على الحراب فلا يكون مبيحا وقوله لا مساواة بين المسلم والكافر قلنا المساواة
في الدين ليس بشرط الا ترى ان المستامن الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل
يقتل به قصاصا ولا مساواة بينهما في الدين لكن القصاص محنة في الدين امتحنوا
الخلق بذلك فكل من كان اقبل لحق الله تعالى واشكر لنعمه كان اولى بهذه المحنة
لان العذر له في ارتكاب المحذور اقل وهو بالوفا بعهد الله تعالى اولى ونعم
الله تعالى في حقه اكمل فكانت جنايته اعظم واحتج في قتل الحر بالعبد لقوله
تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فسر القصاص المكتوب في صدر الاية
بقتل الحر بالحر والعبد بالعبد فيجب ان يكون قتل الحر بالعبد قصاصا
ولانه لا مساواة بين النفسين في العصمة لوجهين احدهما ان الحر
ادمي من كل وجه والعبد ادمي من وجه مال من وجه وعصمة الحر تكون له
وعصمة العبد تكون للمالك والثاني ان في عصمة العبد شبهة العدم لان
الرق اثر الكفر والكفر مبيح في الاصل فكان في عصمته شبهة العدم وعصمة
الحر ثابتة مطلقة فانى يستويان في العصمة وكذا لا مساواة بينهما في الفضيلة
والكمال لان الرق يشعر بالذل والنقصان والحرية تنبي عن العزة والشرف
ولنا عمومات القصاص من غير فصل بين الحر والعبد ولان ما شرع له القصاص
وهو الحيوة لا يحصل الا بايجاب القصاص على الحر بقتل العبد لان حصوله
يقف على حصول الامتناع عن القتل خوفا على نفسه فلو لم يجر القصاص بين
الحر والعبد لا يخشى الحر تلف نفسه بقتل العبد فلا يمتنع عن قتله بل
يقدم عليه عند اسباب حاملة على القتل من الغيظ المفرط ونحو ذلك
فلا يحصل معنى الحيوة ولا حجة له في الاية لان فيها ان قتل الحر بالحر
والعبد بالعبد قصاص وهذا لا ينفي ان يكون قتل الحر بالعبد قصاصا
لان التنصيص لا يدل على التخصيص ونظيره قوله عليه السلام
البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم
بالحجارة ثم البكر اذا زنى بالثيب وجب الحكم الثابت بالحديث
فدل ان ليس في ذكر يشكل تخصيص الحكم به يدل عليه ان العبد
يقتل بالحر والانثى بالذكر ولو كان التنصيص على الحكم به لما قتل ثم قوله
والانثى بالانثى حجة عليكم لانه قابل الانثى بالانثى مطلقا فيقتضي ان
يقتل الحرة بالامة وعندكم لا يقتل فكان حجة عليكم وقوله والعبد ادمي
من وجه مال من وجه قلنا لا بل ادمي من كل وجه لان الادمي اسم لشخص
على هيئة مخصوصة منسوب الى ادم عليه السلام والعبد بهذه العصمة
فكانت عصمته مثل عصمة الحر بل فوقها على ان نفس العبد في الجناية له لا

لمولاه بدليل ان العبد لو اقر على نفسه بالقصاص والحد يوخذ به ولو اقر
عليه مولاه بذلك لا يوخذ به فكان نفس العبد في الجناية له لا للمولى كنفس
الحر للحر واما قوله الحر افضل من العبد فنعم لكن التفاوت في الشرف
والفضيلة لا يمنع وجوب القصاص الا ترى ان العبد لو قتل عبدا ثم
اعتق القاتل يقتل به قصاصا وان استفاد فضل الحرية وكذا الذكر يقتل
بالانثى وان كان الذكر افضل من الانثى وكذا لا يشترط المماثلة في العدد
في القصاص في النفس وانما يشترط في الفعل بمقابلة الفعل زجرا وفي
الفايت بالفعل جبرا حتى لو قتل جماعة واحدا يقتلون به قصاصا وان لم
يكن بين الواحد والعشرة مماثلة لوجود المماثلة في الفعل والفايت به
جبرا وزجرا على ما نذكر والحق ما يجعل فيه القصاص اذا قتل الجماعة الواحد
لان القتل لا يوجد عادة الا على سبيل التعاون والاجتماع فلو لم يجعل فيه
القصاص لانسد باب القصاص اذ كل من رام قتل غيره استعان بغيره
يضمه الى نفسه ليبطل القصاص عن نفسه وهو تفويت ما شرع له القصاص
وهو الحيوة هذا اذا كان القتل على الاجتماع فاما اذا كان على التعاقب بان
شق رجل بطنه ثم حز اخر رقبته فالقصاص على الحاز ان كان عمدا وان
كان خطا فالدية على عاقلته لانه هو القاتل لا الشاق الا ترى انه قد يعيش
بعد شق البطن بان يخاط بطنه ولا يحتمل ان يعيش بعد حز الرقبة
عادة وعلى الشاق ارش الشق وهو ثلث الدية لانه جايفة وان كان الشق
نفذ من الجانب الاخر فعليه ثلثا الدية في سنتين في كل سنة ثلث الدية
لانهما جايفتان هذا اذا كان الشق مما يحتمل ان يعيش بعده يوما او
بعض يوم فاما اذا كان لا يتوهم ذلك ولم يبق معه الا غمرات الموت
والاضطراب فالقصاص على الشاق لانه القاتل ولا ضمان على الحاز لانه
قتل المقتول من حيث المعنى لكنه يعزر لارتكابه جناية ليس لها حد مقدر
وكذلك لو جرحه رجل جراحة مثخنة لا يعيش معها عادة ثم جرحه اخر
جراحة اخرى فالقصاص على الاول لانه القاتل لا الثاني لانه بفعل موثر في فوات
الحيوة عادة فان كانت الجراحتان معا فالقصاص عليهما لانهما قاتلان ولو جرح
احدهما جراحة واحدة والاخر عشر جراحات فالقصاص عليهما ولا عبرة بكثرة
الجراحات لان الانسان قد يموت بجراحة واحدة ولا يموت بجراحات
كثيرة والله اعلم ٭ وكذلك الواحد يقتل بالجماعة قصاصا اكتفا ولا يجب
مع القود من المال شي عندنا وقال الشافعي ينظر ان قتلهم على التعاقب
يقتل بالاول قصاصا وتوخذ ديات حق الباقين من تركته وان قتلهم معا
فله فيه قولان في قول يقرع بينهم فمن خرجت قرعته قتل به وتجب الديات
للباقين وفي قول يجمع اولياء القتل فيقتلونه ويقسم ديات الباقين
بينهم وجه قوله ان المماثلة مشروطة في باب القصاص ولا مماثلة
بين الواحد والجماعة فلا يجوز ان يقتل الواحد بالجماعة على طريق الاكتفا
فيقتل الواحد بالواحد وتجب الديات للباقين كما لو قطع يميني رجلين
انه لا يقطع بهما اكتفا بل يقطع باحدهما وعليه ارش الاخرى لما قلنا كذا

هذا

هذا وكان ينبغي ان لا يقتل الجماعة بالواحد قصاصا الا انا عرفنا ذلك باجماع
الصحابة رضي الله عنهم غير معقول او معقولا لحكمة الزجر والردع لما يغلب
وجود القتل بصفة الاجتماع فيقع الحاجة الى الزجر فيجعل كل واحد منهم قاتلا
على الكمال كان ليس معه غيره تحقيقا للزجر وقتل الواحد الجماعة لا يغلب
وجوده بل يندر فلم يكن في معنى ما ورد الشرع به فلا يلحق به وانا نقول
حق الاوليا في القتل مقدور الاستيفا لهم فلو اوجبنا معه المال
لكان زيادة على القتل وهذا لا يجوز والدليل على ان القتل مقدور الاستيفا
لهم ان التماثل في باب القصاص اما ان يراعى في الفايت بالفعل جبرا
واما ان يراعى فيهما جميعا وكل ذلك موجود ههنا اما في الفعل جبرا
زجرا فلان الموجود من الواحد في حق كل واحد من الجماعة فعل موثر
في فوات الحيوة عادة والمستحق لكل واحد من اوليا القتيل قتل القاتل
قتله فكان الجزا مثل الجناية واما في الفايت جبرا فلانه يقتله الجماعة
جبرا ظلما انعقد سبب هلاك ورثته القتيل لانهم يقصدون قتله
طلبا للثار وتشفيا للصدر فيقصد هو قتلهم دفعا للهلاك عن نفسه
فيقع المحاربة بين القبيلتين ومتى قتل بهم قصاصا سكنت الفتنة
واندفع سبب الهلاك عن ورثتهم فتحصل الحيوة لكل قتيل معنى تشفيا
حياة ورثته بسبب القصاص فيصير كان القاتل رد حيوة كل قتيل تقديرا
بدفع سبب الهلاك عن ورثته فيتحقق الجبر بالقدر الممكن كما في قتل
الواحد بالواحد والجماعة من غير تفاوت والله اعلم

فصل

واما الذي يرجع الى نفس القتل فنوع واحد وهو ان يكون القتل مباشرة
فان كان تسبيبا لا يجب القصاص لان القتل تسبيبا لا يساوي القتل
مباشرة والجزا قتل بطريق المباشرة وعلى هذا يخرج من حفر بيرا على
قارعة الطريق فوقع فيها انسان ومات انه لا قصاص على الحافر لان
الحفر قتل تسبيبا لا مباشرة وعلى هذا يخرج شهود القصاص اذا رجعوا
بعد قتل المشهود عليه او جا المشهود بقتله حيا انه لا قصاص عليهم
عندنا خلافا للشافعي وجه قوله ان شهادة الشهود وقعت قتلا
لان القتل اسم لفعل موثر في فوات الحيوة عادة وقد وجد من الشهود
لان شهادتهم موثرة في ظهور القصاص والظهور موثر في وجوب
القضا على القاضي وقضا القاضي موثر في ولاية الاستيفا وولاية
الاستيفا موثرة في الاستيفا طبعا وعادة فكانت فوات الحيوة
بهذه الوسايط مضافا الى الشهادة السابقة فكانت شهادتهم
قتلا تسبيبا والقتل تسبيبا مثل القتل مباشرة في حق وجوب القصاص
كالاكراه على القتل انه يوجب القصاص على المكره وان لم يكن قتلا بطريق
المباشرة لوقوعه قتلا بطريق التسبيب كذا هذا ولنا ما ذكرنا ان القتل
تسبيبا لا يساوي القتل مباشرة بخلاف الاكراه على القتل لانه قتل مباشرة
لانه يجعل المكره آلة المكره كانه اخذه وضربه على المكره على قتله والفعل
لمستعمل الآلة لا للآلة فكان قتلا مباشرة ويضمنون الدية لوجود

القتل منهم وهل يرجعون بها على الولي اختلف اصحابنا الثلاثة قال ابو حنيفة
لا يرجعون وقال ابو يوسف ومحمد يرجعون لهما ان الشهود باداء الضمان
قاموا مقام المقتول في ملك بدله ان لم يقوموا مقامه في ملك عينه فاشبه
غاصب المدبر اذا غصب منه فمات في يد الغاصب الثاني ان للاول
ان يرجع على الثاني بما ضمنه المالك لما ذكرنا كذا هذا ولابي
حنيفة ان الدية بدل النفس ونفس الحر لا يحتمل التملك فلا يثبت
الملك لهم في البدل بخلاف المدبر لانه محتمل للتملك لكونه قابلا
الا انه امتنع ثبوت الملك فيه لمعارض وهو التدبير فيثبت في بدله
والله اعلم

فصل واما الذي يرجع الى ولي القتيل واحد ايضا وهو
ان يكون الولي معلوما فان كان مجهولا لا يجب القصاص لان وجوب القصاص
وجوب للاستيفا والاستيفا من المجهول متعذر فتعذر الايجاب له
وعلى هذا يخرج ما اذا قتل المكاتب وترك وفا وورثة احرارا غير المولى
انه لا قصاص على القاتل بالاجماع لان الولي مشتبه يحتمل ان يكون هو
الوارث ويحتمل ان يكون هو المولى لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم
في موته حرا او عبدا فان مات حرا كان وليه الوارث وان مات عبدا
كان وليه المولى وموضع الخلاف موضع التعارض والاشتباه فلم
يكن الولي معلوما فامتنع الوجوب وان اجتمعا ليس لهما ان يستوفيا لان
الاشتباه لا يزول بالاجتماع هذا اذا ترك وفا وورثة غير المولى واما
اذا ترك وفا ولم يترك ورثة غير المولى فقد اختلف اصحابنا فيه قال
ابو حنيفة وابو يوسف يجب القصاص للمولى وقال محمد لا يجب اصلا
وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه قول محمد انه وقع الاشتباه في
سبب ثبوت الولاية لانه ان مات حرا كان سبب ثبوت الولاية القرابة
فلا تثبت الولاية للمولى وان مات عبدا كان السبب هو الملك فتثبت
الولاية للمولى فوقع الاشتباه في ثبوت الولاية فلا يثبت ولهما ان من
له الحق ههنا متعين غير مشتبه لان الاشتباه موجب المزاحمة ولم
يوجب ولو قتل ولم يترك وفا وجب القصاص بالاجماع لان الولي معلوم
وهو المولى لانه يموت رقيقا بلا خلاف فكان القصاص للمولى كالعبد القن
اذا قتل وكذا المدبر والمدبرة وام الولد وولدها بمنزلة العبد القن
لانهم قتلوا على ملك المولى فكان الولي معلوما ولو قتل عبد المكاتب فلا
قصاص لان المكاتب له نوع ملك فاشبه الولي فامتنع الوجوب وعلى هذا
يخرج ما اذا قطع رجل يد عبد فاعتقه مولاه لانه مات من ذلك انه
ان كان للعبد وارث حر غير المولى فلا قصاص لاشتباه ولي القصاص لان
القصاص يجب عند الموت مستندا الى القطع السابق والحق عند
القطع للمولى لا للورثة وعند ثبوت الحكم وهو الوجوب وذلك عند الموت
الحق للوارث لا للمولى فاشتبه المولى فلم القصاص ولو اجتمع المولى مع
الوارث فلا قصاص لان الاشتباه لا يزول باجتماعهما فرق بين هذا
وبين العبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لاخر قتل واجتمعا انه

يجب

يجب القصاص لان هناك لم يشتبه الولي لان لصاحب الرقبة ملكاه
ولصاحب الخدمة حقا يشبه الملك فلم يشتبه الولي وهاهنا اشتبه
الولي لان وقت القطع لم يكن للوارث فيه حق ووقت الموت لم يكن للمولى
فيه حق فصار الولي مشتبها فامتنع الوجوب وان لم يكن وارث سوى
المولى فهو على الاختلاف الذي ذكرنا ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف للمولى
ان يستوفي القصاص لان الحق له وقت القطع ووقت الموت وعلى قول محمد
ليس له حق الاقتصاص لاشتباه سبب الولاية لان الثابت للمولى وقت
القطع كان ولاية الملك وبعد الموت له ولاية ولا العتاقة فاشتبه
سبب الولاية هذا اذا كان القطع عمدا فاما اذا كان خطا فاعتقه ثم
مات من ذلك فلا شي على القاطع غير ارش اليد وهو نصف قيمة العبد
واعتاقه اياه بمنزلة برؤه في اليد لتبدل المحل حكما بالاعتاق
فتنقطع ابة السراية هذا اذا اعتقه المولى بعد القطع عمدا او خطا
فمات من ذلك فاما اذا لم يعتقه ولكنه دبره او كانت امة فاستولدها
ثم مات من ذلك فان كان القطع عمدا فللمولى القصاص لان الحق له وقت
القطع والموت جميعا فلم يشتبه الولي وان كان خطا لا تنقطع السراية
ويجب نصف القيمة دية اليد ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت
لحصول ذلك في ملك المولى ولو كاتبه والمسئلة بحالها فان كان القطع
عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى القصاص لانه مات عبدا وان مات
عن وفا فان كان له وارث يحجب المولى او يشاركه لا يجب القصاص لاشتباه
الولي وعليه ارش اليد لا غير ولو لم يكن له وارث غير المولى فللمولى ان يقتص
عندهما وعند محمد ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد وان كان القطع
خطا لا شي على القاضي الا ارش اليد وهو نصف القيمة للمولى وتنقطع السراية
هذا اذا كان القطع قبل الكتابة فان كان بعدها فمات فان كان القطع
عمدا ينظر ان مات عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات عبدا وان مات
عن وفا فان كان مع المولى وارث اخر او غيره يشاركه في الميراث فلا
قصاص لاشتباه الولي وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى الاختلاف
الذي ذكرنا وان كان القطع خطا فان مات عاجزا فالقيمة للمولى لانه مات
عبدا وان مات عن وفا فالقيمة للورثة لانه مات حرا والله اعلم

فصل واما كيفية وجوب القصاص فهو انه واجب عينا حتى
لا يملك الولي ان ياخذ الدية من القاتل من غير رضاه ولو مات القاتل او
عفى الولي سقط الموجب اصلا وهذا عندنا وللشافعي قولان في قول
القصاص ليس بواجب عينا بل الواجب احد شيئين غير عين اما
القصاص واما الدية وللولي خيار التعيين ان شا استوفى القصاص
وان شا اخذ الدية من غير رضا القاتل فعلى هذا القول اذا مات القاتل
يتعين المال واجبا فاذا عفى الولي يسقط الموجب اصلا وفي قول
القصاص واجب عينا لكن للمولى ان ياخذ المال من غير رضا القاتل واذا
عفى له ان ياخذ المال واذا مات القاتل سقط الموجب اصلا احتج بقوله

تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بمعروف واداا اليه باحسان معناه فاليتبع وليود الدية اوجب على القاتل اداا الدية الى الولي مطلقا عن شرط الرضا ولان اداا الدية صيانة النفس عن الهلاك ولانه واجب قال الله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكه ولان ضمان القتل يجب حقا للمقتول لان الجناية وردت على حقه فكان الواجب فيها حقا له وحق العبد ما ينتفع به والمقتول لا ينتفع بالقصاص وينتفع بالمال لانه يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه كان ينبغي ان لا يشرع القصاص اصلا الا انه شرع لحكمة الزجر لان الانسان لا يمتنع من قتل عدوه خوفا من لزوم المال فشرع ضمانا زاجرا كان ينبغي ان يجمع بينهما كما في شرب خمر الذمي الا انه تعذر الجمع لانه بدل النفس وفي القصاص معنى البدلية قال الله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والبا تستعمل في الابدال فيودي الى الجمع بين البدلين وهذا لا يجوز فخير بينهما ولنا قوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتل وهذا لا يجوز يفيد تعين القصاص موجبا ويبطل مذهب الابهام جميعا اما الابهام فلانه اخبر عن كون القصاص واجبا فيصدق القول عليه بانه واجب وان كان عليه احد حقين لا يصدق القول على احدهما بانه واجب واما التعيين فلانه اذا وجب القصاص على الاشارة عليه بطل القول بوجوب الدية بضرورة النص لانه لا قايل بالجمع بينهما فبطل القول باختيار الدية من غير رضا القاتل ولان القصاص اذا كان حقه كانت الدية بدل حقه وليس لصاحب الحق ان يعدل عن عين الحق الى بدله من غير رضى الى من عليه الحق كمن عليه حنطة موصوفة فاراد صاحب الحق ان ياخذ منه قيمتها من غير رضاه ليس له ذلك كذا هذا وقوله عليه السلام العمد قود ووجه الاستدلال على نحو وجه الاستدلال بالاية ولان ضمان العدوان الوارد على حق العبد مقيد بالمثل والقصاص وهو القتل الثاني مثل القتل الاول لانه ينوب مناب الاول ويسد مسده ومثل الشي غيره الذي ينوب منابه ويسد مسده واخذ المال لا ينوب مناب القتل ولا يسد مسده فلا يكون مثلا له فلا يصلح ضمانا للقتل العمد وكان ينبغي ان لا يجب اصلا الا ان الوجوب في قتل الخطا ثبت شرعا تخفيفا على الخاطي نظرا له اظهارا لخطر الدم صيانة له عن الهدر والعامد لا يستحق التخفيف والصيانة تحصل بالقصاص فبقي ضمانا اصليا في الباب واما الاية فالمراد من قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي هو الولي لا القاتل لانه قال فمن عفي فالقاتل معفو عنه لا معفو له ولانه قال فاتباع بالمعروف اي فليتبع وانه امر لمن دخل تحت كلمة فمن ومعلوم ان القاتل لا يتبع احدا بل هو المتبع وانما المتبع هو الولي فكان هو الداخل تحت كلمة فمن فكان معنى الاية فمن بذل له واعطي له من اخيه شي بطريق الفضل والسهولة فليتبع بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى الفضل لغة قال الله تعالى ويسلونك ماذا ينفقون قل العفو اي الفضل وتقول العرب خذ ما اتاك عفوا اي فضلا ونحن به نقول

انه يجوز اخذ المال من القاتل برضاه وقيل الاية نزلت في الصلح عن دم العمد وقيل نزلت في دم بين نفر يعفو احدهم عن القاتل فللباقين ان يتبعوا بالمعروف في نصيبهم لانه قال فمن عفي له من اخيه شي وهو العفو عن بعض ونحن به نقول او وقع الاحتمال في المراد بالاية فلا يصح الاحتجاج بها مع الاحتمال وقوله في دفع الدية صيانة نفس القاتل عن الهلاك وانه واجب قلنا نعم لكن قضيته ان يصير اثما بالامتناع لا ان يملك الولي اخذه من غير رضاه كمن اصابته مخمصة وعند صاحبه طعام يبيعه بمثل قيمته يجب عليه ان يشتريه دفعا للهلاك عن نفسه فان امتنع عن الشرا ليس لصاحب الطعام ان يدفع الطعام اليه وياخذ الثمن من غير رضاه كذا هذا قوله المقتول لا ينتفع بالقصاص قلنا ممنوع بل ينتفع به اكثر مما ينتفع بالمال لان فيه احياوه بابقاء ورثته احيا وهذا لا يحصل بالمال على ما عرف والله اعلم

فصل

واما بيان من يستحق القصاص فنقول ولا قوة الا بالله المقتول لا يخلو اما ان يكون حرا واما ان يكون عبدا فان كان حرا لا يخلو اما ان يكون له وارث واما ان لم يكن فان كان له وارث فالمستحق للقصاص هو الوارث كالمستحق للمال لانه حق ثابت والوارث اقرب الناس الى الميت فيكون له ثم ان كان الوارث واحدا استحقه وان كانوا جماعة استحقوه على سبيل الشركة كالمال الموروث عنه وجه قولهما في تمهيد هذا الاصل ان القصاص موجب للجناية وانها وردت على المقتول فكان موجبها حقا له الا انه بالموت عجز عن الاستيفا بنفسه فتقوم الورثة مقامه بطريق الارث عنه يكون مشتركا بينهم ولهذا يجري فيه سهام الورثة من النصف والثلث والسدس وغير ذلك كما يجري في المال وهذا اية الشركة ولابي حنيفة رحمه الله ان المقصود من القصاص هو التشفي وانه لا يحصل للميت ويحصل للورثة فكان حقا لهم ابتدا والدليل على انه يثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره لا على سبيل الشركة انه حق لا يتجزي والشركة فيما لا يتجزي محال اذ الشركة المعقولة هي ان يكون البعض لهذا والبعض لذلك كشريك الارض والدار وذلك فيما لا يتبعض محال والاصل ان ما لا يتجزي من الحقوق اذا ثبت لجماعة وقد وجد سبب ثبوته في حق كل واحد منهم على سبيل الكمال كان ليس معه غيره كولاية الانكاح وولاية الامان وعلى هذا يخرج ما اذا قتل انسانا عمدا وله ولدان احدهما غايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم حضر الغايب انه يعيد البينة عنده وعندهما لا يصدق ولا خلاف في ان القتل اذا كان خطا لا يعيد وكذلك الدين بان كان لابيهما دين على انسان ووجه البنا على هذا الاصل ان عند ابي حنيفة لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتدا كان كل واحد منهما اجنبيا عن صاحبه فيقع اثبات البينة له لا للميت فلا يكون خصما عن الميت في الاثبات فتقع الحاجة الى اعادة البينة ولما كان حقا موروثا على فرايض الله تعالى عندهما والورثة خلفاوه في استيفا الحق يقع الاثبات للميت وكل واحد من احاد الورثة خصم عن الميت في حقوقه كما في الدية والدين فيصح منه اثبات الكل للميت ثم يخلفونه كما

في المال ولو قتل انسان وله وليان واحدهما غايب فاقام القاتل البينة على الحاضر ان الغايب قد عفى فالحاضر خصم لان تحقق العفو من الغايب يوجب بطلان حق الحاضر عن القصاص فكان القاتل مدعيا على الحاضر بطلان حقه فكان خصما له ويقضي عليه ومتى قضي عليه يصير الغايب مقضيا عليه تبعا له والله اعلم
وان لم يكن للقاتل بينة لم يكن له ان يستحلف الحاضر لان الانسان قد ينتصب خصما عن غيره في اقامة البينة اما لا ينتصب خصما عن غيره في اليمين وعلى هذا يخرج اذا كان بين صغير وكبير ان للكبير ولاية الاستيفا عنده وعندهما ليس له ذلك وينتظر بلوغ الصغير ووجه البنا ان عند ابي حنيفة رحمه الله لما كان القصاص حقا ثابتا للورثة ابتدا لكل واحد منهم على سبيل الاستقلال لاستقلال سبب ثبوته في حق كل واحد منهم وعدم تجزيه في نفسه ثبت لكل واحد منهم على الكمال كان ليس معه غيره فلا معنى لتوقف الاستيفا على بلوغ الصغير وعندهما لما كان حقا مشتركا بين الكل فاحد الشريكين لا ينفرد بالتصرف في محل مشترك بدون رضى شريكه اظهار العصمة المحل وتحرزا عن الضرر والصحيح اصل ابي حنيفة لما ذكرنا ان القصاص لا يحتمل التجزية والشركة في غير المتجزي محال وانما تثبت الشركة اذا انقلب مالا لان المال محل قابل للشركة على ان ابا حنيفة رحمه الله ان سلم ان القصاص مشترك بين الصغير والكبير فلا باس بالتسليم لانه يمكن القتل بثبوت ولاية الاستيفا للكبير في نصيبه بطريق الاصالة وفي نصيب الصغير بطريق النيابة شرعا كالقصاص اذا كان بين انسان وابنه الصغير والجامع بينهما حاجتهما الى استيفا القصاص لاستيفا النفس وعجز الصغير عن الاستيفا بنفسه وقدرة الكبير على ذلك وكون تصرفه في النظر والشفقة في حق الصغير بنفسه لو كان اهلا ولهذا ملك الاب والجد الاستيفا استيفا قصاص وجب كله للصغير فهذا اولى ولابي حنيفة اجماع الصحابة ايضا فانه روي انه لما جرح بن ملجم عليا فقال للحسن رضي الله عنهما ان شيت فاقتله وان شيت فاعف عنه وان تعفو خير لك فقتله الحسن وكان في ورثة علي رضي الله عنه صغار والاستدلال من وجهين احدهما بقول علي رضي الله عنه والثاني بفعل الحسن رضي الله عنهما اما الاول فلانه خير الحسن حيث قال ان شيت فاقتله مطلقا من غير التقييد ببلوغ الصغار واما الثاني فلان الحسن قتل بن ملجم ولم ينتظر بلوغ الصغار وكل ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينقل انه انكر عليهما احد فيكون اجماعا وان لم يكن له وارث وله مولى العتاقة وهو المعتق فالمستحق للقصاص هو لان مولى العتاق اخر العصبات ثم ان كان واحدا استحق كله وان كانوا جماعة استحقوه وان كان للمقتول وارث ومولى العتاقة ايضا فلا قصاص لان الولي مشتبه لاشتباه سبب الولاية فالسبب في حق الوارث هو القرابة وفي حق المولى الولا وهما شيان مختلفان واشتباه الولي يمنع وجوب القصاص وكذلك ان لم يكن له مولى العتاقة وله مولى الموالاة لانه اخر الورثة فجاز ان يستحق كما يستحق المال وان لم يكن له وارث ولا مولى العتاقة

ولا مولى الموالاة كاللقيط وغيره فالمستحق هو السلطان في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يستحقه اذا كان المقتول في دار الاسلام والحجة نذكرها في موضعها ان شا الله تعالى وان كان المقتول عبدا فالمستحق هو المولى لان الحق قد ثبت واقرب الناس الى العبد مولاه ثم ان كان المولى واحدا استحق كله وان كان جماعة استحقوه لوجود سبب الاستحقاق في حق الكل وهو الملك والله الموفق

فصل

واما بيان من يلي استيفا القصاص وشرط جواز استيفايه فولاية استيفا القصاص ثبتت باسباب منها الوراثة وجملة الكلام فيه ان الوارث لا يخلوا اما ان كان واحدا واما ان كانوا جماعة فان كان واحدا لا يخلوا اما ان كان كبيرا واما ان كان صغيرا فان كان كبيرا فله ان يستوفي القصاص لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ولوجود سبب الولاية في حقه على الكمال وهو الوراثة من غير مزاحمة وان كان صغيرا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينتظر بلوغه وقال بعضهم يستوفيه القاضي وان كانوا جماعة فان كان الكل كبارا فلكل واحد منهم ولاية استيفا القصاص حتى لو قتله احدهم صار القصاص مستوفا لان القصاص ان كان حق الميت فلكل واحد من احاد الورثة ان يكون خصما في استيفا حق الميت كما في المال واذا كان حق الورثة ابتدا كما قال ابو حنيفة فقد وجد سبب ثبوت الحق في حق كل واحد منهم الا ان حضور الكل شرط جواز الاستيفا وليس للبعض ولاية الاستيفا مع غيبة البعض لان فيه احتمال استيفا ما ليس بحق له لاحتمال العفو من الغايب والى هذا اشار محمد رحمه الله فقال لا لا ادري لعل الغايب عفى وكذا اذا كانوا الكل حضورا لا يجوز لهم ولا لاحدهم ان يوكل في استيفا القصاص على معنى انه لا يجوز للوكيل استيفا القصاص مع غيبة الموكل لاحتمال ان الغايب قد عفى ولان في اشتراط حضرة الموكل رجا العفو عنه عند معاينته حلول العقوبة بالقاتل وقد قال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم فاما الاستيفا بالوكيل فجايز اذا كان الموكل حاضرا على ما بذكر وان كان فيهم صغير وكبير فان كان الكبير هو الاب بان كان القصاص مشتركا بين الاب وابنه الصغير فللاب ان يستوفيه بالاجماع لانه لو كان كل القصاص للصغير كان للاب ان يستوفيه فهاهنا اولى وان كان الكبير غير الاب فللكبير ان يستوفي قبل بلوغ الصغير عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف والشافعي ليس له ذلك قبل بلوغه والكلام فيه يرجع الى اصل ذكرناه بدلايله فيما تقدم ومنها الابوة فللاب والجد ان يستوفي قصاصا وجب للصغير في النفس وفيما دون النفس لان هذه ولاية نظر ومصلحة كولاية الانكاح فيثبت لمن كان مختصا بكمال النظر والمصلحة في حق الصغير واما الوصي فلا يلي استيفا القصاص في النفس بان قتل شخص عبد اليتيم لان تصرف الوصي لا يصدر عن كمال النظر والمصلحة في حق الصغير لقصور في الشفقة الباعثة عليه بخلاف الاب والجد وله ان يستوفي القصاص فيما دون النفس لان

ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال على ما نذكر وللوصي ولاية استيفا
المال ومنها الملك المطلق وقت القتل فللمولي ان يستوفي القصاص اذا قتل
مملوكه اذا لم يكن في الاستيفا ابطال حق الغير من غير رضاه لان الحق قد ثبت
له وهو اقرب الناس اليه فله ان يستوفيه وكذا اذا قتل مدبره ومدبرته وام
ولده وولدها لان التدبير والاستيلاد لا يوجب زوال الملك وكذا اذا قتل
المكاتب ولم يترك وفا لانه مات رقيقا فكان ملك المولى قايما وقت القتل وذكر
في المنتقى عن ابي حنيفة رحمه الله في معتق البعض اذا قتل عاجزا انه لا قصاص
ففرق بينه وبين المكاتب ووجه الفرق ان موت المكاتب عاجزا يوجب انفساخ
الكتابة وجعلها كان لم تكن والقتل صادفه وهو قن وموت معتق البعض لا يوجب
انفساخ الاعتاق اذ الاعتاق بعد وجوده لا يحتمل الفسخ فالقتل صادفه ولا ملك
للمولى في كله ولو قتل المكاتب وترك وفا وورثة احرارا سوى المولى لا قصاص بالاجماع
لانه لا يستوفيه المولى لوقوع الشك في قيام ملك المولى وقت القتل ولا الوارث
لاحتمال انه مات عبدا لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم انه يموت حرا او عبدا فامتنع
الوجوب وان لم يكن له وارث حر غير المولى فله ان يستوفي القصاص عند ابي
حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وقد ذكرنا المسلة وقد قتل العبد في يد البايع
قبل القبض فان اختار المشتري اجازة البيع فله ولاية الاستيفا بالاجماع
لان الملك كان له وقت القتل وقد تقرر له بالاجازة فكان له ان يستوفي
وان اختار فسخ البيع فللبايع ان يستوفي القصاص في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف للبايع القيمة ولا قصاص له وجه قوله ان الملك لم يكن ثابتا له
وقت القتل وانما حدث بعد ذلك بالفسخ والسبب حين وجوده لم ينعقد
موجبا الحكم له فلا يثبت له بمعنى وجد بعد ذلك ولابي حنيفة ان رد البيع فسخ
له من الاصل تبين ان الجناية وردت على ملك البايع فيوجب القصاص له
فكان له ان يستوفي وليس للمشتري ولاية الاستيفا لهذا المعنى ان بالفسخ يظهر
ان العبد وقت القتل لم يكن على ملكه بل على ملك البايع ولو قتل الصداق في
يد الزوج او بدل الخلع في يد المراة او بدل الصلح عن دم العمد في يدي
الذي صالح عليه فذلك بمنزلة البيع لانه المستحق للصداق وبدل الخلع
والصلح ان اختار اتباع القاتل فقد تقرر ملكه فيجب القصاص له وان طالب
بالقيمة فالملك في العبد قد انفسخ فيجب القصاص للاخر على ما ذكرنا في البيع ولو
قتل في يدي المشتري وللمشتري خيار الشرط او خيار الروية فالقصاص
للمشتري قبض البايع الثمن او لم يقبض لان الخيار قد سقط بموت العبد
وانبرم البيع وتقرر الملك فيه للمشتري فوجب القصاص له فكان له ان
يستوفي القصاص كما اذا قتل في يده ولا خيار في البيع ولو كان الخيار للبايع فان
شا اتبع القاتل فقتله قصاصا وان شا ضمن المشتري القيمة اما اختيار
اتباع القاتل فلان العبد وقت القتل كان ملكا له واما اختيار تضمين المشتري
القيمة فلانه كان مضمونا في يده بالقيمة الا ترى لو هلك بنفسه في يده
كان عليه قيمته ولا قصاص للمشتري وان ملك العبد بالضمان لان الملك يثبت
له بطريق الاستناد والمستند يظهر من وجه ويقتصر من وجه فشبه الظهور

بقتضي

يقتضي وجوب القصاص له وشبه الاستناد يقتضي ان لا يجب فتمكنت الشبه في
الوجوب له فلا يجب وكذا العبد المغصوب اذا قتل في يدي الغاصب واختار المالك
تضمينه لم يكن للغاصب القصاص لما قلنا ولو قتل عبد موصى برقبته لرجل وبخدمته
لاخر لم ينفرد احدهما باستيفا القصاص لان الموصى له بالخدمة لا ملك له في الرقبة
فلا يملك الاستيفا بنفسه والموصى له بالرقبة وان ملك الرقبة لكن في استيفا
القصاص ابطال حق الموصى له بالخدمة لا الى بدل هو مال فلا يملك ابطال حقه
من غير رضاه واذا اجتمعا فللموصى له بالرقبة ان يستوفي لان المطلق للاستيفا موجود
وهو قيام ملك الرقبة والامتناع كان لحق الموصى له بالخدمة فاذا رضي بسقوط حقه
فقد زال المانع ولو قتل العبد المرهون في يدي المرتهن لم يكن لواحد منهما
ان ينفرد بالاستيفا اما المرتهن فظاهر لان ملك الرقبة لم يكن ثابتا له وقت القتل
فلم يوجد سبب ثبوت ولاية الاستيفا في حقه واما الراهن فلان استيفاءه يتضمن
ابطال حق المرتهن في الدين من غير رضاه لان الرهن يصير هالكا من غير بدل لان العبد انما
كان رهنا من حيث انه مال والقصاص لا يصلح بدلا عن المالية لانه ليس بمال فيصير
الرهن هالكا من غير بدل فيسقط دينه فكان في استيفايه القصاص ابطال حق المرتهن
من غير رضاه وهذا لا يجوز ولو اجتمعا ذكر الكرخي ان للراهن ان يستوفي القصاص
عند ابي حنيفة لان الامتناع كان لحق المرتهن وقد رضي بسقوط حقه وعند محمد
ليس له ان يستوفي وان اجتمعا على الاستيفا وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
انه لا قصاص على قاتله ولم يذكر الخلاف وقد ذكرنا وجه كل من ذلك في كتاب الرهن
ومنها الولا اذا لم يكن لمولى الاسفل وارث لان الولا سبب الولاية في الجملة الا ترى
ان مولى العتاقة يزوج بالاجماع لانه اخر العصبات ومولى الموالاة يزوج على اصل
ابي حنيفة رحمه الله لانه اخر الورثة فان كان له وارث فلا قصاص لاشتباه الولي
فلا يتصور الاستيفا ومنها السلطنة عند عدم الوراثة والملك والولا
كاللقيط ونحوه اذا قتل وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
ليس للسلطان ان يستوفي اذا كان المقتول من اهل دار الاسلام وله ان ياخذ الدية
وان كان من اهل الحرب فله ان يستوفي القصاص وله ان ياخذ الدية وجه قوله
ان الدية المقتول في دار الاسلام لا يخلو عن ولي له عادة الا انه ربما لا يعرف وقيام
ولاية المولى تمنع ولاية السلطان ولهذا لا يملك العفو بخلاف الحربي اذا دخل دار
الاسلام ولهما ان الكلام في قتيل لم يعرف له ولي عند الناس فكان وليه السلطان
لقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له وقد روي انه لما قتل عمر رضي الله عنه
خرج الهرمزان والخنجر في يده فظن عبيد الله ان هذا الذي قتله فقتله فرفع ذلك
الى عثمان فقال علي لعثمان اقتل عبيد الله فامتنع عثمان وقال كيف اقتل رجلا
قتل ابوه امس لا افعل ولكن هذا رجل من اهل الارض وانا وليه اعفوا عنه واودي
ديته واراد بقوله اعفوا عنه واودي ديته الصلح عن الدية وللامام ان يصالح
على الدية الا انه لا يملك العفو لان القصاص حق المسلمين بدليل ان ميراثه لهم
وانما الامام نايب عنهم في الاقامة وفي العفو اسقاط حقهم اصلا وراسا
وهذا لا يجوز ولهذا لا يملكه الاب والجد وانما كانا يملكان استيفا القصاص
وله ان يصالح على الدية كما فعل عثمان رضي الله عنه والله اعلم فصل واما

بيان ما يستوفي به القصاص وكيفية الاستيفا فالقصاص لا يستوفي الا بالسيف
عندنا وقال الشافعي يفعل به مثل ما فعل فان مات والا تحز رقبته حتى لو
قطع يد رجل عمدا فمات من ذلك فان الولي يقتله وليس له ان يقطع يده عندنا
وعنده يقطع يده فان مات في المدة التي مات الاول فيها والا تحز رقبته وجه
قوله ان مبنى القصاص على المماثلة في الفعل لانه جزا الفعل فيشترط ان يكون
مثل الفعل الاول وذلك فيما قلنا وهو ان يفعل به مثل ما فعل هو والموجود
منه القطع فيجب ان يجازي بالقطع والظاهر في القطع عدم السراية
فلان انقضت السراية تحز رقبته ويكون الحز تتميما للفعل الاول لا جزا
مبتدا ولنا قوله عليه السلام لا قود الا بالسيف والقود هو القصاص
والقصاص هو الاستيفا فكان هذا نفي استيفا القصاص الا بالسيف ولان
القطع اذا اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فلا
يجازي الا بالقتل ولو قطع ثم احتيج الى الحز كان ذلك جمعا بين القتل والحز
فلم يكن مجازاه بالمثل وقوله الحز يقع تتميما للقطع فاسد لان المتمم
للشي من توابعه والحز قتل وهو اقوى من القطع فكيف يكون من تمامه وان
اراد الولي ان يقتل بغير السيف لا يمكن لما قلنا ولو فعل لا يعزر لكن لا
ضمان عليه ويصير مستوفيا باي طريق قتله سوا قتله بالعصا او بالحجر
او القاه من السطح او القاه في البير او ساق عليه دابة حتى مات ونحو
ذلك لان القتل حقه فاذا قتله فقد استوفى حقه باي طريق كان الا انه
ياثم بالاستيفا لا بطريق مشروع لمجاوزته حد الشرع وله ان يقتل
بنفسه وبنايبه بان يامر غيره بالقتل لان كل احد لا يقدر على الاستيفا
بنفسه او لضعف قلبه او لقلة هدايته اليه فيحتاج الى الانابة الا انه
لا بد من حضوره عند الاستيفا لما ذكرنا فيما تقدم ثم اذا قتله
المامور والامر ظاهر صار مستوفيا ولا ضمان عليه اما اذا قتله والامر غير
ظاهر وانكر ولي هذا القتيل الامر فانه يجب القصاص على القاتل ولا يعتبر
تصديق الولي لان القتل العمد سبب لوجوب القصاص في الاصل فلو
خرج من ان يكون سببا انما يخرج بالامر وقد كذبه ولي هذا القتيل في الامر
وتصديق ولي القصاص غير معتبر لانه صدقه بعد ما بطل حقه عن القصاص
لفوات محله فصار اجنبيا عنه فلا يعتبر تصديقه فلم يثبت الامر
فبقي القتل العمد موجبا للقصاص ولو حفر في دار انسان بيرا فوقع فيها
انسان فمات فادعى ولي القتيل الدية فقال الحافر حفرته باذن صاحب
الدار وصدقه صاحب الدار في ذلك لا ضمان على الحافر استحسانا ويعتبر تصديقه
لانه صدقه في فعل يملك انشا الامر به للحال وهو الحفر في ملكه فلم يكن
هذا تصديقا بعد فوات المحل فاعتبر بخلاف الاول والله اعلم

فصل

واما بيان ما يسقط القصاص بعد وجوبه فالمسقط له انواع منها
فوات محل القصاص بان مات من عليه القصاص بافة سماوية لانه لا يتصور
بقا الشي في غير محله واذا سقط القصاص بالموت لا تجب الدية عندنا
لان القصاص هو الواجب عينا عندنا وهو احد قولي الشافعي وعلى قوله

الاخر

الاخر يجب الدية وقد بينا فساده فيما تقدم وكذا اذا قتل من عليه بغير حق او بحق
بالردة والقصاص بان قتل انسانا فقتل به قصاصا يسقط القصاص ولا يجب
المال لما قلنا وكذلك القصاص الواجب فيما دون النفس اذا فات ذلك العضو
بافة سماوية او قطع بغير حق يسقط القصاص من غير مال لما قلنا وان قطع بحق
بان قطع يد غيره فقطع به او سرق مال انسان فقطع يسقط القصاص ايضا
لفوات محله لكن يجب ارش اليد فيقع الفرق في موضعين احدهما بين القتل
والقطع بحق والثاني بين القطع بغير حق وبين القطع بحق والفرق انه اذا قطع
طرفه فقد قضي به حقا واجبا عليه فجعل كالقايم وجعل صاحبه ممسكا له تقديرا
كانه امسكه حقيقة وتعذر استيفا القصاص لعذر الخطا ونحو ذلك وهناك
يجب الارش كذا ههنا وهذا المعنى لم يوجد فيما اذا قطع بغير حق لانه لم
يقض حقا واجبا عليه لكن لا يمكن ان يجعل ممسكا للنفس بعد موته تقديرا
لانه لا يتصور حقيقة بخلاف الطرف والله اعلم ❊ ومنها العفو والكلام فيه
في ثلاثة مواضع ❊ احدها في بيان ركنه ❊ والثاني في بيان شرايط الركن ❊
والثالث في بيان حكمه ❊ اما ركنه فهو ان يقول العافي عفوت او اسقطت
او ابرات او وهبت وما يجري هذا المجرى ❊ واما الشرايط فمنها ان يكون العفو
من صاحب الحق لانه اسقاط الحق واسقاط الحق ولا حق محال فلا يصح العفو
من الاجنبي لعدم الحق ولا من الاب والجد في قصاص وجب للصغير لان
الحق للصغير لا لهما وانما لهما ولاية استيفا حق وجب للصغير ولان ولايتهما
مقيدة بالنظر للصغير والعفو ضرر محض لانه اسقاط الحق اصلا ورأسا
فلا يملكانه ولهذا لا يملكه السلطان فيما له ولاية الاستيفا على ما بينا
ومنها ان يكون العافي عاقلا ❊ ومنها ان يكون بالغا فلا يصح العفو من الصبي
والمجنون وان كان الحق ثابتا لهما لانه من التصرفات المضرة المحضة
فلا يملكانه كالطلاق والعتاق ونحو ذلك ❊ واما حكم العفو فالعفو في
الاصل لا يخلو اما ان يكون من الولي واما ان يكون من المجروح فان كان
من الولي لا يخلو من ان يكون منه بعد الموت او قبل الموت بعد الجرح
فان كان بعد الموت فاما ان يكون الولي واحدا واما ان يكون اكثر فان كان
واحدا بان كان القاتل والمقتول واحدا فعفى عن القاتل سقط القصاص
لان استيفاه لتحقيق معنى الحيوة وهذا المعنى لا يحصل بدون الاستيفا
بالعفو لانه اذا عفى فالظاهر انه لا يطلب الثار بعد العفو فلا يقصد
قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل معنى الحيوة بدون الاستيفا
فيسقط القصاص لحصول ما شرع له استيفاوه بدونه وهكذا قال
الحسن في تاويل قوله تعالى ومن احياها فكانما احيى الناس جميعا اي
من احياها بالعفو وقيل في قوله ذلك تخفيف من ربكم ورحمة
ان ذلك للعفو والصلح على ما قيل ان حكم التوراة القتل لا غير وحكم
الانجيل العفو بغير بدل لا غير فخفف على هذه الامة فشرع العفو بلا
بدل اصلا والصلح ببدل سوا عفى عن الكل او عن البعض لان القصاص
لا يتجزى وذلك البعض فيما لا يتبعض ذكر الكل كالطلاق وتسليم الشفعة

عندنا صح

تعالى صح

وغيرهما واذا اسقط القصاص بالعفو لا ينقلب مالا عندنا لان حق الولي
في القصاص عينا وهو احد قولي الشافعي وقد اسقطه لا الى بدل ومن له
الحق اذا اسقط حقه مطلقا وهو من اشتقا اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط
يسقط مطلقا كالابرا عن الدين ونحو ذلك وعلى قوله الاخر الواجب احدهما فاذا
عفي عن القصاص انصرف الى الواجب تصحيحا لتصرفه كمن له على اخر دراهم
او دنانير ولا ينوي احدهما بعينه فابراه رب الدين عن احدهما ليس له
ان يطالبه بالاخر لما قلنا كذا هذا ولو عفي عنه ثم قتله بعد العفو يجب
عليه القصاص عند عامة العلما وقال بعض الناس لا يجب واحتجوا بقوله
تعالى فمن اعتدي بعد ذلك فله عذاب اليم جعل جزا المعتدي وهو القاتل
بعد العفو العذاب الاليم وهو عذاب الاخرة فلو وجب القصاص في الدنيا
لكان المذكور بعض الجزا ولان القصاص في الدنيا يرفع عذاب الاخرة
لقوله صلى الله عليه وسلم السيف محا للذنوب وفيه نسخ الاية ولنا
عمومات القصاص من غير فصل بين شخص وشخص وحال وحال الا شخصا
او حالا قيد بدليل وكذا الحكمة التي شرع لها القصاص وهو الحيوة على ما بينا
يقتضي الوجوب واما الاية فقد قيل في بعض وجوه التاويل ان العذاب
الاليم ههنا هو القصاص لان القتل غاية العذاب الدنيا وهي الايلام
فعلى هذا التاويل كانت الاية حجة عليهم او يحتمل هذا و يحتمل ما قالوا فلا
يكون حجة مع الاحتمال وان كان القصاص اكثر ان قتل رجلان واحدا
فان عفي عنهما سقط القصاص اصلا لما ذكرنا وان عفي عن احدهما سقط
القصاص عنه وله ان يقتل الاخر لانه استحق على كل واحد منهما قصاصا كاملا
فالعفو عن احدهما لا يوجب العفو عن الاخر وذكر في المنتقى عن ابي يوسف
انه يسقط القصاص عنهما لان طريق ايجاب القصاص عليهما ان يجعل
كل واحد منهما قاتلا على الانفراد كان ليس معه غيره اذ القتل تفويت الحيوه
ولا يتصور تفويت حيوة واحدة عن كل واحد منهما على الكمال فيجعل كل واحد
منهما قاتلا ويجعل قتل صاحبه عدما في حقه فاذا عفي عن احدهما والعفو
عن القاتل جعل فعل الاخر عدما تقديرا فيورث شبهة والقصاص لا يستوفي
مع الشبهة وهذا ليس بسديد لان طريق ايجاب القصاص عليهما ليس ما ذكر
وليس القتل اسما لتفويت الحيوة بل هو اسم لفعل موثر في تفويت
الحيوة عادة ولهذا حصل لكل واحد منهما على الكمال فالعفو عن احدهما
لا يوثر في الاخر هذا اذا كان الولي واحدا فاما اذا كان اثنين او اكثر فعفي
احدهما سقط القصاص عن القاتل لانه سقط نصيب العافي بالعفو
فيسقط نصيب الاخر ضرورة انه لا يتجزي اذ القصاص قصاص واحد فلا
يتصور استيفا بعضه دون بعض وينقلب نصيب الاخر مالا بالاجماع
الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر وعبد الله بن مسعود وعبد الله
ابن عباس رضي الله عنهم انهم اوجبوا في عفو بعض الاوليا الذين
لم يعفوا نصيبهم من الدية وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم
ولم ينقل انه انكر عليهم احد فيكون اجماعا وقيل ان قوله تعالى فمن عفي

له من اخيه شي نزلت في دم بين شركا يعفوا احدهم عن القاتل فللاخرين ان
يتبعوه بالمعروف في نصيبهم لانه قال فمن عفي له من اخيه شي وهذا العفو
عن بعض الحق ويكون نصيب الاخر وهو نصف الدية في مال القاتل لان القتل
عمد الا انه تعذر استيفا القصاص لما ذكرنا والعاقلة لا تعقل العمد ويوخذ
منه في ثلث سنين عند اصحابنا الثلثة وعند زفر في سنتين ان الواجب
نصف الدية فيوخذ في سنتين كما لو قطع انسان خطا وجب نصف الدية
انه يوخذ في سنتين كذا ههنا ولنا ان الواجب جزء مما يوخذ في ثلث
سنين وحكم الجزء حكم الكل بخلاف القطع فان الواجب هناك كل لا جزء لان
كل ذي يد واحدة هذا القدر الا انه قدر كل ديتها بنصف دية النفس
وهذا لا ينفي ان يكون كل دية الطرف ولو عفي احدهما فقتله الاخر
ينظر ان قتله ولم يعلم بالعفو او علم به لكنه لم يعلم بالحرمة لا قصاص
عليه عند اصحابنا الثلثة وعند زفر عليه القصاص وجه قوله انه قتل
نفسا بغير حق لان عصمته عادت بالعفو الا ترى انه حرم قتله فكانت
مضمونه بالقصاص كما لو قتله قبل وجود الحلق منه القتل منه فلو سقط
انما سقط بالشبهة ومطلق الظن لا يورث شبهة كما لو قتل انسانا وقال
ظننت انه قاتل ابي ولنا ان في عصمته شبهة العدم في حق القاتل لانه
قتله على ظن ان قتله مباح له وهو ظن مبني على نوع دليل وهو ما ذكرنا
ان القصاص وجب حقا للمقتول وكل واحد من الاوليا بسبيل من استيفا
حق وجب للمقتول فالعفو من احدهما ينبغي ان لا يوثر في حق الاخر ولان
سبب ولاية الاستيفا وجد في حق كل واحد منهما على الكمال وهو القرابة
فينبغي ان لا يوثر عفو احدهما في حق صاحبه الا انه امتنع هذا الدليل
عن العمل باجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما بينا فقيامه يورث شبهة عدم
العصمة والشبهة في هذا الباب تعمل عمل الحقيقة فيمنع وجوب القصاص
ويجب عليه نصف الدية لان القصاص اذا تعذر ايجابه للشبهة وجب
عليه كمال الدية الا انه كان على القاتل نصف الدية فصار النصف قصاصا
بالنصف فوجب عليه النصف الاخر ويكون في ماله لا على العاقلة لانه وجب
بالقتل وهو عمد والعاقلة لا تعقل العمد وان علم بالعفو والحرمة يجب
عليه القصاص لان المانع من وجوب الشبهة وانها نشات عن الظن ولم يوجد
فزال المانع وله على المقتول نصف الدية لانه قد كان انقلب نصيبه
مالا بعفو صاحبه فبقي ذلك على المقتول هذا اذا كان القصاص الواحد
مشتركا بينهما فعفي احدهما عن نصيبه فاما اذا وجب لكل واحد منهما
قصاص كامل قبل القاتل بان قتل واحد رجلين فعفي احدهما عن القاتل
لا يسقط قصاص الاخر لان كل واحد منهما استحق عليه الاخر قصاصا كاملا
ولا استحالة في ذلك لان القتل ليس تفويت الحيوة ليقال ان الحيوة
الواحدة لا يتصور تفويتها من اثنين بل هو اسم لفعل موثر في فوات
الحيوة عادة وهذا لا يتصور من كل واحد منهما في محل واحد على الكمال
فعفو احدهما عن حقه وهو القصاص لا يوثر في حق صاحبه بخلاف القصاص

الواحد المشترك والله اعلم هذا اذا عفى الولي عن القاتل بعد موت وليه
فاما اذا عفا عنه بعد الجرح قبل الموت فالقياس ان لا يصح عفوه وفي الاستحسان
يصح وجه القياس ان العفو عن القتل يستدعي وجود القتل والفعل لا
يصير قتلا الا بفوات الحيوة عن المحل ولم يوجد فالعفو لم يصادف محله فلم
يصح وللاستحسان وجهان احدهما ان الجرح متى اتصلت به السراية
تبين انه وقع قتلا من حين وجوده فكان عفوا عن حق ثابت فيصح ولهذا
لو كان الجرح خطا فكفر بعد الجرح قبل الموت جاز التكفير والثاني ان
القتل ان لم يوجد للحال فقد وجد سبب وجوده وهو الجرح المفضي الى
فوات الحيوة والسبب المفضي الى الشي يقام مقام ذلك الشي في اصول
الشرع كالنوم بعد الحدث والنكاح مع الوطي وغير ذلك ولانه اذا وجد
سبب وجود القتل كان العفو منه تعجيل الحكم بعد وجود سببه وانه جايز
كالتكفير بعد الجرح قبل الموت في قتل الخطا والله اعلم ۞ وكذلك العفو
من المولى واحدا كان او اكثر والعفو من الوارث يستوي في جميع ما وصفنا
الا ان في القصاص بين الموليين اذا عفى احدهما فللاخر حصته من قيمة
العبد وهاهنا من الدية لان القيمة في دم العبد كالدية في دم الحر فاما
فيما وراء ذلك لا يختلفان هذا كله اذا كان العفو من المولى او من الولي فاما
اذا كان من المجروح بان كان المجروح عفى لا يصح عفوه لان القصاص يجب
حقا للمولى لا له وان كان حرا فان عفى عن القتل ثم مات صح استحسانا والقياس
ان لا يصح ووجه القياس والاستحسان على نحو ما ذكرنا وان عفى عن القطع
او الجراحة او الشجة او الجناية ثم مات اولا فجملة الكلام فيه ان الجرح لا
يخلو اما ان يكون عمدا او خطا فان كان عمدا فالمجروح لا يخلو اما ان ذكر
معه يقول عفوت عن الجناية او الجراحة او الشجة او الضربة وهذا كله قسم
واحد واما ان يكون عفوت عن الجناية والقسم الاول لا يخلو اما ان
ذكر معه وما يحدث منها واما ان لم يذكر وحال المجروح لا يخلو اما ان برئ
وصح واما ان مات من ذلك فان برا من ذلك صح العفو في الفصول كلها لان العفو
وقع عن حق ثابت وهو الجراحة او موجبها وهو الارش وان سرى الى النفس
ثم مات فان كان العفو بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة وما يحدث منها صح بالاجماع
ولا شي على القاتل لان لفظ الجناية يتناول القتل وكذا لفظ الجراحة وما يحدث
منها لم يصح العفو في قول ابي حنيفة والقياس ان يجب القصاص وفي الاستحسان
تجب الدية في مال القاتل وعند ابي يوسف ومحمد يصح العفو ولا شي على
القاتل وجه قولهما ان السراية اثر الجراحة والعفو عن الشي يكون عفوا عن
اثره كما اذا قال عفوت عن الجراحة وما يحدث منها ولابي حنيفة رحمه الله
وجهان احدهما انه عفى عن غير حقه لان حقه في موجب الجناية لا في عينها لان
عينها عرض لا يتصور بقاؤها فلا يتصور العفو عنها ولان عينها جناية
وجدت من الجارح والجناية لا تكون حق المجني عليه فكان هذا عفوا عن
موجب الجراحة وبالسراية يتبين انه لا موجب لهذه الجراحة لان عند
السراية يجب موجب القتل بالاجماع وهو القصاص ان كان عمدا والدية

ان كان خطا ولا يجب الارش وقطع اليد مع موجب القطع القتل لان الجمع بينهما
غير مشروع والثاني ان كان العفو عن القطع والجرح صحيحا لكن القطع غير والقتل
غير فالقطع ابانة الطرف فعل يوثر في فوات الحيوة عادة وموجب احدهما القطع
والارش وموجب الاخر القتل والدية والعفو عن احد الغيرين لا يكون عفوا عن
الاخر في الاصل فكان القياس ان يجب القصاص لوجود القتل العمد وعدم ما
يسقطه الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وتكون في ماله لانها وجبت بالقتل
العمد والعاقلة لا تعقل العمد لا تعقل العمد هذا اذا كان القتل عمدا فاما
اذا كان خطا فان برا من ذلك صح العفو بالاجماع ولا شي على القاطع سوا كان
بلفظ الجناية او الجراحة وذكر وما يحدث منها او لم يذكر لما قلنا وان سرى الى
النفس فان كان العفو بلفظ الجناية او الجراحة وما يحدث منها صح ايضا لما ذكرنا
ثم ان كان العفو في حال صحة المجروح بان كان يذهب ويجي ولم يصر صاحب
فراش يعتبر من جميع ماله وان كان في حال المرض بان صار صاحب فراش
يعتبر عفوه في ثلث ماله لان العفو تبرع منه وتبرع المريض في مرض الموت
يعتبر من ثلث ماله فان كان قدر الدية يخرج من الدية سقط ذلك القدر
عن العاقلة وان كان لا يخرج كله من الثلث فثلثه يسقط عن العاقلة وثلثاه
يوخذ منهم وان كان بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها لم يصح العفو
والدية على العاقلة عند ابي حنيفة وعندهما يصح العفو وهذا وقوله
عفوت عن الجناية او عن الجراحة وما يحدث منها سوا وقد بينا حكمه
والله اعلم ۞ ولو كان مكان العفو صلح بان صالح من القطع والجراحة على مال
فهو على التفصيل الذي ذكرنا انه ان برا المجروح فالصلح صحيح باي لفظ كان
وسوا كان القطع عمدا او خطا لان الصلح وقع عن حق ثابت فيصح وان سرى
الى النفس فان كان الصلح بلفظ الجناية او بلفظ الجراحة وما يحدث منها
فالصلح صحيح ايضا لانه عن حق ثابت وهو القصاص وان كان بلفظ الجراحة
ولم يذكر وما يحدث منها فعند ابي حنيفة لا يصح الصلح ويوخذ الدية من
جميع ماله في العمد وان كان خطا يرد بدل الصلح وتجب جميع الدية على العاقلة
والله اعلم ۞ ولو كان مكان الصلح نكاح بان قطعت امراة يد رجل او
جرحته فتزوجها على ذلك فهو على ما ذكرنا من التفاصيل انه ان برا من
ذلك جاز النكاح وصار ارش ذلك مهرا لها لانه تبين ان موجب ذلك
الارش سوا كان القطع عمدا او خطا لان القصاص بين الذكر والاناث
لا يجري فيما دون النفس فكان الواجب به هو المال فاذا تزوجها عليه
فقد سمى المال فكان مهرا لها وان سرى الى النفس فان كان النكاح بلفظ
الجناية او بلفظ الجراحة وما يحدث منها وكان القطع خطا جاز النكاح
وصار دم الزوج مهرا لها لانه لما اتصلت به السراية تبين انه وقع قتلا
موجبا للدية على العاقلة فكان التزوج على موجب الدية وهو الدية وسقطت
عن العاقلة لصيرورتها مهرا لها وهذا اذا كان وقت النكاح صحيحا فان كان
مريضا فبقدر مهر المثل يسقط عن العاقلة لانه ليس بمتبرع في هذا القدر
واما الزيادة على ذلك فينظر ان كانت تخرج من ثلث ماله تسقط ايضا

والزيادة تكون للزوج يرجع الي ورثته وانما اعتبر خروج الزيادة من ثلث
ماله لانه متبرع بالزيادة وهو مريض مرض الموت هذا في الخطا واما في العمد
جاز النكاح وصار عفوا اما جواز النكاح فلا شك فيه لان جوازه لا يقف علي تسمية
ما هو مال واما صيرورة النكاح علي القصاص عفوا له لانه لما تزوجها علي
القصاص فقد ازال حقه عنه واسقطه وهذا معني العفو ولها مهر المثل
من تركة الزوج لان النكاح لا يجوز الا بالمهر والقصاص لا يصلح مهرا لانه ليس
بمال فيجب لها العوض الاصلي وهو مهر المثل وان كان بلفظ الجراحة وما يذكر
وما يحدث منها فكذلك الجواب عند ابي يوسف ومحمد في العمد والخطا
وعند ابي حنيفة يبطل العفو اذا كان عمدا ولها مهر المثل من مال الزوج
وتجب الدية من مالها فيتقاصان بقدر مهر المثل وتضمن المراة الزيادة
وان كان خطا فتجب الدية علي عاقلتها ولها مهر المثل في مال الزوج ولا ترث
المراة من مال الزوج شيا لانها قاتلة ولا ميراث للقاتل والله اعلم • ولو كان
مكان النكاح خلع بان قطع يد امراته او جرحها جراحة فخلعها علي ذلك فهو علي
ما ذكرنا انها ان برات جاز الخلع وكان باينا لانه تبين انه خلعها علي ارش اليد
فصح الخلع وصار ارش اليد بدل الخلع والخلع علي مال طلاق باين ويستوي
فيه العمد والخطا لما مر وان سري الي النفس وكان خطا فان ذكر بلفظ الجناية
او لفظ الجراحة وما يحدث منها جاز الخلع ويكون باينا لانه تبين ان الفعل وقع
قتلا فتبين انه وقع موجبا للدية فكان الخلع واقعا علي مال وهو الدية فيصح
ويكون باينا ثم ان كانت المراة صحيحة وقت الخلع جاز ذلك من جميع المال
وان كانت مريضة صارت الدية بدل الخلع ويصير خروج جميع الدية
من الثلث بخلاف النكاح حيث يعتبر هناك خروج الزيادة علي قدر مهر
المثل من الثلث لان تلك الحال حال دخول البضع في ملك الزوج وهذه
حالة الخروج عن ملكه وان كان يخرج من الثلث سقط عن العاقلة وان لم
يكن لها مال يسقط والثلثان علي العاقلة ويكون بمنزلة الوصية هذا
في الخطا فاما في العمد جاز العفو ولا يكون مالا وخلعها بغير مال يكون
رجعيا وان كان الخلع بلفظ الجراحة ولم يذكر وما يحدث منها فعندهما
كذلك الجواب وعند ابي حنيفة لم يصح العفو ويجب جميع الدية في ماله في
العمد وفي الخطا علي العاقلة ويكون الخلع بغير مال فيكون الطلاق رجعيا
ومنها الصلح علي مال لان القصاص حق للولي ولصاحب الحق ان يتصرف
في حقه استيفا واسقاطا اذا كان من اهل الاسقاط والمحل قابل للسقوط
ولهذا ملك العفو فيملك الصلح ولان المقصود من استيفا القصاص
وهو الحيوة تحصل به لان الظاهر ان عند اخذ المال عن صلح وتراض تسكن
الفتنة فلا يقصد الولي قتل القاتل فلا يقصد القاتل قتله فيحصل المقصود
من استيفا القصاص بدونه وقيل ان قوله تعالي فمن عفي له من اخيه شي
الاية نزل في الصلح عن دم العمد فيدل علي جواز الصلح وسوا كان بدل
الصلح قليلا او كثيرا من جنس الدية او من خلاف جنسها حالا او موجلا باجل
معلوم او مجهول جهالة متفاوتة كالحصاد والدياس ونحو ذلك بخلاف

الصلح

الصلح من الدية علي اكثر مما تجب فيه الدية انه لا يجوز لان المانع من الجواز هناك
تمكن الربوا ولم يوجد هاهنا لان الربوا يختص بمبادلة المال بالمال والقصاص
ليس بمال وقد ذكرنا شرايط جواز الصلح ومن يملك الصلح ومن لا يملكه في
كتاب الصلح ولو صالح الولي القاتل علي مال ثم قتله يقتص منه عند عامة العلما
وقال بعض الناس لا قصاص عليه وقد مرت المسلة في العفو ولو كان الولي
اثنان والقصاص واحد فصالح احدهما سقط القصاص عن القاتل وينقلب
نصيب الاخر مالا لما ذكرنا في العفو ولو قتله الاخر بعد عفو صاحبه فهو
علي التفصيل والخلاف والوفاق الذي ذكرناه في العفو ولو كان القصاص اكثر
فصالح ولي احد القتيلين فللاخر ان يستوفي وكذا لو صالح الولي مع احد
القاتلين كان له ان يقتص للاخر لما ذكرنا في العفو وكذلك حكم المولي في
الصلح عن دم العمد في جميع ما وصفنا • ومنها ارث القصاص بان وجب
القصاص لانسان فمات من له القصاص فورث القاتل القصاص سقط القصاص
لاستحالة وجوب القصاص له وعليه فيسقط ضرورة ولو قتل رجلين كل واحد
منهما ابن الاخر عمدا وكل واحد منهما وارث الاخر قال ابو يوسف لا قصاص
عليهما وقال الحسن بن زياد يوكل كل واحد منهما وكيلا يستوفي القصاص
فيقتلهما الوكيلان معا وقال زفر يقال للقاضي ابتد بايهما شيت وسلمه
الي الاخر حتي يقتله ويسقط القصاص عن الاخر وجه قول زفر ان القصاص
وجب علي كل واحد منهما لوجود السبب من كل واحد منهما وهو القتل العمد
الا انه لا يمكن استيفاوهما لانه اذا استوفي احدهما يسقط الاخر لصيرورة
القصاص ميراثا للقاتل الاخر فكان الخيار فيه الي القاضي يبتدي بايهما
شا ويسلمه الي الاخر حتي يقتله ويسقط القصاص عن الاخر وجه قول
الحسن ان استيفا القصاص منهما ممكن بالوكالة بان يقتل كل واحد من
الوكيلين واحدا من القاتلين في زمان واحد فلا يتوارثان كما في الغرقي
والحرقي وجه قول ابي يوسف ان وجوب القصاص وجوب الاستيفا
لا يعقل معني سواه ولا سبيل الي استيفا القصاص لانه اذا استوفي احدهما
سقط الاخر وليس احدهما بالاستيفا اولي من الاخر فتعذر القول
بالوجوب اصلا ولان في استيفا احد القصاصين ابقا حق احدهما واسقاط
حق الاخر وهذا لا يجوز والقول باستيفايهما بطريق التوكيل غير سديد
لان الفعلين قل ما يتفقان في زمان واحد بل يسبق احدهما الاخر عادة
وكذا اثرهما الثابت عادة وهو فوات الحيوة وفي ذلك اسقاط القصاص
عن الاخر وقالوا في رجل قطع يد رجل ثم قتل المقطوع يده ابن القاطع عمدا
ثم مات المقطوع يده من القطع ان علي القاطع القصاص وهو القتل
لولي المقطوع يده لانه مات بسبب سابق علي وجود القتل منه وهو
القطع السابق لان ذلك القطع صار بالسراية قتلا يوجب القصاص علي
القاطع ولا يسقط بقطع المقطوع يده ابن القاطع والله اعلم • ومنها
جريان الميراث لحصول القتل مباشرة بغير حق ولهذا ثبت بالقتل
الخطا فبالعمد اولي • واما الكفارة فلا تجب عندنا وعند الشافعي تجب

وجه قوله ان الكفارة لرفع الذنوب ومحو الاثم ولهذا وجبت في القتل الخطا
والذنب في القتل العمد اعظم فكانت الحاجة الى الرفع اشد ولنا ان التحرير
او الصوم في الخطا انما وجب شكرا للنعمة حيث سلم له اعز الاشياء في
الدنيا وهو الحيوة مع جواز المواخذة بالقصاص وكذا ارتفع عنه المواخذة
في الاخرة مع جواز المواخذة ولهذا لم يوجد في العمد فتعذر الايجاب
شكرا او وجب بحق التوبة عن القتل بطريق الخطا والحق بالتوبة الحقيقية
لخفة الذنب بسبب الخطا والذنب هاهنا اعظم فلا يصلح التحرير توبة
له والله اعلم

فصل واما شبه العمد فيتعلق به احكام • منها
وجوب الدية المغلظة على العاقلة اما وجوب الدية فلان القصاص
امتنع وجوبه مع وجود القتل العمد للشبهة فتجب الدية واما صفة
التغليظ فلاجماع الصحابة رضي الله عنهم لانهم اختلفوا في كيفية التغليظ
على ما نذكر واختلافهم في الكيفية دليل ثبوت الاصل واما الوجوب
على العاقلة فلان العاقلة انما تعقل الخطا تخفيفا على القاتل نظرا له لوقوعه
فيه لا عن قصد وفي هذا القتل شبه عدم القصد بحصوله بالة لا يقصد
بها القتل عادة فكان مستحقا لهذا النوع من التخفيف • ومنها حرمان
الميراث • ومنها عدم جواز الوصية لانه قتل مباشرة بغير حق وهل
تجب الكفارة في هذا القتل ذكر الكرخي انها تجب والحقه بالقتل الخطا
المحض في وجوب الكفارة وقال بعض مشايخنا لا تجب والحقه بالعمد
المحض في عدم وجوب الكفارة وجه ما ذكر الكرخي ان الكفارة انما
وجبت في الخطا اما لحق الشكر او لحق التوبة على ما بينا والداعي الى الشكر
والتوبة هاهنا موجود وهو سلامة البدن وكون الفعل جناية فيها
نوع خفة لشبهة عدم القصد فامكن ان يجعل التحرير فيه توبة وجه
القول الاخر ان هذه جناية متغلظة الا ترى ان المواخذة فيها ثابتة
بخلاف الخطا فلا يصلح التحرير توبة لها كما في العمد المحض والله اعلم

فصل واما القتل الخطا فحكمه يختلف باختلاف حال القاتل والمقتول
فيفصل الكلام فيه فنقول القاتل والمقتول اما ان يكونا جميعا حرين
واما ان كان القاتل حرا والمقتول عبدا واما ان كان القاتل عبدا
والمقتول حرا واما ان كانا جميعا عبدين فان كانا حرين فيتعلق به احكام
منها وجوب الكفارة عند وجود شرايط الوجوب وهي نوعان بعضها يرجع
الى القاتل وبعضها يرجع الى المقتول اما الذي يرجع الى القاتل فالاسلام
والعقل والبلوغ فلا تجب الكفارة على الكافر والصبي والمجنون لان
الكفار غير مخاطبين بشرايع هي عبادة والكفارة عبادة والصبي والمجنون
لا يخاطبان بالشرايع اصلا واما الذي يرجع الى المقتول فهو ان يكون
المقتول معصوما فلا تجب بقتل الحربي والباغي لعدم العصمة
واما كونه مسلما فليس بشرط فتجب سواء كان مسلما او ذميا
او مستامنا وسواء كان مسلما اسلم في دار الاسلام او في دار الحرب ولم
يهاجر الينا لقوله تعالى ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة الى

قوله تعالى

قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة وان كان
من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مومنة ولان القاتل
قد سلم له الحيوة وهي من اعظم النعم ورفعت عنه المواخذة في الاخرة مع جواز
المواخذة في الحكمة لما في وسع الخاطي في الجملة حفظ نفسه عن الوقوع في الخطا
وهذا ايضا نعمة فكان وجوب الشكر لهذه النعمة موافقا للعقل فبين الله
تعالى مقداره وجنسه بهذه الاية ليقدر العبد على اداء ما وجب عليه من
اصل الشكر بقضية العقل ولان فعل الخطا جناية ولله تعالى المواخذة
عليه بطريق العدل لانه مقدور الامتناع بالتكليف والجهد واذا
كان جناية فلا بد لها من التكفير والتوبة فجعل التحرير من العبد بحق
التوبة عن القتل الخطا بمنزلة التوبة الحقيقية في غيره من الجنايات
الا انه جعل التحرير او الصوم توبة له دون التوبة الحقيقية لخفة
الجناية بسبب الخطا اذ الخطا معفو في الجملة وجايز العفو في هذا النوع فخفت
توبته لخفة في الجناية فكان التحرير لهذه في هذه الجناية بمنزلة التوبة
في ساير الجنايات • ومنها حرمان الميراث لانه وجد القتل مباشرة
بغير حق اما المباشرة فلا شك فيها واما الحظر والحرمة فلان فعل الخطا
جناية جايز المواخذة عليها عقلا لما بينا والدليل عليه قوله تعالى ربنا
لا تواخذنا ان نسينا او اخطانا ولو لم يكن جايز المواخذة لكان معنى
الدعا اللهم لا تجر علينا وهذا محال وانما رفع حكمها شرعا ببركة دعا النبي
صلى الله عليه وسلم وقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان
وما استكرهوا عليه مع بقا وصف الفعل على حاله وهو كونه جناية
ومنها وجوب الدية والكلام في الدية في مواضع • في بيان شرايط
وجوب الدية • وفي بيان ما تجب منه الدية من الاجناس • وفي بيان
مقدار الواجب من كل جنس • وفي بيان صفته • وفي بيان من تجب
عليه الدية • وفي بيان كيفية الوجوب • اما الشرايط فبعضها شرط
اصل الوجوب • وبعضها شرط كمال الواجب اما شرط اصل الوجوب
فنوعان احدهما العصمة وهو ان يكون المقتول معصوما فلا دية في قتل
الحربي والباغي لفقد العصمة فاما الاسلام فليس من شرايط وجوب
الدية لا من جانب القاتل ولا من جانب المقتول فتجب الدية سواء كان
القاتل او المقتول مسلما او ذميا او حربيا مستامنا وكذلك العقل
والبلوغ حتى تجب الدية في مال الصبي والمجنون والاصل فيه قوله تعالى
ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله
الا ان يصدقوا ولا خلاف في انه اذا قتل ذميا او مستامنا تجب الدية
لقوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله
والثاني التقوم وهو ان يكون المقتول متقوما وعلى هذا يبنى الحربي
اذا اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم او ذمي خطا
انه لا تجب الدية عند اصحابنا خلافا للشافعي بناء على ان التقوم بدار
الاسلام عندنا وعنده بالاسلام وقد ذكرنا تقرير هذا الاصل في كتاب

السير ثم نتكلم في المسلة ابتدا احتج الشافعي بقوله تعالى ومن قتل مومنا
خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله وهذا مومن قتل خطا
فتجب الدية ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن فتحرير
رقبة مومنة والاستدلال به من وجهين احدهما انه جعل التحرير جزا
قتله والجزا يقتضي الكفاية فلو وجبت الدية معه لا تقع الكفاية بالتحرير
والثاني انه جعل التحرير كل الواجب بقتله لانه كل المذكور فلو اوجبنا معه الدية
لصار بعض الواجب وهذا تغيير حكم النص واما صدر الاية فلا يتناول
هذا المومن لوجهين احدهما انه ذكر المومن مطلقا فيتناول المومن من كل
وجه وهو المومن دينا ودارا وهذا مومن دينا لا دارا لانه مكثر سواد الكفرة
ومن كثر سواد قوم فهو منهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني
انه افرد هذا المومن بالذكر والحكم ولو تناوله صدر الاية لعرف حكمه به
فكان الثاني تكرارا ولو حمل على المومن المطلق لم يكن تكرارا فكان الحمل عليه
اولى او يحتمل ما ذكرنا فيحمل عليه توفيقا بين الدليلين عملا بهما جميعا ثم عصمة
المقتول تعتبر وقت القتل ام وقت الموت ام في الوقتين جميعا على اصل
ابي حنيفة يعتبر وقت القتل لا غير وعلى اصلهما يعتبر وقت القتل والموت
جميعا وعلى قول زفر يعتبر وقت الموت لا غير وعلى هذا تخرج مسايل
الرمي اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات
فعلى الرامي الدية في قول ابي حنيفة ان كان خطا تتحمله العاقلة وان كان عمدا
تكون في ماله وعندهما لا شي عليه وكذا عند زفر وان رمى مرتدا او حربيا
فاسلم ثم وقع السهم به ومات لا شي عليه عند اصحابنا الثلاثة وعند
زفر عليه الدية وجه قول زفر ان الضمان انما يجب بالقتل والفعل انما يصير
قتلا بفوات الحيوة ولا عصمة للمقتول وقت فوات الحيوة فكان دمه هدرا
كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات وهو مرتد ولهما ان للقتل تعلقا بالقاتل والمقتول
لان فعل المقتول القاتل واثره يظهر في المقتول بفوات الحيوة فلا بد من
اعتبار العصمة في الوقتين جميعا ولابي حنيفة ان الضمان انما يجب على الانسان
بفعله ولا فعل منه سوى الرمي السابق فكان الرمي السابق عند وجود زهوق
الروح قتلا من حين وجوده والمحل كان معصوما في ذلك الوقت فكان ينبغي
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية ولهذا كان مرتدا او
حربيا وقت الرمي ثم اسلم فاصابه السهم وهو مسلم انه لا شي عليه عندهما
وهذه المسلة حجة قوية لابي حنيفة عليهما في اعتبار وقت الرمي لا غير
والدليل عليه ان في باب الصيد يعتبر وقت الرمي في قولهم جميعا حتى
لو كان الرامي مسلما وقت الرمي ثم ارتد فاصاب السهم الصيد وهو
مرتد يوكل وان كان الباب باب الاحتياط وبمثله لو كان مجوسيا وقت
الرمي ثم اسلم ثم وقع السهم بالصيد وهو مسلم لا يوكل وكذلك حلال
رمى صيدا ثم احرم ثم اصابه لا شي عليه وان رمى وهو محرم ثم حل
فاصابه فعليه الجزا فهذه المسايل حجج ابي حنيفة رحمه الله في اعتبار وقت
الفعل والاصل ان ما يرجع الى الاهلية يعتبر فيه اهلية الفاعل وقت الفعل

بلاخلاف

بلاخلاف وما كان راجعا الى المحل فهو على الاختلاف الذي ذكرنا بخلاف ما اذا جرح مسلما
ثم ارتد المجروح فمات وهو مرتد انه يهدر دمه لان الجرح السابق انقلب
قتلا بالسراية وقد تبدل المحل حكما بالردة فيوجب انقطاع السراية عن
ابتدا الفعل كتبدل المحل حقيقة ولم يوجد هذا المعنى في مسلتنا ولو رمى
عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع به السهم فمات فلا دية عليه وانما عليه قيمته
لمولاه في قول ابي حنيفة وقال محمد على الرامي لمولى العبد فضل ما بين قيمته
مرميا الى غير مرمي لا شي عليه غير ذلك وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي
قول ابي يوسف مع قول محمد انه لما رمى اليه فقد صار ناقصا بالرمي
في ملك مولاه قبل وقوع السهم به لانه اشرف على الهلاك بتوجه السهم
اليه فوجب عليه ضمان النقصان فصار كما لو جرحه ثم اعتقه مولاه
ولو كان كذلك لانقطعت السراية ولا تضمن الدية ولا القيمة وانما يضمن
النقصان كذا هذا وابو حنيفة مر على اصله وهو اعتبار وقت الفعل لانه
صار قاتلا بالرمي السابق وهو كان ملك المولى حينيذ واما بيان ما تجب
فيه الدية فقد اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة الذي تجب منه الدية
ويقضى به ثلثة اجناس الابل والذهب والفضة وقال ابو يوسف ومحمد
ستة اجناس الابل والذهب والفضة والبقر والغنم والحلل واحتجا بقصة
عمر رضي الله عنه فانه روي انه قضى بالكل يعني بالدية من هذه الاجناس
بمحضر من الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين ولابي حنيفة قول النبي
صلى الله عليه وسلم في النفس المومنة ماية من الابل جعل الواجب من
الابل على الاشارة اليها فظاهره يقتضي الوجوب منها على التعيين الا
ان الوجوب من الصنفين الاخرين ثبت بدليل اخر فمن ادعى الوجوب
من الاصناف الاخر فعليه الدليل واما قصة عمر رضي الله عنه فقد قيل
انه لما قضى بذلك حين كانت الديات على العواقل فلما نقلها الى الديوان
قضى بها من الاجناس الثلاثة وذكر في كتاب العاقل ما يدل على انه لا خلاف
بينهم فانه قال لو صالح الولي على اكثر من مايتي بقرة او من مايتي حلة
لم يجز بالاجماع ولو لم يكن ذلك من جنس الدية لجاز واما بيان
مقدار الواجب من كل جنس وبيان صفته فمقدار الواجب من كل جنس
يختلف بذكورة المقتول وانوثته فان كان ذكرا فلا خلاف في ان الواجب
بقتله من الابل ماية لقوله عليه السلام في النفس المومنة ماية من
الابل ولا خلاف ايضا في ان الواجب من الذهب الف دينار
لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دية كل ذي عهد في
عهده الف دينار والتقدير في حق الذمي يكون تقديرا في حق المسلم من
طريق الاولى واما الواجب من الفضة فقد اختلف فيه قال اصحابنا
عشرة الاف درهم وزنا وزن سبعة وقال مالك والشافعي اثنا عشر الفا
والصحيح قولنا لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الدية عشرة الاف درهم
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهم احد فيكون اجماعا
مع ما ان المقادير لا يعرف الا سماعا فالظاهر انه سمع من رسول الله صلى الله

وقدر الواجب عن البقر عندهما مايتي بقرة ومن الحلل مايتي حلة ومن الغنم
الفي شاة ثم دية الخطا من الابل اخماس بلاخلاف عشرون بنت مخاض وعشرون
ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا
قول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقد رفعه الي النبي صلي الله عليه
وسلم انه قال دية الخطا اخماس عشرون بنات مخاض وعشرون بنو
مخاض وعشرون بنو لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وعندهما
قدر كل بقرة خمسون درهما والحلة اسم لثوب بين ازار ورداء وقيمة كل
شاة خمسة دراهم ۞ ودية شبه العمد ارباع عند ابي حنيفة وابي
يوسف خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس
وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهو مذهب عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه وعند محمد اثلاث ثلثون حقة وثلاثون جذعة واربعون
ما بين ثنية الي بازل عامها كلها خلفة وهو مذهب عمر وزيد بن ثابت
رضي الله عنهما وعن علي رضي الله عنه انه قال في شبه العمد اثلاث ثلثة
وثلثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة واربعة وثلثون خلفة والصحابة
متي اختلفت في مسلة علي قولين او ثلث يجب ترجيح قول البعض علي البعض
والترجيح ههنا لقول بن مسعود رضي الله عنه لوجهين احدهما انه
موافق للحديث المشهور الذي تلقته العلماء بالقبول وهو قوله عليه السلام
في النفس المومنة ماية من الابل وفي ايجاب الحوامل ايجاب الزيادة علي الماية
لان الحمل اصل من وجه والثاني ما قاله اقرب الي القياس لان الحمل معني
موهوم لا يقف عليه حقيقة فان انتفاخ البطن قد يكون للحمل وقد يكون
لداء ونحو ذلك ۞ وان كان انثي فدية المراة علي النصف من دية الرجل
لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن عمر وعلي وبن مسعود وزيد
ابن ثابت رضي الله عنهم انهم قالوا في دية المراة انها علي النصف من دية
الرجل وكذلك في دينها وهل تختلف قدر الدية بالاسلام والكفر
قال اصحابنا لا تختلف ودية الحربي والذمي والمستامن كدية المسلم
وهو قول ابراهيم النخعي والشعبي والزهري وقال الشافعي تختلف
دية اليهودي والنصراني اربعة الاف ودية المجوسي ثمانماية
واحتج بحديث رواه عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه جعل
دية هولاء علي هذه المراتب ولان الانوثة لما اثرت في نقصان البدل
فالكفر اولي لان نقيصة الكفر فوق نقيصة ولنا قوله تعالي وان
كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الي اهله اطلق القول
بالدية في جميع انواع القتل من غير فصل فيدل علي ان الواجب في الكل
علي قدر واحد وروينا ان رسول الله صلي الله عليه وسلم جعل دية كل ذي
عهد في عهده الف دينار وروي ان عمرو بن امية الضمري قتل مستامنين
فقضي رسول الله صلي الله عليه وسلم فيهما بدية حرين مسلمين وعن الزهري انه
قال قضي ابو بكر وعمر رضي الله عنهما في دية الذمي بمثل دية المسلم ومثله
لا يكذب وكذا روي عن بن مسعود رضي الله عنه انه قال دية اهل

الكتاب

الكتاب مثل دية المسلمين ولان وجوب كمال الدية يعتمد كمال حال القتيل فيما
يرجع الي احكام الدنيا وهي الذكورة والحرية والعصمة وقد وجد ونقصان
الكفر يوثر في احكام الاخرة لا في احكام الدنيا ۞ واما بيان من تجب عليه
الدية فالدية تجب علي القاتل لان سبب الوجوب هو القتل وانه وجد من
القاتل ثم الدية الواجبة علي القاتل نوعان نوع تجب عليه في ماله ونوع
تجب عليه كله وتتحمل عنه العاقلة بعضه بطريق التعاون اذا كانت له عاقلة
وكل دية وجبت بنفس القتل الخطا او شبه العمد تتحمله العاقلة وما لا فلا
فلا يعقل الصلح لان بدل الصلح ما وجب بالقتل بل بعقد الصلح ولا الاقرار
لانها وجبت بالاقرار بالقتل لا بالقتل واقراره حجة في حقه لا في حق غيره
فلا يصدق في حق العاقلة حتي لو صدقوا عقلوا ولا العبد بان قتل انسانا
خطا لان الواجب بنفس القتل الدفع لا الفدا والفدا يجب باختيار المولي
لا بنفس القتل ولا العمد بان قتل الاب ابنه عمدا لانها وان وجبت بالقتل
فلم تجب بالقتل الخطا او شبه العمد وهذا لان التحمل من العاقلة في الخطا
وشبه العمد علي طريق التخفيف علي الجاني والعامد لا يستحق التخفيف وقد
روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لا تعقل العاقلة عمدا
ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وقيل في معني
قوله ولا عبدا ان المراد منه العبد المقتول وهو الذي قتله مولاه
وهو ماذون مديون او المكاتب لا العبد القاتل لانه لو كان كذلك لكان
من حق الكلام ان يقول لا تعقل العاقلة عن عبد لان العرب تقول
عقلت عن فلان اذا كان فلان قاتلا وعقلت فلانا اذا كان مقتولا كذا
فرق الاصمعي ثم الوجوب علي القاتل فيما يتحمله العاقلة قول عامة المشايخ
وقال بعضهم كل الدية في هذا النوع تجب علي الكل ابتدا القاتل والعاقلة
جميعا والصحيح هو الاول لقوله تعالي ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة
مومنة ودية مسلمة الي اهله ومعناه فليحرر وليود وهذا خطاب
للقاتل لا للعاقلة دل ان الوجوب علي القاتل ولما ذكرنا ان سبب الوجوب
هو القتل وانه وجد من القاتل لا من العاقلة فكان الوجوب عليه لا علي العاقلة
وانما العاقلة تتحمل دية واجبة عليه ثم دخول القاتل مع العاقلة في التحمل
مذهبنا وقال الشافعي القاتل لا يدخل معهم بل تتحمل العاقلة الكل بدون
القاتل وقال ابو بكر الاصم يتحمل القاتل دون العاقلة لانه لا يجوز ان يواخذ
احد بذنب غيره قال الله تعالي ولا تكسب كل نفس الا عليها وقال تعالي
ولا تزر وازرة وزر اخري ولهذا لم تتحمل العاقلة ضمان الاموال
ولا ما دون نصف عشر الدية كذا هذا ولنا ان رسول الله صلي الله عليه وسلم
قضي بالغرة علي عاقلة الضاربة وكذا عمر رضي الله عنه قضي بالدية علي
العاقلة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير واما الاية فنقول
بموجبها لكن لم قلتم ان الحمل علي العاقل اخذ بغير ذنب فان حفظ القاتل
واجب علي عاقلته فان لم يتحفظوا فقد فرطوا والتفريط منهم ذنب ولان
القاتل انما يقتل بظهر عشيرته فكانوا كالمشاركين له في القتل ولان

الدية مال كثير والزام الكل القاتل اجحاف به فتشاركه العاقلة في التحمل تخفيف
له وهو مستحق التخفيف لانه خاطي وبهذا فارق ضمان الاموال لان ضمان المال لا
يكثر عادة فلا تقع الحاجة الي التخفيف وما دون نصف عشر الدية حكمه حكم
ضمان الاموال واما الكلام مع الشافعي فوجه قوله ان رسول الله صلي الله عليه
وسلم قضي بالدية علي العاقلة فلا يدخل فيه العاقل وانا نقول نعم لكن معلولا
بالنصرة والحفظ وذلك علي القاتل اوجب فكان اولي بالتحمل ثم الكلام في العاقلة
في موضعين ◦ احدهما في تفسير العاقلة من هم ◦ والثاني في بيان القدر
الذي تتحمله العاقلة من الدية ◦ اما الاول فالقاتل لا يخلو اما ان كان حر الاصل
واما ان كان معتقا واما ان كان مولي المولاة فان كان حرا لاصل فعاقلته اهل
ديوانه ان كان من اهل الديوان وهم المقاتلة من الرجال الاحرار البالغين
العاقلين يوخذ مما يخرج من عطاياهم وهذا عندنا وعند الشافعي عاقلته
قبيلته من النسب والصحيح قولنا لاجماع الصحابة علي ذلك فانه روي عن ابراهيم
النخعي انه قال كانت الديات علي القبايل فلما وضع عمر رضي الله عنه الدواوين
جعلها علي اهل الدواوين فان قيل قضي رسول الله صلي الله عليه وسلم
بالدية علي العاقلة من النسب اذ لم يكن هناك ديوان فكيف يقبل عمر
رضي الله عنه علي مخالفة فعل رسول الله صلي الله عليه وسلم فالجواب
لو كان عمر رضي الله عنه فعل ذلك وحده لكان يجب حمل فعله علي وجه لا يخالف
فعل رسول الله صلي الله عليه وسلم كيف وكان فعله بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم ولا يظن بعمومة الصحابة مخالفة فعل رسول الله صلي الله عليه
وسلم فدل انهم فهموا ان فعله كان معلولا بالنصرة واذا صارت النصرة
في زمانهم الديوان نقلوا العقل الي الديوان فلا يتحقق المخالفة وهذا لان
التحمل من العاقلة للتناصر وقبل وضع الديوان كان التناصر بالقبيلة
وبعد الوضع صار التناصر بالديوان فصار عاقلة الرجل اهل ديوانه
ولا يوخذ من النسا والصبيان والمجانين والرقيق لانهم ليسوا من اهل
النصرة ولان هذا ضمان صلة وتبرع بالاعانة والصبيان والمجانين والمماليك
ليسوا من اهل التبرع وان لم يكن له ديوان فعاقلته قبيلته من النسب
لان انتصاره بهم وان كان القاتل معتقا او مولي الموالاة فعاقلته مولاه وقبيلته
لقوله عليه السلام مولي القوم منهم ◦ ثم عاقلة الاعلي قبيلته اذا لم يكن من
اهل فكذا عاقلة مولاه ◦ ولان استنصاره بمولاه وقبيلته فكانوا عاقلته هذا
اذا كان للقاتل عاقلة فاما اذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي او الذمي اسلم
فعاقلته بيت المال في ظاهر الرواية وروي محمد عن ابي حنيفة انه يجب
الدية عليه من ماله لا علي بيت المال وجه هذه الرواية ان الاصل هو
الوجوب في مال القاتل لان الجناية وجدت منه وانما الاخذ من العاقلة
بطريق التحمل فاذا لم يكن له عاقلة يرد الامر فيه الي حكم الاصل وجه ظاهر
الرواية ان الوجوب في مال القاتل علي العاقلة لمكان التناصر فاذا لم يكن
له عاقلة كان استنصاره بعامة المسلمين وبيت المال لها فكان ذلك
عاقلته ◦ واما بيان ما تتحمله العاقلة من الدية فلا يوخذ من كل واحد

منهم الا ثلاثة دراهم او اربعة دراهم ولا يزاد علي ذلك لان الاخذ منهم علي وجه
الصلة والتبرع تخفيفا علي القاتل فلا يجوز التغليظ عليهم بالزيادة ويجوز ان
ينقص عن هذا القدر اذا كانت العاقلة كثيرة فان قلت العاقلة حتي اصاب
الرجل اكثر منهم اكثر من ذلك يضم اليهم اقرب القبايل اليهم من النسب سوا
كانوا من اهل الديوان اولا ولا يتعسر عليهم ويدخل القاتل مع العاقلة ويكون
فيما يودي كاحدهم لان العاقلة تتحمل جناية وجدت منه وضمانا يجب عليه
فكان هو اولي بالتحمل ◦ واما بيان كيفية وجوب الدية فنقول لا خلاف
في ان دية الخطا تجب موجلة علي العاقلة في ثلث سنين لاجماع الصحابة رضي
الله عنهم علي ذلك فانه روي ان عمر رضي الله عنه قضي ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم ولم ينقل انه خالفه احد فيكون اجماعا ويوخذ من ثلث العطايا
ان كان القاتل من اهل الديوان لان لهم في كل سنة عطية فان تعجل لهم
العطايا الثلاث في سنة واحدة يوخذ الكل في سنة واحدة وان تاخرت
بتاخر حق الاخذ وان لم يكن من اهل الديوان يوخذ منه ومن قبيلته من
النسب في ثلاث سنين ولا خلاف في ان الدية الواجبة بالاقرار بالقتل
الخطا تجب في ماله في ثلث سنين لان الاقرار بالقتل اخبار عن وجود القتل
وانه يوجب حقا موجلا فتحمله العاقلة الا انه لا يصدق علي العاقلة فتجب
موجلا في ماله واختلف في شبه العمد والعمد الذي دخلته شبهة وهو
الاب اذا قتل ابنه قال اصحابنا انها تجب موجلة في ثلث سنين الا ان
دية شبه العمد تتحمله العاقلة ودية العمد في مال الاب وقال الشافعي
دية الدم تجب حالا وجه قوله ان سبب الوجوب وجد حالا فتجب الدية
حالا اذ الحكم يثبت علي وفق السبب هو الاصل الا ان التاجيل في الخطا
ثبت معدولا به عن الاصل لاجماع الصحابة رضي الله عنهم او ثبت معلولا
بالتخفيف عن القاتل حتي تتحمل عنه العاقلة والعامد يستحق التغليظ ولهذا
وجب في ماله لا علي العاقلة ولنا ان وجوب الدية لم يعرف الا بنص الكتاب
وهو قوله تعالي ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة
الي اهله والنص وان ورد بلفظ الخطا لكن غيره ملحق به الا انه مجمل في بيان
القدر والوصف فبين النبي صلي الله عليه وسلم قدر الدية بقوله
في النفس المومنة ماية من الابل وبيان الوصف هو الاجل ثبت باجماع
الصحابة رضي الله عنهم بقضية عمر بمحضر منهم فصار الاجل وصفا لكل دية
وجبت بالنص وقوله دية الخطا وجبت بطريق التخفيف والعامد يستحق
التغليظ قلنا وقد غلظنا عليه من وجهين احدهما بايجاب دية مغلظة
والثاني بالايجاب في ماله والجاني لا يستحق التغليظ من جميع الوجوه
وكذلك كل جزء من الدية تتحمله العاقلة او تجب في مال القاتل فذلك الجزء
يجب في ثلث سنين كالعشرة اذا قتلوا رجلا خطا او شبه عمد حتي وجبت
عليهم دية واحدة فعاقلة كل واحد منهم تتحمل عشرها في ثلث سنين وكذلك
العشرة اذا قتلوا رجلا عمدا واحدهم ابوه حتي وجبت عليهم دية واحدة
واحدة في مالهم يجب علي كل واحد منهم عشرها في ثلث سنين لان الواجب علي كل

واحد منهم جزء من دية موجلة في ثلث سنين فكان تاجيل الدية تاجيلا لكل جزء
من اجزايها اذ الجزء لا يخالف الكل في وصفه ولا خلاف في ان بدل الصلح عن دم العمد
يجب في ماله حالا لانه لم يجب بالقتل وانما وجب بالعقد فلا يتاجل الا بالشرط
كثمن المبيع ونحو ذلك وكذلك العبد اذا قتل انسانا خطا واختار المولى الفدا
يجب الفدا حالا لان الفدا لم يجب بالقتل بدلا عن القتيل وانما وجب بدلا عن
دفع العبد والعبد لو دفع يدفع حالا فكذلك بدله والله اعلم ۝ وهذا اذا كان
القاتل حرا والمقتول حرا فاما اذا كان القاتل حرا والمقتول عبدا فالعبد
المقتول لا يخلوا اما ان كان عبد اجنبي واما ان كان عبد القاتل فان كان عبد
اجنبي فيتعلق بهذا حكمان احدهما وجوب القيمة ۝ والكلام في القيمة
في مواضع ۝ في بيان مقدار الواجب منها ۝ وفي بيان من تجب عليه ۝ وفي
بيان من يتحمله ۝ وفي بيان كيفية الوجوب ۝ اما الاول فالعبد لا يخلوا
اما ان كان قليل القيمة واما ان كان كثير القيمة فان كان قليل القيمة بان كانت
قيمته اكثر من عشرة الاف درهم يجب قدر قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع
وان كانت قيمته عشرة الاف او اكثر اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد تجب
عشرة الاف الا عشرة وروي عن ابي يوسف انه في غير رواية الاصول انه
تجب قيمته بالغة ما بلغت وهو قول الشافعي والمسلة مختلفة بين
الصحابة رضي الله عنهم روي عن عبد الله بن مسعود مثل مذهبنا
وروي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما مثل مذهبه والحاصل ان العبد
ادمي ومال لوجود معنى الادمية والمالية فيه وكل واحد منهما معتبر
مضمون بالمثل والقيمة حالة الانفراد وبالقتل فوت المعنيين جميعا
ولا وجه الى ايجاب الضمان بمقابلة كل واحد منهما على الانفراد فلا بد من
ايجابه بمقابلة احدهما واهدار الاخر فيقع الكلام فادعى الشافعي الترجيح
من وجهين احدهما ان الواجب مال ومقابلة المال بالمال اولى من مقابلة
المال بالادمي لان الاصل في الضمان الحد وان الوارد على حق العبد ان يكون
مقيدا بالمثل ولا مماثلة بين المال والادمي فكان ايجابه بمقابلة المال
موافقا للاصل فكان اولى والثاني ان الضمان وجب حقا للعبد وحقوق العباد
تجب بطريق الجبر وفي ايجاب الضمان بمقابلة المالية جبر حق المفوت عليه
من كل وجه ولنا النص ودلالة الاجماع والمعقول اما النص فقوله تعالى
ومن قتل مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله وهذا مومن
قتل خطا فتجب الدية والدية ضمان الدم وضمان الدم لا يزاد على عشرة
الاف بالاجماع واما دلالة الاجماع فهو انا اجمعنا على انه لو اقر على نفسه بالقصاص
يصح وان كذبه المولى لولا ان الترجيح لمعنى الادمية لما صح لانه يكون اقراره
اهدار المال المولى قصدا من غير رضاه وانه لا يملك ذلك واما المعقول
فمن وجهين احدهما ان الادمية فيه اصل والمالية عارض وتبع والعارض
لا يعارض الاصل والتبع لا يعارض المتبوع ودليل اصالة الادمية من
وجوه احدها انه كما خلق خلق ادميا ثم ثبت فيه وصف المالية بعارض
الرق والثاني ان قيام المالية فيه بالادمية وجودا وفعلا على القلب والثالث

ان المال خلق وقاية للنفس والنفس ما خلقت وقاية للمال فكانت الادمية فيه
اصلا وجودا وبقا وعرضا والرابع ان حرمة الادمي فوق حرمة المال
لان حرمته لغيره وحرمة الادمي لعينه فكان اعتبار النفسية واهدار
المالية اولى من القلب الا انه نقصت ديته عن دية الحر لكون الكفر منقصا
في الجملة واظهار الشرف الحرية وتقدير النقصان بالعشرة ثبت توقيفا
قال ابن مسعود رضي الله عنه ينقص من دية الحر عشرة دراهم والظاهر
انه قال ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه من باب المقادير
اولان هذا ادنى مال له خطر في الشرع كما في نصاب السرقة والمهر في النكاح
قوله المال ليس بمثل الادمي قلنا نعم لكن لشرف الادمي وجه المال
لم يجعل مثلا له عند امكان ايجاب ما هو مثل له من كل وجه وهو النفس
فاما عند تعذر اعتبار من كل وجه فاعتبار المثل من وجه اولى من الاهدار
وقوله الجبر في المال ابلغ قلنا بل لكن فيه اهدار الادمي ومقابلة الجابر
بالادمي الفايت اولى من مقابلته بالمال الهالك ۝ ولان الجبر ثمة اكثر
لان فيه اعتبار جانب نفس الادمي وهو العبد وحرمة لعينه فكان ما
قلنا اولى ولو كان المقتول امة فان كانت قليلة القيمة فان كانت قيمتها
اقل من خمسة الاف فهي مضمونة بقدر قيمتها تبلغ بالغة ما بلغت
وان كانت كثيرة القيمة بان كانت قيمتها خمسة الاف او اكثر يجب خمسة
الاف الا عشرة عند ابي حنيفة ومحمد وعلى رواية ابي يوسف وهو قول
الشافعي تبلغ ما بلغت والكلام في الامة كالكلام في العبد وانما ينقص منها
عشرة كما نقصت من دية العبد وان اختلفا في قدر البدل لان هذه
دية كاملة في الامة فينقص منها ما ينقص في العبد بخلاف ما اذا قطع
يد عبد يزيد نصف قيمته على خمسة الاف انه يجب خمسة الاف الا خمسة
لان الواجب هناك ليس بدية كاملة بل هو بعض الدية لان اليد منه
نصفه فيجب نصف ما يجب في الكل والواجب في الانثى ليس بعض دية
الذكر بل هو دية كاملة في نفسها لكنها دية الانثى ۝ واما بيان من تجب
عليه ومن يتحملها فانها تجب على القاتل لوجود سبب الوجوب منه وهو القتل
وتتحملها العاقلة في قول ابي حنيفة ومحمد وعلى رواية ابي يوسف وهو
قول الشافعي تجب في مال القاتل وهذا بنا على الاصل الذي ذكرنا ان عند
ابي حنيفة ضمان العبد بمقابلة النفسية وضمان النفس يتحمله العاقلة
وكدية الحر وعند الشافعي بمقابلة المالية وضمان المال لا تتحمله العاقلة بل يكون
في مال المتلف كضمان ساير الاموال وروي عن ابي يوسف في كثير القيمة
ان بقدر عشرة الاف تعقله العاقلة لان ذلك القدر يجب بمقابلة النفسية
وما زاد عليها لا تعقله لانه يجب بمقابلة المالية ۝ واما كيفية وجوب القيمة
على العاقلة عندنا وقدر ما يتحمل كل واحد منهم فما ذكرنا في دية الحر من غير
تفاوت والله اعلم ۝ والثاني وجوب الكفارة لعموم قوله تعالى ومن قتل
مومنا خطا فتحرير رقبة مومنة من غير فصل بين الحر والعبد والله الموفق
ولو كان المقتول مدبر انسان او ام ولد او مكاتبه فحكمه حكم القن

بالغة صح

في جميع ما وصفنا وان كان عبد القاتل لجناية المولي عليه هدر وكذا لو كان مدبر
او ام ولد لان القيمة لو وجبت لوجبت له عليه وهذا ممتنع وان كان مكاتبه
فجناية المولي عليه لازمة وعلى المولي قيمته في ثلاث سنين لان المكاتب فيما يرجع
الي كسبه وارش جنايته حر فكان كسبه وارشه له فالجناية عليه من المولي
والاجنبي سوا ولا يعقلها العاقلة بل تكون في ماله لقوله عليه السلام لا تعقل
العاقلة عمدا ولا عبدا والمكاتب عند نا عبد ما بقي عليه درهم ولان
المكاتب على ملك مولاه وانما ضمن جنايته بعقد الكتابة والعقد ثابت بينهما
غير ثابت في حق العاقلة ولهذا لا تعقل العاقلة الاعتراف لان اقرار المقر حجة في
حقه لا في حق غيره وكذا جناية المولي على رقيق المكاتب وعلى ماله لازمة لما ذكرنا
انه احق بكسبه من المولي والمولي كالاجنبي فيه وكذا اذا كان ماذونا مديونا
فعلي المولي قيمته لتعلق حق الغرما برقبته وبالقتل ابطل محل حقهم فتجب
عليه قيمته وتكون في ماله بالنص وتكون حالة لانه ضمان اتلاف المال هذا اذا كان
القاتل حرا والمقتول عبدا واما اذا كان القاتل عبدا والمقتول حرا فالحر المقتول
لا يخلوا من ان يكون اجنبيا او مولي العبد فان كان اجنبيا فالعبد القاتل لا يخلوا
من ان يكون قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا فان كان قنا يدفع اذا ظهرت جنايته
الا ان يختار المولي الفدا ۞ فلا بد من بيان ما تظهر به الجناية ۞ وبيان حكم هذه الجناية
وبيان صفة الحكم ۞ وبيان ما يصير به المولي مختارا للفدا وشرط صحة الاختيار
وبيان صفة الفدا الواجب عند الاختيار ۞ اما الاول فهذه الجناية تظهر بالبينة
واقرار المولي وعلم القاضي ولا تظهر باقرار العبد محجورا كان او ماذونا لان العبد يملك
بالاذن بالتجارة ما كان من مال التجارة والاقرار بالجناية ليس من التجارة واذا لم
يصح اقراره لا يوخذ به لا في الحال ولا بعد العتاق لان موجب اقراره لا يلزمه وانما
يلزم مولاه فكان هذا اقرارا على المولي حتي لو صدقه المولي صح اقراره وكذلك لو اقر
بعد العتاق انه كان جني في حال الرق لا شي عليه لما ذكرنا ان هذا اقرار على المولي
الا تري لو صدقه المولي واقر انه اعتقه وهو يعلم بالجناية فعلى المولي قيمته والله
اعلم ۞ واما حكم هذه الجناية فوجوب دفع العبد الي ولي الجناية الا ان يختار المولي
الفدا عند نا وقال الشافعي حكمها تعلق الارش برقبة العبد يباع فيه ويستوفي
الارش من ثمنه فان فضل شي منه فالفضل للمولي وان لم يف ثمنه بالارش يتبع بما
بقي بعد العتاق وللمولي ان يستخلصه ويودي الارش من مال اخر وجه قوله
ان الاصل في ضمان الجناية انه يجب على الجاني والواجب على الانسان اما ان يكون في
او تتحمله العاقلة عنه والعبد لا مال ولا عاقلة فتعذر الايجاب عليه فتجب في رقبته
تباع فيه كدين الاستهلاك في الاموال ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه
عن علي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم مثل مذهبنا بمحضر من الصحابة رضوان
الله عليهم ولم ينقل الانكار عليهما من احد منهم فيكون اجماعا منهم والقياس
يترك بمعارضة الاجماع ودين الاستهلاك في باب الاموال تجب على العبد
على ما عُرف ۞ واما صفة هذا الحكم فصيرورة العبد واجب الدفع على سبيل
التعيين كثرت قيمة العبد او قلت وعند اختيار المولي الفدا ينتقل الحق من
الدفع الي الفدا سوا كان المجني عليه واحدا او اكثر غير انه ان كان واحدا دفع اليه

ويصير

ويصير كله مملوكا له وان كانوا جماعة يدفع اليهم فكان مقسوما بينهم على قدر اروش
جناياتهم وسوا كان على العبد دين وقت الجناية او لم يكن وبيان هذه الجملة في مسايل
اذا مات العبد الجاني قبل اختيار الفدا بطل حق المجني عليه اصلا لان الواجب دفع
العبد على طريق وذلك لا يتصور بعد هلاك العبد فيسقط الحق اصلا وراسا وهذا
يدل على ان قول من يقول حكم هذه الجناية تخيير المولي بعد الدفع والفدا ليس بسديد
لانه لو كان كذلك لتعين الفدا عند هلاك العبد ولم يبطل حق المجني عليه اصلا على ما
هو الاصل في التخيير بين الشيين اذا هلك احدهما انه يتعين عليه الاخر ولو مات
بعد اختيار الفدا فقد انتقل الحق من رقبة العبد الي ذمة المولي فلا يحتمل السقوط
بهلاك العبد بعد ذلك ولو كانت قيمة العبد اقل من الدية فليس على المولي الا الدفع
لان وجوب الدفع لهذه الجناية ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولم يفصلوا بين
قليل القيمة وكثيرها ولو جني العبد على جماعة فان شا المولي دفعه اليهم لان تعلق
حق المجني عليه الاول لا يمنع حق الثاني والثالث لان ملك المولي لما لم يمنع
التعلق فالحق اولي لانه دونه واذا دفعه اليهم كان مقسوما بينهم بالحصص على قدر اروش
جناياتهم لان حصة كل واحد منهم من العبد عوض عن الفايت فينقدر بقدر الفايت
وان شا امسك العبد وغرم الجنايات بكمال اروشها ولو اراد المولي ان يدفع من
العبد الي بعضهم مقدار ما يتعلق به حقهم ويفدي بعض الجنايات له ذلك بخلاف
ما اذا كان القتيل واحدا وله وليان فاراد المولي دفع العبد الي احدهما والفدا
في الاخر انه ليس له ذلك لان الجناية هناك واحدة ولها حكم واحد وهو وجوب الدفع على
التعيين وعند اختيار الفدا وجوب الفدا على التعيين ولا يجوز ان يجمع في جناية
واحدة بين حكمين مختلفين بخلاف ما اذا جني على جماعة لان الجناية هناك متعددة
وله خيار الدفع والفدا في كل واحد منهما والدفع في البعض والفدا في البعض لا
يكون جمعا بين حكمين مختلفين في جناية واحدة فهو الفرق ولو قتل انسانا وفقا عين
اخر فان اختار الدفع دفعه اليهما اثلاثا لتعلق حقهما بالعبد اثلاثا وان اختار الفدا
فدا عن كل جناية بارشها وكذلك اذا شج انسانا شجاجا مختلفة انه ان دفع العبد
اليهم كان مقسوما بينهم على قدر جناياتهم وان اختار الفدا فدا عن الكل باروشها
ولو قتل العبد رجلا وعلى العبد دين يخير المولي بين الدفع والفدا ولا يبطل الدين
بحدوث الجناية لان موجب الجناية وجوب الدفع وتعلق برقبة العبد لا يمنع من
الدفع الا انه يدفعه مشغولا بالدين فان فدا بالدية يباع العبد في الدين لانه
لما فدا فقد طهرت رقبة العبد عن الجناية فيباع الا ان يستخلصه المولي لنفسه
ويقضي دين الغرما في دينهم وانما بدي بالدفع لا بالدين لان فيه رعاية الحقين حق
اوليا الجناية بالدفع اليهم وحق اصحاب الدين بالبيع اليهم ولو بدي بالدين فبيع
به لبطل حق اوليا الجناية في الدفع لانه بالبيع يصير ملكا للمشتري لذلك بدي
بالدفع وفايدة الدفع الي اوليا الجناية ثم للعبد هي ان يثبت لهم حق استخلاص
العبد بالفدا لان للناس اغراضا في الاعيان ثم اذا بيع فان فضل شي من ثمن العبد
كان الفاضل لاوليا الجناية لان العبد بيع على ملكهم لصيرورته ملكا لهم بالدفع
اليهم فان لم يف ثمنه بالدين يتاخر ما بقي الي ما بعد العتاق كما لو بيع على ملك
المولي الاول ولا يضمن المولي لاصحاب الدين بدفع العبد الي اوليا الجناية شيا

استحسانا والقياس ان يضمن وجه القياس ان الدفع اليهم تمليك منهم بعد تعلق
برقبته فصار كانه باعه منهم ولو باعه لضمن كذا هذا وجه الاستحسان ان الدفع
واجب لما فيه من رعاية الحقين على ما بينا ومن فعل ما وجب عليه لا يضمن ولو
حضر الغرما اولا فباع المولى العبد في دينهم فان فعل ذلك بغير امر القاضي
نظران كان عالما بالجناية صار مختارا للفدا ولزمه الارش وان كان غير عالم بالجناية
فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش وهو الدية وان كان رفع القاضي فان
كان القاضي عالما بالجناية فانه لا يبيع العبد بالدين لان فيه ابطال حق الاوليا
الجناية فلا يملك ذلك وان لم يكن عالما بالجناية فباعه بالدين ببينة قامت
عنده او بعلمه ثم حضر اوليا الجناية ولا فضل في الثمن بطلت الجناية وسقط حق
اوليا الجناية لانه خرج عن ملك المولى بغير رضاه فصار كانه مات وهذا
لانه لا سبيل الى تضمين القاضي لان فيما يصنعه امين فلا تلحقه العهدة ولا
سبيل الى فسخ البيع لانه لو فسخ البيع ودفع الجناية لو وقعت الحاجة الى البيع
ثانيا فتعذر القول بالفسخ فصار كانه مات ولو مات لبطل حق اوليا الجناية
اصلا كذا ههنا والله اعلم ۞ ولو قتل العبد الجاني قبل الدفع فان كان القاتل
حرا ياخذ المولى قيمته ويدفعها الى ولي الجناية ان كان واحدا وان كانوا جماعة
يدفعها اليهم على قدر حقوقهم لان القيمة بدل العبد فتقام مقامه الا انه لا
خيار للمولى بين القيمة والفدا حتى لو تصرف في تلك القيمة لا يقوم يصير
مختارا للفدا ولو تصرف في العبد يصير مختارا للفدا على ما نذكر وانما
كان كذلك لان القيمة دراهم او دنانير فان كانت مثل الارش فلا فايدة في
التخيير وكذلك ان كانت اقل من الارش او اكثر منه لانه يختار الاقل لا
محالة بخلاف العبد فانه وان كان قليل القيمة فللناس رغايب في الاعيان
وكذلك ان قتله عبد اجنبي فخير مولاه بين الدفع والفدا وفدا بقيمة العبد
المقتول ان المولى ياخذ القيمة ويدفعها الى ولي الجناية لما قلنا ولو دفع العبد
القاتل الى مولى العبد المقتول يخير مولى العبد المقتول بين الدفع والفدا
حتى لو تصرف في العبد المدفوع بالبيع ونحوه يصير مختارا للفدا لان العبد
القاتل قام مقام العبد المقتول لحما ودما فكان الاول قايما وان قتله عبد
اخر لمولاه يخير المولى في العبد القاتل بين الدفع والفدا لان تعلق حق ولي
الجناية بالعبد جعل المولى كالاجنبي فصار كان عبد اجنبي قتل العبد الجاني
وهناك يخير بين الدفع والفدا بقيمة المقتول كذا ههنا وكذلك لو
قتل عبد رجلا خطا وقتلت امة لمولاه هذا العبد يخير المولى بين دفعها وفدايها
بقيمة العبد لما قلنا ولو كان العبد قتل رجلا وقتلت امة لمولاه رجلا اخر خطا
ثم ان العبد قتل الامة خير المولى بين الدفع والفدا فان اختار الفدا
فدا بالدية وقيمة الامة وان اختار الدفع ضرب عليه اوليا قتيل العبد
بالدية واوليا قتيل الامة بقيمة الامة لان الجناية عليها كالجناية على امة
اجنبي قتلت رجلا خطا ولو كانت قيمة الامة الفا كان العبد مقسوما
بينهم على احد عشر سهما سهم لاوليا قتيل الامة وعشرة اسهم لاوليا قتيل العبد
فان قطع عبد لاجنبي يد العبد الجاني او فقا عينه او جرحه جراحة فخير مولى

العبد

150

العبد القاطع او الفاقي او الجارح بين الدفع والفدا فان دفع عبده او فدا بالارش
فولي العبد المقتول يخير بين الدفع والفدا فان شا دفع عبده المقطوع مع العبد
القاطع او مع ارش يد عبده المقطوع وان شا فدا عن الجناية بالارش لان العبد
المقطوع كان واجب الدفع بجميع اجزايه وارش يده بدل جزيه وكذلك العبد
المدفوع قايم مقام يده فكان واجب الدفع الا ان يختار الفدا فينتقل الحق من
العبد الى الارش ولو اكتسب العبد الجاني كسبا او كان الجاني امة فولدت بعد
الجناية فاختار المولى الدفع لم يدفع الكسب ولا الولد بخلاف الارش لانه يدفع
والفرق ان الارش بدل جزء كان واجب الدفع وحكم البدل حكم المبدل بخلاف
الكسب والولد ولو قطعت يد العبد فاخذ المولى الارش ثم اختلف المولى
وولي الجناية فادعى المولى ان القطع كان قبل جنايته وان الارش سالم له وادعى ولي
الجناية انه كان بعدها فانه مستحق الدفع مع العبد فالقول قول المولى لان
الارش ملك المولى كالعبد لانه بدل ملكه فولي الجناية يدعي عليه وجوب
تمليك مال هو ملكه منه وهو ينكر فكان القول قوله مع يمينه ولو قطعت يد
عبد او فقيت عينه واخذ المولى الارش ثم جنى جناية فان شا المولى اختار الفدا
وان شا دفع العبد كذلك وسلم له ما كان اخذ من الارش لان وجوب الدفع
بسبب الجناية وهو كان عند الجناية ناقصا فيدفع ناقصا بخلاف ما اذا
قطعت يده بعد الجناية انه يدفع مع الارش البدل لان العبد وقت الجناية
عليه كان واجب الدفع بجميع اجزايه والارش بدل الجز فيجب دفعه مع العبد
ولو قتل قتيلا خطا ثم قطعت يده ثم قتل قتيلا اخر خطا فارش يده يسلم لولي
الجناية لان حقه كان متعلقا بجميع اجزايه وقت الجناية والارش بدل الجزء
فيقوم مقامه فيسلم له فاما حق الثاني فلم يتعلق بالجزء لانعدامه وقت
الجناية ثم يدفع العبد فيكون بين وليي الجنايتين على تسعة وثلثين جزا
لان موضوع المسلة فيما اذا كانت العبد الف درهم فنقول حق ولي كل جناية
في عشرة الاف وقد استوفى ولي الجناية الاولى من حقه خمسماية فيجعل كل خمسماية
سهما فيكون كل العبد اربعين سهما حق كل واحد منهما في عشرين وقد اخذ
ولي الجناية الاولى من حقه خمسماية وبقي حقه في تسعة عشر سهما ولم ياخذ
ولي الجناية الثانية شيا فبقي حقه في عشرين جزوا من العبد وان اختار
الفدا فدا عن كل واحدة من الجنايتين بعشرة الاف لان ذلك ارشها
ولو شج انسانا موضحة وقيمته الف ثم قتل الاخر وقيمته الفان فان اختار
الفدا فدا عن كل واحدة من الجنايتين بارشها وان اختار الدفع دفعه
مقسوما بينهما على احد وعشرين سهما سهم لصاحب الموضحة وعشرون
لولي القتيل لما ذكرنا ان قسمة العبد بينهما على قدر تعلق حق كل واحد منهما
به وصاحب الموضحة حقه في خمسماية وحق ولي القتيل في عشرة الاف فيجعل
كل خمسماية فتكون القسمة على احد وعشرين وما حدث من زيادة القيمة
للعبد والزيادة على الشركة ايضا لانها صفة الاصل واذا ثبتت في الاصل
ثبتت في الصفة وكذلك لو قتل انسانا خطا وقيمته وقت القتل الفان
ثم عمي بعد القتل قبل الشجه ثم شج انسانا موضحة كانت القسمة بينهما

علي احد وعشرين وماحدث فيه من النقصان فهو علي الشركة ايضا لما قلنا ولو جني
جناية ففدا المولي ثم جني جناية اخري خير المولي بين الدفع والفدا لانه لما فدا
فقد طهر العبد عن الجناية وصار كان لم يجن فاذا جني بعد ذلك فهذه جناية
مبتداة فيثبت احكامها وهو الدفع والفدا بخلاف ما اذا جني ثم جني جناية
اخري قبل اختيار الفدا انه يدفع اليهما جميعا او يفديهما لانه لما لم يفد الاولي
حتي جني ثانيا لحق كل واحد منهما تعلق بالعبد فيدفع اليهما او يفدي ولو
قتل العبد رجلا وله وليان فدفعه المولي الي احدهما فقتل عنده رجلا اخر
ثم حضروا فقال للمدفوع اليه ادفع نصف العبد الي ولي القتيل او افده
بنصف الدية واما النصف الاخر فهو مر بالرد علي المولي ثم يخير المولي بين
الدفع الي ولي الجناية الثانية وولي الجناية الاولي الذي لم يدفع اليه اما
وجوب دفع نصف العبد علي المدفوع الي ولي القتيل الثاني او الفدا لانه ملك
نصف العبد فيخير في جنايته بين الدفع والفدا واما وجوب رد نصف العبد
الي المولي فلانه اخذه بغير حق فعليه رده لقوله عليه السلام علي اليد ما اخذت
حتي ترده ولا يخير المولي في النصف بين الدفع الي ولي الجنايتين وبين الفدا لان
وقت الجناية الاولي كان كل العبد علي ملكه ووقت وجود الثانية كان نصفه علي دفع
فيوجب الدفع او الفدا فان اختار الفدا فدا لكل واحد منهما بنصف الديه وان
دفع نصف العبد اليهما نصفين لان الدفع علي قدر تعلق الحق وحق كل واحد
منهما تعلق بنصف فيكون نصف العبد بينهما نصفين وقد كان وصل
النصف الي ولي الجناية الثانية من جهة المدفوع اليه ووصل اليه بالدفع
من المولي الربع فسلم له ثلثة ارباع العبد وسلم لولي الجناية الاولي الذي لم
يدفع اليه العبد الربع فصار العبد بينهما ارباعا ثلثة ارباعه لولي الجناية
الثانية وربعه لولي الجناية الاولي وبقي الي تمام حقه الربع ثم لا يخلو اما
ان كان المولي دفع كل العبد بقضا القاضي او بغير قضا القاضي فان كان الدفع
بقضا القاضي لم يضمن المولي لان الدفع اذا كان بقضا كان هو مضطرا في الدفع
فلا يضمن ولا سبيل الي تضمين القاضي لان القاضي فيما يصنع امين فلا تلحقه
العهدة ويضمن القابض لانه قبض نصيب صاحبه بغير حق والقبض بغير
حق سبب لوجوب الضمان كقبض الغصب ولا يخرج بالضمان عن الضمان
بالرد الي المولي لانه لم يرده علي الوجه الذي قبض العبد فارغا ورده مشغولا
وان كان الدفع بغير قضا القاضي فولي الجناية الذي لم يدفع اليه العبد
بالخيار ان شا ضمن المولي بربع قيمة العبد وان شا ضمن القابض يسلم
له نصف العبد ربعه لحم ودم وربعه دراهم ودنانير لانه وجد سبب
وجوب الضمان في حق كل واحد منهما الدفع من المولي والقبض من القابض
فان اختار تضمين المولي فالمولي يرجع علي القابض وان اختار تضمين
القابض لا يرجع علي المولي لان حاصل الضمان عليه ولو قتل العبد قتيلين
خطا فدفعه المولي الي احد وليي القتيل فقتل عنده قتيلا اخر واجتمعوا
فان القابض يدفع نصف العبد بالجناية او يفدي نصف الجناية
لما ذكرنا في الفصل الاول ثم يقال للمولي ادفع النصف الباقي الي ولي الجناية

الثاني صح

الثانية

الثانية او افد بنصف الدية خمسة الاف لانه قد وصل اليه نصف العبد
وبقي حقه في النصف ويفدي لولي الجناية الثانية بكمال الدية عشرة الاف
لانه لم يقبل اليه شي من حقه وله ان يدفع نصف العبد اليهما فان دفع اليهما
كان مقسوما بينهما علي قدر حقيهما فيضرب ولي الجناية الثانية فيه بعشرة
الاف وولي الجناية الثالثة بخمسة الاف فيصير نصف العبد بينهما اثلاثا
ثلثاه لولي الجناية الثانية وثلثه لولي الجناية الثالثة وبقي من حق الثاني
السدس فان كان الدفع بقضا القاضي ضمن القابض لا المولي وان كان بغير
قضا فان شا ضمن المولي وان شا ضمن القابض كما في المسلة المتقدمة ولو قتل
العبد انسانا وفقا عين اخر فدفع المولي العبد الي المفقوة عينه فقتل في
يده قتيلا يقال للمفقوعينه ادفع ثلث العبد الي ولي القتيل الثاني
او افده بالثلث ورد الثلثين علي المولي لانه اخذ الثلث بحق وملكه واخذ
الثلثين بغير حق فهو مر بالرد الي المولي ثم يخير المولي بين دفع الثلثين
والفدا فان اختار الفدا فدا الاول بتمام الدية عشرة الاف والثاني
بثلثي الدية وذلك بستماية وستون وثلثان وان اختار الدفع دفع اليهما
مقسوما بينهما علي قدر حقيهما فيضرب ان يضرب الاول بتمام الدية
عشرة الاف والثاني بثلثي الدية ستة الاف وستة وستين وثلثان
فاجعل كل الف سهما فيصير ثلثا الدية بينهما علي ستة عشر سهما وثلثين
فيكون كل العبد علي خمسة وعشرين سهما وقد اخذ ولي القتيل الثاني منه
ثلثه وهو ثمانية وثلث وبقي ثلثاه فيكون بينهما لولي القتيل الاول عشرة
ولولي القتيل الثاني ستة وثلثان ثم ولي القتيل الاول يرجع علي القابض
وهو المفقوعينه بستة اجزا من ستة عشر جزا وثلثي جزء من ثلثي قيمته
لان هذا القدر كان حقه وقد فات عليه بسبب كان في يد القابض فيجعل
كانه ملك عنده فيضمنه لولي القتيل الاول فان كان الدفع بغير قضا القاضي
له ان ياخذ ايهما شا كما في الفصل الاول ٭ وطريقة اخري في الحساب
انه اذا دفع ثلثي العبد اليهما وضرب احدهما بالدية والاخر بثلثي الدية
يجعل كل ثلث سهما فيصير كل الدية ثلثة اسهم وثلثا الدية سهمين فيصير
ثلثا العبد علي خمسة اسهم للاول ثلثة وللاخر سهمان ويصير الثلث
الاخر سهمين ونصف فيصير جميع العبد علي سبعة ونصف فوقع فيه
كسر فيضعف خمسة عشر فالثلث منه خمسه وقد دفع الي الاخر وثلثا
العبد عشرة فيقسم بينهما فيضرب الاول بثلثة اخماسه وهو ستة
اسهم والاخر باربعة اسهم ثم يرجع الاول علي القابض بخمس ثلثي قيمة العبد
ولو قتلت امة رجلا ثم ولدت بنتا فقتلت البنت رجلا ثم ان البنت قتلت
امها فالمولي يخير بين دفع البنت الي وليي الجنايتين وبين الفدا فان اختار
الفدا فدا اولياء قتيل البنت بالدية ولاولياء قتيل الام بقيمة الام لما
ذكرنا فيما تقدم ان تعلق حق المجني عليه وهو حق الدفع الحق المولي بالاجنبي
فتصير كانها جنت علي جارية اخري لاجنبي ٭ وان اختار الدفع ضرب اولياء
قتيل البنت بالدية واولياء قتيل الام بقيمة العبد فيقسم العبد بينهم

علي ذلك حتي لو كانت قيمة الام الف درهم كانت القسمة علي احد عشر سهمًا
كل الف درهم سهم سهم من ذلك لاوليا قتيل الام عشرة اسهم لاوليا قتيل البنت
ولو كانت البنت فقات عين الام ولم تقتلها فالمولي لا يخير بين الدفع والفدا
لا يخلو اما ان يختار دفعهما جميعا واما ان يختار فداهما جميعا واما ان يختار
فدا البنت ودفع الام واما ان يختار فدا الام ودفع البنت فان اختار دفعهما
جميعا يدفع الام الي اوليا قتيل الام وهذا ظاهر وتدفع البنت الي اوليا قتيل
البنت والي اوليا قتيل الام وكانت مقسومة بينهم علي قدر حقوقهم فيتضاربون
فيها يضرب اوليا قتيل البنت فيها بالدية لان حقهم تعلق بكل البنت واوليا
قتيل الام بنصف قيمة الام لانها فقات احدي عينيها والعين من الادمي
نصفه وان اختار فداهما جميعا فدا الكل فريق من اوليا الجنايتين بتمام
الدية لان ذلك ارش كل واحد من الجنايتين وسقطت جناية البنت علي الام
لانهما جميعا ملك المولي وقد طهرتا عن الجناية بالفدا وخلص ملك المولي
فيهما فبقيت جناية البنت عليها جناية ملك المولي علي ملكه فيكون هدرا
وان اختار دفع الام وفدا البنت دفع الام الي اوليا قتيل الام ثم
يفدي البنت يفدي لاوليا قتيل البنت بالدية لاوليا قتيل الام بنصف
قيمة الام لما بينا وان اختار دفع البنت وفدا الام يدفع البنت الي اوليا
قتيل البنت ويفدي لاوليا قتيل الام بكمال الدية وبطلت جناية الام
لان الام طهرت بالفدا وخلص ملك المولي فيها فصار جناية علي امها جناية
ملك المولي علي ملكه فيكون هدرا ۝ ولو ان الام فقات بعد ذلك عين البنت
قبل ان تدفع واحدة منهما فان المولي يخير فيهما جميعا فيبدا بالبنت لانها
هي التي بدات بالجناية فتدفع الي اوليا الجنايتين فيتضاربون فيها فيضرب
فيها اوليا قتيل البنت بالدية واوليا قتيل الام بنصف قيمة الام لما بينا
في المسلة الاولي ثم يدفع الام اليهم فيتضاربون فيها ويضرب فيها اوليا
قتيل البنت بنصف قيمة الام لان كل واحدة جنت جنايتين فيدفع كل
واحد بجنايتها طعن في هذا الجواب وقيل ينبغي اذا دفع البنت في الابتدا
ان يضرب اوليا قتيل الام بنصف قيمة الام واوليا قتيل البنت بالدية
الا ما يصل اليهم في المستانف لانه يصل اليهم بعض الام فينبغي ان لا يضربوا
بتمام الدية والصحيح ما ذكر في الكتاب لان البنت حين دفعت كان حق اوليا
قتيل البنت في تمام الدية ولم يكن وصل اليهم شي يوجب ان يضربوا
بجميع ذلك والزيادة التي تظهر لهم في المستانف لا عبرة بها لان القسمة
قد صحت وقت الدفع فلا يتغير بعد ذلك كما قالوا في رجل مات وعليه لرجل
الف ولاخر الفان وترك الفا فقسمناها اثلاثا ثم ان صاحب الالفين
ابرا الميت عن الف ان القسمة الاولي لا تنتقض كذا هذا ولو جنت الام
جناية ثم ولدت ولدا فقطع ولدها يدها يدفع الولد مع الام لما ذكرنا
ان الولد في حكم الجناية علي الام بمنزلة الاجنبي فصار كان عبدا اجنبيا قطع
يدها ودفع بالجناية وهنا يدفع العبد مع الجارية لكونه قايما مقام
يد الجارية كذا هذا والله اعلم ۝ واما بيان ما يصير به المولي مختارا

البنت علي صح

للفدا

للفدا وبيان شرط الاختيار فنقول وبالله التوفيق ما يصير به المولي مختارا للفدا
نوعان نص ودلالة اما النص فهو التصريح بلفظ الاختيار وما يجري مجراه نحو
ان يقول اخترت الفدا او اثرته او رضيت به ونحو ذلك سوا كان المولي
موسرا او معسرا في قول ابي حنيفة فيسار المولي ليس بشرط لصحة الاختيار
عنده حتي لو اختار الفدا ثم تبين انه مختار فقير معسر صح اختياره وصارت
الدية دينا عليه وعند محمد وابي يوسف يسار المولي شرط صحة اختيار الفدا
ولا يصح اختياره اذا كان معسرا الا برضا الاوليا ويقال اما ان تدفع
او تفدي حالا كذا ذكر الاختلاف في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي قول محمد
مع قول ابي حنيفة في جواز الاختيار ۝ وقال الا ان عند محمد تكون الدية
في عين العبد لولي الجناية يبيعه فيها المولي لولي الجناية وكذا هكذا روي
عن ابي يوسف وجه قولهما ان الحكم الاصلي لهذه الجناية هو لزوم الدفع
وعند الاختيار ينتقل الي الذمة فيتقيد الاختيار بشرط السلامة ولا
سلامة مع الاعسار فلا ينتقل اليها فيبقي العبد واجب الدفع ولابي حنيفة
ان العزيمة ما قالا وهو الوجوب الدفع لكن الشرع رخص له الفدا عند
الاختيار والاعسار لا يمنع صحة الاختيار لانه لا يقدح في الاهلية والولاية
وقد وجد الاختيار مطلقا عن شرط السلامة فلا يجوز تقييد المطلق الا
بدليل واما الدلالة فهو ان يتصرف المولي في العبد تصرفا يفوت الدفع
او يدل علي امساك العبد مع العلم بالجناية فكل تصرف يفوت الدفع او
يدل علي امساك الدفع مع العلم بالجناية يكون اختيارا للفدا لان حق المجني
عليه متعلق بالعبد وهو حق الدفع وفي تفويت الدفع تفويت حقه والظاهر
ان المولي لا يرضي بتفويت حقه مع العلم الا بما يقوم مقامه وهو الفدا
فكان اقدامه عليه اختيارا للفدا وعلي هذا الاصل تخرج المسايل اذا باع
العبد بيعا باتا وهو عالم بالجناية صار مختارا لانه تصرف مزيل للملك فيفوت
الدفع وكذا اذا باع بشرط الخيار اما علي اصلهما فلا يشكل لان المبيع دخل في
ملك المشتري واما علي اصل ابي حنيفة فلان خيار المشتري ان كان
يمنع دخول المبيع في ملكه فلا يمنع زواله عن ملك البايع وهذا يكفي دلالة
الاختيار لانه يفوت الدفع ولو باع علي انه بالخيار فان مضت مدة الخيار
قبل مضي المدة كان مختارا لان البيع انبرم قبل الدفع ولو نقض البيع
لم يكن مختارا لان الملك لم يزل فلم يفت الدفع ولو عرض العبد علي البيع
لم يكن ذلك اختيارا عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر يكون اختيارا وجه
قول زفر ان الخيار العرض علي البيع دليل استبقا الملك الا تري ان المشتري
بشرط الخيار اذا عرض المشتري علي البيع بطل اختياره فكان دليل امساك
العبد لنفسه ودليل اختيار الفدا لما بينا ولنا ان العرض علي البيع لا يوجب
زوال الملك فلا يفوت الدفع وليس دليل امساك العبد ايضا بل هو
دليل الاخراج عن الملك فلا يصلح دليل اختيار الفدا ولو باعه بيعا فاسدا
لم يكن مختارا حتي يسلمه الي المشتري لان الملك لا يزول قبل التسليم فلا
يفوت الدفع ولو وهبه من انسان وسلمه اليه صار مختارا لان الهبة والتسليم

يزيل الملك فيفوت الدفع ولو كانت الجناية فيما دون النفس فوهبه المولي من
المجني عليه لا يصير مختارا ولا شي علي المولي ولو باعه من المجني عليه كان مختارا
لان التسليم بالهبة في معني الدفع لان كل واحد منهما تمليك بغير عوض فوقعت
الهبة موقع الدفع بخلاف البيع لانه تمليك بعوض والدفع تمليك بغير عوض
فلا يقوم مقامه فكان الاقدام علي البيع منه اختيارا للفدا وكذلك لو تصدق
به علي انسان او المجني عليه فهو والمجني سوا لان كل واحد منهما تمليك بغير
عوض ولو اعتقه او دبره او كاتب امه فاستولدها وهو عالم بالجناية
صار مختارا لان هذه التصرفات تفوت الدفع اذ الدفع تمليك وانه يمنع
من التمليك فكان اختيارا للفدا ولو كانت جناية العبد فيما دون النفس
فامر المولي المجني عليه باعتاقه فاعتقه وهو عالم بالجناية صار المولي مختارا
للفدا لان اعتاقه بامره مضاف اليه فكان دليل اختيار الفدا كما لو اعتق
بنفسه ولو قال لعبده ان قتلت فلانا فانت حر فقتله صار مختارا للفدا
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يكون مختارا وجه قوله انه انما يصير
معتقا بالكلام السابق وهو قوله انت حر ولا جناية عند ذلك وبعد وجود
الجناية لا اعتاق فكيف يصير مختارا ولنا ان المعلق بالشرط يصير
منجزا عند وجود الشرط بتنجيز مبتدا كانه قال له بعد وجود الجناية
انت حر ونظيره اذا قال لامراته وهو صحيح اذا مرضت فانت طالق ثلاثا
فمرضت حتي وقع الطلاق عليها يصير فارا عن الميراث حتي ترثه المراة
وان كان التعليق في حالة الصحة لما قلنا كذا هذا ولو اخبر المولي انسان ان
عبده قد جني فاعتقه فان صدقه ثم اعتقه صار مختارا للفدا بلا خلاف وان
كذبه فاعتقه لا يصير مختارا عند ابي حنيفة ما لم يكن المخبر رجلان او رجل
واحد عدل وعند محمد يصير مختارا للفدا ولا يشترط العدد في المخبر ولا
عدالته وقد ذكرنا المسلة في كتاب الوكالة ولو كاتبه وهو عالم بالجناية
صار مختارا اختيارا علي التوقيف لفوات الدفع في الحال علي التوقف فان
ادي بدل الكتابة يعتق ويتقرر الاختيار وان عجز ورد في الرق ينظر في ذلك
ان خوصم قبل ان يعجز فقضي القاضي بالدية ثم عجز لا ينفع القضا لان الدية
كانت وجبت بالكتابة من حيث الظاهر وتقرر الوجوب باتصال القضا به
وان لم يخاصمه حتي عجز كان للمولي ان يدفعه لان الدفع كان لم يثبت علي القطع
والبتات لاحتمال ان يعجز فاذا عجز جعل كان الكتابة لم تكن فكان له ان يدفعه
وروي عن ابي يوسف انه يصير مختارا بنفس الكتابة لتعذر الدفع بنفسها
لزوال يده عنه ثم عادت اليه بسبب جديد وهو العجز ولو كاتبه كتابة فاسدة
كان ذلك اختيارا منه بخلاف البيع الفاسد انه لا يكون اختيارا بدون
التسليم لان الكتابة الفاسدة وهو تعلق العتق بالادا يثبت بنفس العقد
والبيع الفاسد لا يفيد الحكم بنفسه بل بواسطة التسليم واما الاجارة
والرهن والتزويج بان زوج العبد الجاني امراة او زوج الامة الجانية
انسانا فهل يكون اختيارا ذكر في ظاهر الرواية انه لا يكون اختيارا لان
الدفع لم يفت لان الملك قايم فكان الدفع ممكنا في الجملة وذكر الطحاوي

انه يكون اختيارا لان الدفع للحال متعذر فاشبه البيع والتزويج تعييب فاشبه
التعييب حقيقة ولو اقر به لغيره لا يكون مختارا كذا ذكر في الاصل لان
الاقرار لغيره لا يفوت الدفع لان المقر له يخاطب بالدفع او الفدا وذكر الكرخي
في مختصره انه يكون مختارا لان الاقرار به لغيره في معني التمليك منه اذ
العبد ملكه من حيث الظاهر لوجود دليل الملك وهو اليد فاذا اقر به لغيره
فكانه ملكه منه ولو قتله المولي صار مختارا لانه فوت الدفع بالقتل ولو
قتله اجنبي فان كان عمدا بطلت الجناية وللمولي ان يقتله قصاصا لانه
محل الدفع لا الي خلف هو مال فيبطل الجناية وان كان خطا ياخذ المولي القيمة
ويدفعها الي ولي الجناية ولا يخير المولي في القيمة علي ما بينا فيما تقدم
ولو لم يقتله المولي ولكنه عيبه بان قطع يده او فقا عينه او جرحه
جراحة او ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو عالم بالجناية صار مختارا
للفدا لان بالقصاص حبس عن المجني عليه جزوا من العبد وحبس الكل دليل
امساك العبد لنفسه فكذا حبس الجزء ولان حكم الجزء حكم الكل والله اعلم
ولو ضرب المولي عينه فابيضت وهو عالم بالجناية حتي جعل مختارا ثم ذهب
البياض فان ذهب قبل ان يخاصم فيه بطل الاختيار ويومر بالدفع او الفدا
لانه انما جعل مختارا لاجل النقصان وقد زال فجعل ذلك كان لم يكن وان
خوصم في حال البياض فضمنه القاضي القيمة ثم زال البياض فقضا القاضي
نافذ لا يرد ولا يبطل اختياره لان اختياره وقع صحيحا ووجب الدين وقد
استقر باتصال القضا به وان استخدمه وهو عالم بالجناية لا يصير
مختارا لانه لا يفوت الدفع بالاستخدام لقيام الملك وكذا الاستخدام
لا يختص بالملك ولهذا لا يبطل به خيار الشرط فلا يكون دليلا علي امساك
العبد لنفسه وان عطب في الخدمة لا ضمان عليه وبطل حق ولي الجناية
لان الاستخدام ليس باختيار لما بينا ولم يوجد منه تصرف اخر
يدل علي الاختيار فصار كانه عطب قبل الاستخدام ولو كان الجاني
امة فوطيها المولي فان كانت بكرا فقد صار مختارا لانه فوت جزوا منها
حقيقة بازالة البكارة وهي ازالة العذرة وان كانت ثيبا فوطيها فعلقت
منه صار مختارا وان لم تعلق لا يصير مختارا وهو جواب ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف انه يصير مختارا سوا علقت منه او لم تعلق وجه هذه
الرواية ان حل الوطي لا بد له من الملك اما ملك اليمين او ملك النكاح ولم يوجد هاهنا
ملك النكاح فتعين ملك اليمين لثبوت الحل فكان اقدامه علي الوطي دليل
علي امساكها لنفسه فكان دليل الاختيار وجه ظاهر الرواية ان الوطي
ليس الا استيفا منفعة البضع وانه لا يوجب نقصان العين حقيقة
لان منفعة البضع وقدر النقصان لا جزوا من العين حقيقة الا
انها الحقت بالاجزا عند الاستيفا في غير الملك اظهارا لحظر البضع والاستيفا
هاهنا حصل في الملك فلا حاجة الي الالحاق فانعدم النقصان حقيقة
وتقديرا ولو اذن له في التجارة فركبه دين لم يصر المولي مختارا وعليه
قيمته اما عدم صيرورته مختارا فلان الدين لا يوجب تعذر الدفع

لا قبل لحوق الدين ولا بعده واما لزوم القيمة فلان تعلق الدين برقبة العبد
يوجب نقصانا فيه بسبب كان من جهة المولى وهو الاذن بالتجارة فيلزمه
قيمته حتى لو رضي ولي الجناية بقبوله مع النقصان لا شي على المولى ثم جميع ما
يصير المولى به مختارا للفدا فيما ذكرنا اذا فعله وهو عالم بالجناية فان كان لم
يعلم لم يكن مختارا سوا كانت الجناية على النفس او ما دون النفس لان الاختيار
هاهنا اختيار الايثار وانه لا يتحقق بدون العلم بما يختاره وهو الفدا عن
الجناية واختيار الفدا عن الجناية اختيار الايثار بدون العلم بالجناية
محال ثم الجناية ان كانت على النفس فعليه الاقل من قيمة العبد ومن الدية
وان كانت على ما دون النفس فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه فوت الدفع
المستحق من غير اختيار الفدا فيضمن القيمة ولو باعه بيعا باتا وهو لا يعلم بالجناية
لم يخاصم فيها حتى رد العبد اليه بعيب بقضا القاضي او بخيار رؤية او شرط
يقال له ادفع او افد لانه اذا لم يعلم بالجناية لم يصر مختارا لما بينا فعليه
الفدا الا انه اذا باعه بعد العلم بالجناية فقد صار مختارا للفدا لتعذر لزوال
ملكه بالبيع فلا يعود بالرد وهذا مشكل لان الرد بهذه الاسباب فسخ للعقد
من الاصل وسيتضح المعنى فيه ان شا الله تعالى ولو قطع العبد يد انسان
او جرحه جراحة فخير فيه فاختار الدفع ثم مات من ذلك فالدفع على حاله
لا يبطل لان وجوب الدفع لا يختلف بالقتل والقطع لانه يدفع في الحالين
جميعا وان اختار الفدا ثم مات يبطل الاختيار ثم يخير ثانيا عند محمد
استحسانا وهو قول ابي يوسف الاول والقياس ان لا يبطل وعليه الدية
وهو قول ابي يوسف الاخير ولم يذكر في ظاهر الرواية قول ابي حنيفة
وذكر الطحاوي قوله مثل قول محمد ولو كان اختيار الفدا بالاعتاق بان
اعتق العبد للحال حتى صار مختارا للفدا ثم مات المجني عليه لا يبطل
الاختيار ويلزمه جميع الدية قياسا واستحسانا وجه القياس ان المولى
لما اختار الفدا عن اصل الجناية فقد اختاره ولزمه موجبها وبالسراية
لم يتغير اصل الجناية وانما تغير وصفها والوصف مع الاصل فكان اختيار
الفدا عن المتبوع اختيارا عن التابع وجه الاستحسان ان اختيار
الفدا عن القطع ولما سرى الى النفس ومات فقد صار كانهما متغايران
فاختيار الفدا عن احدهما لا يكون اختيارا عن الاخر فيخير اختيارا مستقلا
بخلاف ما اذا كان الاختيار بالاعتاق لان اقدامه على الاعتاق مع علمه
انه ربما يسري الى النفس فيلزمه كل الدية ولا يمكنه الدفع بعد الاعتاق
دلالة اختيار الكل والرضى به وهذا المعنى لم يوجد هاهنا لانه لم يرض
بالزيادة على ما كان ثابتا وقت الاختيار والعبد للحال محل للدفع والله اعلم
واما صفة الفدا الواجب عند الاختيار فهي انها تجب في ماله حالا لا
لا موجلا لان الحكم الاصلي لهذه الجناية هو وجوب الدفع والفدا كالخلف
عنه فيكون على نعت الاصل ثم الدفع يجب حالا في ماله لا موجلا فكذلك الفدا
والله اعلم ٭ هذا اذا كان العبد القاتل قنا فان كان مدبرا فجنايته على
مولاه اذا ظهرت فيقع الكلام في مواضع ٭ في بيان ما تظهر به جنايته

اذا كان العبد القاتل مدبرا

وفي بيان اصل الواجب ومن عليه ٭ وفي بيان مقدار الواجب ٭ وفي بيان
صفته ٭ اما الاول فجنايته تظهر بما تظهر جناية القن وقد ذكرناه
ولا تظهر باقراره حتى لا يلزم المولى شي ولا يتبع المدبر بعد العتاق بجناية
القن لان هذا اقرار على المولى فلا يصح واما بيان اصل الواجب بهذه الجناية
فاصل الواجب بها قيمة المدبر على المولى لاجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي
عن عمر رضي الله عنه وابي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه انهما قضيا بجناية
المدبر على مولاه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهما
احد منهم فيكون اجماعا من الصحابة رضي الله عنهم والقياس يترك بمقابلة
الاجماع ولان الاصل في جناية العبد هو وجوب الدفع على المولى وبالتدبير
منع من الدفع من غير اختيار الفدا والمنع من الدفع من غير اختيار الفدا
يوجب القيمة على المولى كما لو دبر القن وهو لا يعلم بالجناية واما مقدار
الواجب فمقدار الواجب بهذه الجناية الاقل من قيمته ومن الدية لان الدية
ان كانت هي الاصل فلا حق لولي الجناية في الزيادة وان كانت القيمة اقل فلم يمنع المولى
بالتدبير الا الرقبة فان كانت قيمته اقل من الدية فعليه قدر قيمته لما
قلنا ولا يتخير بين قيمته وبين الدية لانه تخيير بين الاقل والاكثر وانه خارج
عن قضية الحكمة وان كانت قيمته اكثر من الدية او مثل الدية فعليه قدر
الدية وينقص منها عشرة دراهم لان قيمة العبد في الجناية لا تزاد على دية الحر بل
ينقص منها عشرة وسوا قلت جنايته او كثرت لا يلزم من جناياته اكثر من قيمة
واحدة لان سبب الوجوب هو المنع عند الجناية والمنع منع واحد فكان الواجب
قيمة واحدة ولان الجناية القيمة في جناية المدبر بمنزلة العين في جناية
القن قلت جنايته او كثرت ولا يجب شي اخر مع الدفع كذلك هاهنا وتقسم
قيمته بين اوليا الجنايات على قدر جناياتهم يستوي فيها الاول لان القسمة
في دفع هكذا فكذلك في قيمة المدبر وكذلك وسوا قبض ما على المدبر او لم
يقبض يشتركون فيه فيتضاربون بقدر حقوقهم وتعتبر قيمة المدبر
لكل واحد منهم يوم الجناية عليه لا يوم التدبير وان كان سبب وجوب
الضمان هو المنع وهو التدبير السابق لكن انما يصير سببا عند وجود
شرطه وهو الجناية فكان انشا التدبير عندهما وبيان هذه الجملة
في مسايل اذا مات المدبر بعد الجناية لم تبطل عن المولى القيمة لان حكم
جنايته يلزم مولاه فيستوي فيه بقا المدبر وهلاكه بخلاف القن اذا جنى
ثم هلك انه يبطل حكم الجناية اصلا لان حكم جنايته وجوب الدفع اصلا
وبالموت خرج عن احتمال الدفع ولو انتقصت قيمته بعد الجناية بان
جنى وقيمته الف ثم عمي لم يحط عن المولى شي وعليه قيمة تامة لان نقصانه
هلاك جزء منه ثم هلاك كله لا يسقط عنه شيا فكذا هلاك البعض
ولو قتل انسانا ثم قتل اخر لا يلزمه الا قيمة واحدة لما قلنا وكذلك لو جنى
جنايات ثم اعتقه المولى لا يلزمه الا قيمة واحدة لان سبب وجوب
الضمان هو المنع فانه متحد فكان وجود الاعتاق وعدمه بمنزلة واحدة
ولو قتل انسانا خطا ثم قتل اخر خطا ثم دفع المولى القيمة الى ولي القتيل الاول

فالدفع لا يخلو اما ان كان بقضا القاضي واما ان كان بغير قضا القاضي فان كان
بقضا القاضي فلا سبيل لولي القتيل الثاني على المولى لانه كان مجبورا في الدفع والمجبور
معذور وله ان يتبع ولي القتيل الاول بنصف القيمة لانه قبض نصف القيمة
بغير حق وان كانت الجنايتان مختلفة بان كانت احديهما نفسا والاخرى ما
دون النفس فالثاني يتبع الاول بقدر حصته من القيمة وان كان الدفع بغير
قضا القاضي فولي القتيل الثاني بالخيار ان شا ضمن المولى بنصف القيمة وان
شا ضمن ولي القتيل الاول لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما
لان المولى متعد في دفع العبد والقابض متعد في قبضه فان ضمن المولى فانه
يرجع على القابض وان ضمن القابض لا يرجع على المولى ولو قتل انسانا خطا
فدفع القيمة الى ولي القتيل ثم قتل اخر خطا فهذا والاول سوا في قول ابي
حنيفة والامر فيه على التفصيل الذي ذكرنا وعند ابي يوسف ومحمد ليس
لولي القتيل الثاني ان يضمن المولى وله ان يضمن ولي القتيل الاول سوا
كان الدفع بقضا او بغير قضا فهما فرقا بين الفصلين وابو حنيفة جمع
بينهما وجه الفرق لهما ان المولى هاهنا ليس متعد في الدفع في حق ولي القتيل
الثاني لان الجناية الثانية كانت منعدمة وقت الدفع فلا سبيل الى تضمينه
وفي الفصل الاول كانت الجنايتان موجودتين وقت الدفع فكان الدفع منه
الى الاول تعديا فيضمن وجه قول ابي حنيفة ما ذكرنا ان سبب وجوب
الضمان على المولى هو المنع والمنع منه واحد في حق الاول والثاني جميعا
فصار كان الجنايات كلها موجودة وقت الدفع فيصير المولى متعديا في الدفع
هذا اذا كانت قيمته وقت الجنايتين على السوا فاما اذا كانت مختلفة
بان قتل رجلا وقيمته الف ثم ازدادت قيمته فصارت الفين ثم قتل اخر
يضمن المولى لولي القتيل الثاني الف اخر ولا حق لولي القتيل الاول في الزيادة
لانها لو لم تكن موجودة وقت الجناية على الاول فتسلم الزيادة الى الثاني
ويقسم تلك القيمة وهي الالف بين اوليا الاول والثاني يتضاربون فيها
فيضرب الاول فيها بعشرة الاف والثاني بتسعة الاف لانه قد وصل
اليه الف من عشرة الاف فكانت قسمة تلك الالف على تسعة عشر سهما
عشرة اسهم للاول وتسعة اسهم للثاني ولو كانت قيمته وقت قتل الاول
الفين ووقت قتل الثاني الفا لا يضمن المولى شيا والف تكون لولي القتيل
الاول سالما والالف الاخر يقسم بينهما على تسعة عشر سهما عشرة اسهم
لولي القتيل الثاني وتسعة اسهم لولي القتيل الاول ولو قتل انسانا وقيمته
الف ثم ازدادت قيمته فصارت الفا وخمسماية ثم قتل اخر فزيادة الخمسماية
سالمة لولي القتيل الثاني لاحق فيها لولي القتيل الاول لانها لم تكن موجودة
وقت الجناية الاولى والالف تكون بين وليي القتيلين يتضاربون فيها
فيضرب ولي القتيل الاول بتمام الدية عشرة الاف والثاني بتسعة
الاف وخمسماية لانه وصل اليه خمسماية من عشرة الاف فكانت قسمة الالف
بينهما على تسعة وثلثين سهما لانها تجعل كل خمسماية سهما تسعة عشر لولي
القتيل الثاني وعشرون لولي القتيل الاول والله اعلم واما صفة

الواجب

الواجب بهذه الجناية انها تجب في مال المولى حالا لانه ضمان المنع من الدفع من غير
اختيار الفدا وانه يوجب القيمة في مال المولى حالا كما لو دبر العبد الجاني ومولاه
يعلم بالجناية وهذا لان ضمان المنع كالخلف عن ضمان الدفع والدفع يجب في ماله
حالا كذلك هاهنا والله الموفق ۔ وان كان القاتل ام ولد فام الولد في جميع ما
وصفنا والمدبر سوا لان الواجب في جنايتهما ضمان المنع ايضا الا ان جهة
المنع تختلف فالمنع في ام الولد بالاستيلاد وفي المدبر بالتدبير لذلك استويا
في حكم الجناية والله اعلم ۔ وان كان القاتل مكاتبا فقتل اجنبيا خطا فجنايته
على نفسه اذا ظهرت لا على مولاه فيقع الكلام فيما يظهر به جنايته ۔ وفي
بيان اصل الواجب ومن عليه ۔ وفي بيان كيفية الوجوب ۔ وفي بيان
مقدار الواجب ۔ وفي بيان صفته ۔ اما الاول فجنايته تظهر بما تظهر
به جناية القن والمدبر وام الولد وتظهر ايضا باقراره بالجناية بخلاف
جنايتهم لان ذلك اقرار على المولى فلم يصح اصلا واقرار المكاتب على نفسه لانه
احق بكسبه من المولى فيجوز اقراره وكذا يجوز صلحه من الجناية على مال
لانه صلح عن حق ثابت له ظاهر ولو اقر او صالح ثم عجز فحكمه يذكر بعد هذا
ان شا الله تعالى ۔ واما اصل الواجب بجنايته ومن عليه الواجب فالواجب هو
قيمة نفسه عليه لا على مولاه لان كسب المكاتب لنفسه لا لمولاه فكان موجب
جنايته عليه لا على مولاه ليكون الخراج بالضمان بخلاف القن والمدبر وام الولد
لان امتناع الدفع حصل بشي من قبله وهو قبوله الكتابة فكانت قيمته عليه
بخلاف القن والمدبر وام الولد ۔ واما كيفية الواجب فقد اختلف اصحابنا
فيه قال علماونا الثلاثة ان قيمته تصير دينا في ذمته على طريق القطع والبتات
وفايدة هذا الاختلاف تظهر فيما اذا جنى ثم عجز عقيب الجناية بلا فصل
انه يخاطب المولى بالدفع او الفدا عندنا وعنده يباع ويدفع ثمنه الى اوليا
القتيل وكذلك اذا جنى ثم جنى جناية اخرى عقب الاولى بلا فصل لا يجب
عليه الا قيمة واحدة عندنا وعنده يجب عليه قيمة اخرى ولا خلاف في
انه اذا جنى جناية وقضى القاضي عليه بالقيمة ثم جنى جناية اخرى انه
يجب عليه بقيمة اخرى ووجه الفرق لاصحابنا الثلاثة ان القاضي لما قضى
بالقيمة في الجناية الاولى فقد صارت القيمة دينا في ذمته حتما من غير
تردد والجناية الثانية صادفت رقبة فارغة فيقضي بقيمة اخرى فاما
قبل القضا فالرقبة مشغولة بالاولى والمشغول لا يشغل وجه قول زفر
ان الواجب القيمة على المكاتب هو امتناع الدفع لحق ثبت على المكاتب بعقد
الكتابة لان امتناع الدفع اذا كان لحقه كانت القيمة عليه اذ لا حرج مع الضمان
وهذا لا يوجب التوقف على قضا القاضي وغيره ولنا ان الحكم الاصلي في
جناية العبد هو وجوب الدفع وامتناعه هاهنا لعارض لم يقع الياس
عن زواله وهو الكتابة لاحتمال العجز لانه ربما يعجز فيرد في الرق فيتبين
ان الجناية صدرت من القن فلا يمكن قطع القول بصيرورة قيمته
دينا في ذمته الا من حيث الظاهر والامر في الحقيقة على التوقف وانما
يرتفع التوقف باحدى معاني اما باداء القيمة الى ولي القتيل لان الاداء كان

واجبا عليه فاذا ادي فقد وصل الحق الي المستحق فلا يسترد منه او بالعتق اما
باداء بدل الكتابة واما بالاعتاق المبتدا او بالموت عن وفا او ولد لانه يعتق
في اخر جزء من اجزا حيوته واذا عتق يتقرر حقه في كسبه ويقع الياس عن الدفع
فيتقرر القيمة واذا ترك ولدا ولم يترك وفا فعقد الكتابة يبقي ببقا الولد فيسعي
علي نجوم ابيه فيودي فيعتق ويعتق ابوه ويستند عتقه الي اخر جزء من اجزا
حيوته او بقضا القيمة القاضي بالقيمة لانها كانت واجبة وتقرر الوجوب
باتصال القضا او بالصلح علي القيمة لان الصلح بمنزلة القضا هذا اذا ظهرت
جنايته بالمعاينة او بالبينة فاما اذا ظهرت باقراره فان كان قد ادي القيمة
ثم عجز لم يبطل اقراره ولا يسترد القيمة لانه وصل الحق الي المستحق فلا يسترد
وكذا اذا لم يود ولكنه عتق باداء بدل الكتابة او باعتاق مبتدا او بموت
المكاتب عن وفا او ولد لما قلنا ولو لم يعتق ولكنه عجز قبل قضا القاضي عليه
بالقيمة فاقراره باطل في حق المولي بلا خلاف حتي لا يوخذ به للحال ولكنه يتبع به
بعد العتاق لانه لما عجز قبل القضا فقد انفسخ العقد من الاصل وعاد قنا
كما كان فتبين انه اقر علي مولاه واقرار العبد علي المولي باطل الا انه يتبع بعد
العتاق لان اقراره في حق نفسه صحيح وان كان بعد ما قضي القاضي عليه بالقيمة
بطل اقراره في حق المولي ولا يوخذ به للحال عند ابي حنيفة ويتبع بعد العتاق
وعند ابي يوسف ومحمد لا يبطل اقراره في حق المولي ويوخذ به للحال
ويباع وجه قولهما ان القيمة قد وجبت عليه باقراره من حيث الظاهر
لصحة اقراره ظاهرا او بقضا القاضي تقرر الوجوب فلا يحتمل البطلان
بالعجز كما لو اقر بدين لانسان ثم عجز ولابي حنيفة ان صحة اقراره ثم ثبت
الظاهر لم يكن لمكان الكتابة لان الداخل تحت الكتابة ما كان من التجارة والاقرار
بالجناية ليس من التجارة وانما كانت لكونه احق بكسبه من المولي فاذا عجز
فقد صار المولي احق باكسابه فيبطل اقراره ولو كان مكان الاقرار صلح بان
جني المكاتب جناية خطا فصالح منها علي مال جاز صلحه علي ما ذكرنا ثم ان
كان ادي بدل الصلح الي ولي الجناية او كان لم يود ولكنه عتق باي
طريق كان فقد تقرر الصلح ولا يبطل وان كان لم يود بدل الصلح ولا عتق
حتي عجز بطل المال عنه في قول ابي حنيفة ويخاطب المولي بالدفع او الفدا
وعندهما لا يبطل ويصير دينا عليه وعلي هذا الخلاف اذا قتل المكاتب
انسانا عمدا ثم صالح من دم العمد علي مال ثم عجز قبل اداء بدل الصلح
انه يبطل الصلح ولا يوخذ للحال عند ابي حنيفة وعندهما لا يبطل ويوخذ
للحال ولو كان ولي القتيل اثنين فصالح المكاتب احدهما دون الاخر
سقط القصاص وعليه ان يودي الي ما صالحه ما صالح عليه وينقلب
نصيب الاخر مالا فيغرم المكاتب له الاقل من نصف قيمته ومن نصف
الدية لان الواجب عليه في كل الجناية الاقل من قيمته من الدية فالواجب
في نصفها الاقل من نصف قيمته ومن نصف الدية اعتبارا للنصف
بالكل فان عجز قبل الاداء فنصيب المصالح لا يوخذ للحال وانما يوخذ بعد
العتاق واما نصيب الاخر فيقال للمولي ادفع نصف العبد او افد بنصف

الدية

الدية علي قول ابي حنيفة لان الصلح قد بطل عنده وعلي قولهما يدفع نصف العبد
او يفدي بنصف الدية والنصف الاخر يباع في حصة المصالح او يقضي
عنه المولي واما القن اذا قتل رجل عمدا وله وليان فصالح العبد احدهما
ينقلب نصيب الاخر مالا ونصيب المصالح يوخذ بعد العتاق بلا خلاف واما
غير المصالح فيخاطب المولي بدفع نصف العبد اليه او الفدا بنصف الدية
ولو مات المكاتب قبل ان يوخذ شي من ذلك ولم يترك شيا اصلا او لم
يترك وفا بالكتابة بطلت الجناية لانه اذا مات عاجزا فقد مات قنا والقن
اذا جني جناية ثم مات تبطل الجناية اصلا وراسا وما تركه يكون للمولي
لانه اذا مات عبدا كان المتروك مال المولي فيكون له ولو مات المكاتب
وترك مالا وعليه دين وكتابة يبدا بدين الاجنبي لان دين المولي دين ضعيف
اذ لا يجب للمولي علي عبده دين فكانت البداءة بالاقوي اولي وحكي عن
قتادة قال قلت لسعيد بن المسيب ان شريحا يقول الاجنبي والمولي
يتحاصان فقال سعيد اخطا شريح وان كان قاضيا قضي زيد بن ثابت
اولي وكان زيد يقول يبدا بدين الاجنبي فالظاهر انه كان لا يخفي قضاؤه
علي الصحابة ولم يعرف له مخالف فيكون اجماعا ولو مات المكاتب وترك
وفا بالكتابة وجناية فالجناية اولي لانها اقوي ولو مات وترك مالا وعليه
دين وجناية وكتابة فان كان قضي عليه بالجناية فصاحب الجناية وصاحب
الدين سوا لان الجناية اذا قضي بها صارت دينا فهما دينان فلا يكون
احدهما بالبداية به اولي من صاحبه واذا لم يقض عليه بالجناية
يبدا بالدين لانه متعلق بذمته ودين الجناية لم يتعلق بذمته بعد
فكان الاول اكد واقوي فيبدا به ويقضي منه ثم ينظر الي ما بقي فان كان
به وفا بالكتابة فصاحب الجناية اولي فيبدا به وان لم يكن وفا بالكتابة
فما بقي يكون للمولي لانه يموت قنا علي ما بينا وهذا بخلاف ما قبل الموت
ان المكاتب يبدا باي الديون شا ان شا بدين الاجنبي وان شا بارش الجناية
وان شا بمال الكتابة لانه يودي من كسبه والتدبير في اكسابه اليه
فكان له ان يبدا باي ديونه شا وعلي هذا قالوا في المكاتب اذا مات وترك
ولدا ان الولد يبدا من كسبه باي الديون شا لانه قام مقام المكاتب
فتدبير كسبه اليه بخلاف ما اذا مات ولم يترك ولدا لان الامر في موته
الي القاضي فيبدا بالاولي فالاولي والله اعلم ولو اختلف المولي وولي
الجناية في قيمته وقت الجناية فالقول قول المكاتب في قول ابي يوسف
الاخير وهو قول محمد وفي قوله الاول ينظر الي قيمته للحال لان الحال
يصلح حكما في الماضي فيحكم وجه قوله الاخير ان ولي الجناية يدعي عليه
زيادة الضمان وهو ينكر فكان القول قوله والله اعلم واما
قدر الواجب بجنايته فهو الاقل من قيمته ومن الدية لان الارش ان
كان اقل فلا حق لولي الجناية في الزيادة وان كانت القيمة اقل فلم يوجد
من المكاتب منع الزيادة فلا يلزمه الزيادة وان كانت قيمته اقل من
الدية وجبت قيمته ولا تخير وان كانت اكثر من الدية ينقص من الدية

عشرة دراهم لان العبد لا يتقوم في الجناية باكثر من هذا القدر سواء كانت الجناية
او عليه وتعتبر قيمته يوم الجناية لان القيمة كالبدل عن الدفع والدفع يجب
عند الجناية وكذا المنع بالكتابة السابقة لحق المكاتب انما يصير سببا عند
وجود الجناية فيعتبر الحكم وهو وجود القيمة عند وجود الجناية ۞ واما
صفة الواجب فهي انه يجب عليه حالا لا على العاقلة موجلا لان الحكم الاصلي في
جناية العبد هو الدفع وهذا كالخلف عنه والدفع يجب عليه حالا لا موجلا
فكذا الخلف والله اعلم ۞ هذا اذا كان المقتول اجنبيا فاما اذا كان مولى القاتل
فالقاتل لا يخلوا اما ان كان قنا واما ان كان مدبرا واما ان كان ام ولد واما
ان كان مكاتبا فان كان قنا فقتل مولاه خطا فجنايته هدر لان المولى لا يجب
له على عبده دين وان قتله عمدا فعليه القصاص لما مر ولو قتله عمدا وله وليا
فعفى احدهما جنى سقط القصاص بطلت الجناية ولا يجب للذي لم يعف
شي في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يقال للذي عفى اما
ان تدفع نصف نصيبك وهو ربع العبد الى الذي لم يعف او يفدي به
بربع الدية وجه قوله ان القصاص كان مشتركا بينهما لكل واحد منهما
النصف فاذا عفى احدهما فقد سقط نصف القصاص وانصف نصيب
صاحبه وهو النصف مالا شايعا في النصفين نصفه وهو الربع في نصيبه
ونصفه في نصيب الشريك فما كان في نصيبه يسقط وما كان في نصيب
الشريك يثبت وجه قولهما ان الدية اما ان تجب حقا للمولى والوارث
يقوم مقامه في استيفاء حق وجب له واما ان يجب حقا للورثة بانتقال
الملك اليه بطريق الوراثة وكيف ما كان فالمولى لا يجب له على عبده دين
وان كان مدبرا فقتل مولاه خطا فجنايته هدر وعليه السعاية في قيمته
لانه لو وجبت الدية لو وجبت على المولى لانه لو جنى على اجنبي لو وجبت الدية
عليه فها هنا اولى ولا سبيل الى الايجاب له وعليه الا انه يسعى في قيمة نفسه
لان العتق بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ فوجب عليه قيمة نفسه ولو قتله
عمدا فعليه القصاص ويسعى في قيمته لما قلنا وورثته بالخيار ان شاوا
عجلوا استيفا القصاص وبطلت السعاية وان شاوا استوفوا السعاية
ثم قتلوه قصاصا له لانهما حقان ثبتا لهم واختيار السعاية لا يكون
مسقطا للقصاص لان السعاية ليست بعوض عن المقتول بل هي بدل عن
الرق ولو كان للمولى وليان عفى احدهما ينقلب نصيب الاخر مالا بخلاف
القن لان هناك لا يمكن ايجاب الضمان لانه لو وجب لوجب للمولى على عبده
وليس يجب للمولى على عبده دين وها هنا يمكن لان المدبر يعتق بموت
سيده فيسعى وهو حر فلم يكن في ايجاب الدية عليه ايجاب الدين للمولى
على عبده فهو الفرق وان كان ام ولد فقتلت مولاها خطا او عمدا فحكمها حكم
المدبر وانما يختلفان في السعاية فام الولد لا سعاية عليها والمدبر
يسعى في قيمته لان العتق هناك يثبت بطريق الوصية وعتق ام الولد
ليس بوصية حتى لا يعتبر من الثلث ولو قتلت ام الولد مولاها عمدا
وله ابنان من غيرها فعفى احدهما سعت في نصف قيمتها للذي لم يعف

لان

لان القصاص قد سقط بعفو احدهما وانقلب نصيب الاخر مالا وانما وجب
عليها السعاية في نصف قيمتها لا في نصف الدية وان كانت هي حرة وقت وجوب
السعاية لانها عتقت بموت سيدها وتسعى وهي حرة لانها كانت مملوكة وقت
الجناية فيجب اعتبار الحالين حال وجود الجناية وحال وجود السعاية ولو كانت
مملوكة في الحالين بان قتلت اجنبيا خطا لوجبت القيمة وكان على المولى لا عليها
فان كانت مملوكة حال الجناية حرة حال السعاية اعتبرنا بالحالين فاوجبنا
نصف القيمة اعتبارا بحال وجود الجناية واوجبنا ذلك عليها لا على المولى
اعتبارا لحال وجوب الجناية اعتبارا للحالين بقدر الامكان ولو كان احد
الابنين منها لا يجب القصاص عليها وسعت في جميع قيمتها اما عدم وجوب
القصاص فانه لو وجب لوجب مشتركا بينهما ولا يمكن الايجاب في نصيب
ولدها اذ لا يجب للولد على امه قصاص لتعذر الاستيفا احتراما للام واما
لزوم السعاية فلان القصاص سقط للتعذر ولا تعذر في القيمة فيسعى في
جميع قيمتها ويكون بينهما وان كان مكاتبا فقتل مولاه خطا فعليه الاقل من
قيمته او الدية لان جناية المكاتب على مولاه لازمة كجناية مولاه عليه
لانه فيما يرجع الى اكسابه والى ارشها بانه كالاجنبي لانه احق باكسابه من المولى
وتجب القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون حالة كما تجب على المولى لجناية
مدبره وان كان عمدا فعليه القصاص والله اعلم ۞ هذا اذا كان القاتل والمقتول
حرين او كان حرا والمقتول عبدا او كان القاتل عبدا والمقتول حرا فاما
اذا كانا عبدين بان قتل عبد عبدا خطا فالمقتول لا يخلوا اما ان كان
عبدا لاجنبي بان كان القاتل قنا يخاطب المولى بالدفع او الفدا سواء كان
المقتول قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا وهذا وما اذا كان المقتول
حرا اجنبيا سواء الا ان هناك يخاطب المولى بالدفع او الفدا وها هنا
يخاطب بالدفع او الفدا بالقيمة وان كان القاتل مدبرا او ام ولد فعلى
المولى قيمة المدبر وام الولد سواء كان المقتول قنا او مدبرا او مكاتبا
كما اذا كان المقتول اجنبيا وان كان القاتل مكاتبا فعليه قيمة نفسه
سواء كان المقتول عبد الاجنبي فان كان عبد المولى القاتل فجناية القاتل
عليه هدر ان كان القاتل قنا او مدبرا او ام ولد سواء كان المقتول
قنا او مدبرا او ام ولد او مكاتبا وان كان القاتل مكاتبا فجنايته عليه لازمة
كاينا من كان المقتول لما قلنا فيما تقدم هذا اذا قتل عبد عبدا خطا فان
كان عمدا فعليه القصاص كاينا من كان المقتول والله الموفق ۞ واما
القتل الذي هو في معنى القتل الخطا فنوعان نوع هو في معناه من كل
وجه وهو ان يكون على طريق المباشرة ۞ ونوع هو في معناه من وجه
وهو ان يكون من طريق التسبيب ۞ اما الاول فنحو النايم ينقلب على
انسان فيقتله فهذا القتل في معنى القتل الخطا من كل وجه لوجوده
لا عن قصد لانه مات بثقله فترتب عليه احكامه من وجوب الكفارة
والدية وحرمان الميراث والوصية لانه اذا كان في معناه من كل وجه
كان ورود الشرع بهذه الاحكام هناك ورودا ها هنا دلالة وكذلك لو

ذكرنا صح

سقط انسان من سطح فقتله اما وجوب الدية فلوجود معنى الخطا وهو
عدم القصد واما وجوب الكفارة وحرمان الميراث والوصية فلوجود
القتل مباشرة لانه مات بثقله سواكان القائل في طريق العامه او في ملك نفسه
ولو مات الساقط دون القاعد ينظر ان كان القاعد في ملك نفسه او في موضع
لايكون قعوده فيه جناية لاشي على القاعد لانه ليس بمتعد في القعود فما تولد
منه لايكون قعوده فيه جناية مضمونا عليه ويهدر دم الساقط وان كان في
موضع يكون قعوده فيه جناية فدية الساقط على القاعد تحملها العاقلة لانه
متعد في القعود فالمتولد منه يكون مضمونا عليه كما في حفر البير ولا كفارة
عليه لحصول القتل بطريق التسبيب حكما كما في حفر البير وكذلك اذا كان يمشي
في الطريق حاملا سيفا او حجرا او لبنة او خشبة فسقط من يده على انسان
فقتله لوجود معنى الخطا فيه وحصوله على سبيل المباشرة لوصول الالة بشرة
المقتول ولو كان لابسا سيفا فسقط على غيره فقتله او سقط عنه ثوبه
او رداوه او طيلسانه او عمامته وهو لابسه على انسان فتعقل به
فتلف لاضمان عليه اصلا لان في اللبس ضرورة اذ الناس لا يحتاجون
الى لبس هذه والتحرز عن السقوط ليس في وسعهم فكانت الثلثة فيه عامة
فتعذر التضمين ولا ضرورة في الحمل والاحتراز عن سقوط المحمول ممكن
ايضا وان كان الذي لبسه مما لا يلبس عادة فهو ضامن وكذلك الراكب
اذا كان يسير في طريق العامة فوطيت دابته رجلا بيدها او برجلها
لوجود معنى الخطا في هذا القتل وحصوله على سبيل المباشرة لان ثقل
الراكب على الدابة والدابة الة له فكان القتل الحاصل بثقلهما مضافا الى
الراكب فكان قتلا مباشرة ولو كدمت او صدمت او خبطت فهو ضامن
الا انه لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لحصول القتل على سبيل
التسبيب دون المباشرة ولا كفارة على السايق والقايد ولا يحرمان
الميراث ولا الوصية لان فعل السوق والقود يقرب الدابة من القتل
فكان قتلا تسبيبا لا مباشرة والقتل تسبيبا لا مباشرة لا يتعلق به
هذه الاحكام بخلاف الراكب لانه قاتل مباشرة على ما بينا والرديف
والراكب سوا وعليهما الكفارة وحرمان الميراث والوصية لان
ثقلهما على الدابة والدابة الة لهما فكانا قاتلين على طريق المباشرة ولو
ولو نفحت الدابة برجلها او بذنبها وهي تسير فلا ضمان في ذلك على راكب
ولا سايق ولا قايد والاصل ان السير والسوق والقود في طريق العامة
ماذون فيه بشرط سلامة العاقبة فما لم تسلم عاقبته لم يكن ماذونا
فيه فالمتولد منه يكون مضمونا الا اذا كان مما لا يمكن الاحتراز عنه
بسد باب الاستطراق على العامة ولا سبيل اليه والوطي والكدم والصدم
والخبط في السير والسوق والقود مما يمكن الاحتراز عنه بحفظ الدابة
وذود الناس والنفح مما لا يمكن الاحتراز التحرز وكذا البول والروث
واللعاب فسقط اعتباره والتحق بالعدم وقد روي عن النبي صلى
الله عليه وسلم انه قال الرجل جبار اي نفحتها ولهذا سقط اعتبار

ماذون فيه بشرط سلامة العاقبة فما لم تسلم عاقبته لم يكن ماذونا فيه
فالمتولد منه يكون مضمونا الا اذا كان مما لا يمكن الاحتراز عنه بسد
باب الاستطراق على العامة ولا سبيل اليه والوطي والكدم والصدم العا
الغبار من مشي الماشي حتى لو افسد متاعا لم يضمن وكذا ما اثارت
الدابة بسنابكها من الغبار او الحصى الصغار لا ضمان فيه لما قلنا كذا هذا
واما الحصى الكبار فيجب الضمان فيها لانه يمكن التحرز عن اثارتها اذ لا
يكون ذلك الا بتعنيف في السوق ولو كبح الدابة باللجام فنفحت برجلها
او بذنبها فهو هدر لعموم البلوى به ولو اوقف الدابة في الطريق فقتلت
انسانا فان كان ذلك في غير ملكه كطريق العامة فهو ضامن لذلك كله
سوا وطيت بيدها او برجلها او كدمت او صدمت او خبطت بيدها
او نفحت برجلها او ذنبها او عطب شي بروثها او بولها او لعابها كل ذلك
مضمون عليه وسوا كان راكبا او لا لان روث الدابة في طريق العامة ليس
بماذون فيه شرعا انما الماذون فيه المرور لا غير اذ الناس يتضررون
بالوقوف ولا ضرورة فيه فكان الوقوف فيه تعديا من غير ضرورة فما
تولد منه يكون مضمونا عليه سوا كان مما يمكن التحرز عنه او لا يمكن غير
انه ان كان راكبا فعليه الكفارة في الوطي باليد والرجل لكونه قاتلا من
طريق المباشرة وان لم يكن راكبا لا كفارة عليه لوجود القتل منه
تسبيبا لا مباشرة وكذلك لو وقف دابة على باب المسجد فهو مثل وقفه
في الطريق لانه متعد في الوقف الا ان يكون الامام جعل للمسلمين
عند باب المسجد موقفا يقفون فيه دوابهم فلا ضمان عليه فيما
اذا اصابت في وقوفها لان للامام ان يفعل ذلك اذا لم يتضرر الناس
به فلم يكن متعديا في الوقف فاشبه الوقف في ملك نفسه الا اذا
كان راكبا فوطيت دابته انسانا فقتلته لان ذلك قتل بطريق المباشرة
فيستوي في المواضع كلها الا ترى لو كان في ملكه يضمن وكذلك
لو وقف دابته في موضع اذن الامام بالوقف فيه كما في سوق الخيل
والبغال لما قلنا وكذلك اذا اوقف دابة في الفلاة لان الوقف في الفلاة
مباح لعدم الاضرار بالناس فلم يكن متعديا فيه وكذلك في طريق
ان كان وقف في المحجة لما ذكرنا وان وقف في المحجة فالوقف فيها كالوقف
في ساير الطرق العامة ولو كان سايرا في هذه المواضع التي اذن الامام
للناس بالوقف فيها او سايقا او قايدا فهو ضامن لان اثر الاذن في سقوط
ضمان الوقف لا في غيره لان اباحة الوقف فيها استفيد بالاذن لانه
لم يكن ثابتا قبله فاما اباحة السير والسوق والقود فلم يثبت
باذن الامام لانه كان ثابتا قبله فبقي الامر فيها على ما كان قبل الاذن وان
كان الوقف او السير والسوق او القود في ملكه فلا ضمان عليه
في شي مما ذكرنا الا فيما وطيت دابته بيدها او برجلها وهو راكب لان
هذه الافعال لا تقع تعديا في الملك والتسبيب اذا لم يكن تعديا لا يكون
تسبيبا لوجوب الضمان فاما الوطي باليد والرجل في حالة السير

او الوقف فهو قتل مباشرة لا تسبيبا حتى تجب الكفارة لوجوب الضمان على كل حال
سوا كان في ملكه او في غير ملكه وسوا كان الذي لحقه الجناية ماذونا في الدخول
او غير ماذون لان القتل حصل بفعله مباشرة ومن دخل ملك غيره بغير اذنه لا يباح
اتلافه ولو ربط الدابة في غير ملكه فما دامت تجول في رباطها اذا اصابت شيا
بيدها او برجلها او راثت او بالت فعطب به شي فذلك كله مضمون عليه لانه متعد
في الوقف في غير ملكه ولو انفتح الرباط وذهبت من ذلك الموضع فما عطب به شي
فهو هدر لان معنى التعدي قد زال بزوالها عن موضع الوقف وان وقفها غير
مربوطة فزالت عن موضعها بعد ما وقفها ثم جنت على انسان او عطب بها شي
فهو هدر لانها لما زالت عن موضع الوقف فقد زال التعدي فكانها دخلت في
هذا الموضع بنفسها وجنت ولو نفرت الدابة من الرجل او انفلتت منه فما
اصابت في فورها ذلك فلا ضمان عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم العجما جبار اي
البهيمة جرحها جبار ولانه لا صنع له في نفارها وانفلاتها ولا يمكنه الاحتراز من فعلها
فالمتولد منه لا يكون مضمونا عليه ولو ارسل دابته فما اصابت من فورها ضمن لان
سيرها من فورها مضاف الى ارساله فكان متعديا في الارسال فصار كالدافع لها او
السايق فان عطفت يمينا او شمالا ثم اصابت فان لم يكن لها طريق الا ذلك فذلك
مضمون على المرسل لانها باقية على حكم الارسال وان كان لها طريق لا يضمن لانها عطفت
باختيارها فينقطع حكم الارسال وصارت كالمنفلتة ولو ارسل طيرا فاصاب شيا
في فوره ذلك لا يضمن ذلك بالاجماع ذكره في الزيادات فيمن ارسل بازيا في الحرم
فاتلف صيد الحرم انه لا يضمن لانه يفعل باختياره وفعله جبار ولو اغرى كلبا
حتى عقر رجلا فلا ضمان عليه في قول ابي حنيفة كما لو ارسل طيرا وعند ابي يوسف
يضمن كما لو ارسل بهيمة وقال محمد ان كان سايقا له او قايدا يضمن وان لم يكن
سايقا ولا قايدا لا يضمن وبه اخذ الطحاوي وجه قول محمد ان العقر فعل الكلب
باختياره فالاصل هو الاقتصار عليه وفعله جبار الا انه بالسوق او القود يصير
مغريا اياه الى الاتلاف فيصير سببا للتلف فاشبه سوق الدابة وقودها وجه
قول ابي يوسف ان اغرا الكلب بمنزلة ارسال البهيمة والمصاب على فور الارسال
مضمون على المرسل فكذا هذا ولابي حنيفة ان الكلب يعقر باختياره والاغرا للتحريض
وفعله جبار ولو دخل رجل دار غيره فعقره كلب لا يضمن سوا دخل داره باذنه او
بغير اذنه لان فعل الكلب جبار ولم يوجد منه الا الامساك في البيت وانه
مباح قال الله تعالى مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما امسكن عليكم ولو
القى حية او عقربا في الطريق فلدغت انسانا فضمانه على الملقي لانه متعد في الالقا
الا اذا عدلت عن ذلك الى موضع اخر فلا يضمن لارتفاع التعدي بالعدول
اذا اصطدم فارسان فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الاخر في قول اصحابنا
الثلثة وعند زفر على كل واحد منهما نصف دية الاخر وهو قول الشافعي وجه
قول زفر ان كل واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه وهو صدمة
صاحبه وصدمة نفسه فيهدر ما حصل بفعل نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه
فيلزم ان يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر كما لو جرح نفسه او جرحه
ادمي فمات ان على الاجنبي نصف الدية لما قلنا كذا هذا ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه

انه قال

انه قال مثل مذهبنا ولان كل واحد منهما مات من صدم صاحبه اياه فيضمن صاحبه
كمن بنى حايطا في الطريق فصدم رجلا فمات ان الدية على صاحب الحايط كذا هذا
وبه تبين ان صدمة نفسه مع صدم صاحبه اياه غير معتبر اذ لو اعتبر لما لزم
باني الحايط على الطريق جميع الدية لان الرجل قد مشى اليه وصدمه وكذلك حافر
البير يلزمه جميع الدية وان كان الماشي قد مشى اليها رجلان مدا حبلا حتى انقطع
فسقط كل واحد منهما فان سقطا على ظهرهما فماتا فلا ضمان فيه اصلا لان كل واحد
منهما لم يمت من فعل صاحبه اذ لو مات من فعل صاحبه لخر على وجهه فلما سقط
على قفاه علم انه سقط بفعل نفسه وهو مده فقد مات كل واحد منهما من فعل
نفسه فلا ضمان على احد وان سقطا على وجههما فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة
الاخر لانه لما خر على وجهه علم انه مات من جذبه وان سقط احدهما على ظهره
والاخر على وجهه فماتا جميعا فدية الذي سقط على وجهه على عاقلة الاخر لانه
مات بفعله وهو جذبه ودية الذي سقط على ظهره هدر لانه مات من فعل نفسه
ولو قطع قاطع الحبل فسقطا جميعا فماتا فالضمان على القاطع لانه سبب في اتلافهما
والاتلاف تسبيبا يوجب الضمان كحفر البير ونحو ذلك ۞ صبي في يد ابيه فجذبه
رجل من يده والاب يمسكه حتى مات فديته على الذي جذبه ويرثه ابوه لان الاب
محق في الامساك والجاذب متعد في الجذب والضمان عليه ولو تجاذب رجلان
صبيا فاحدهما يدعي انه ابنه والاخر يدعي انه عبده فمات من جذبهما فعلى الذي
يدعي انه عبده ديته لانه متعد في الجذب اذ المتنازعين في الصبي اذا زعم احدهما
انه ابن فهو اولى له من الذي انه عبده فكان امساكه بحق وجذب الاخر بغير حق
فيضمن ۞ رجل في يده ثوب تشبث به رجل فجذبه صاحب الثوب من يده
فخرق الثوب ضمن الممسك نصف الخرق لان حق صاحب الثوب في دفع الممسك
وعليه دفعه بغير جذب فاذا جذب فقد حصل التلف من فعلهما فانقسم الضمان
بينهما ۞ رجل عض ذراع رجل فجذبه المعضوض ذراعه من فيه فسقطت
اسنان العاض وذهب لحم ذراع هذا يهدر دية الاسنان ويضمن العاض
ارش الجناية الذراع لان العاض متعد في العض والجاذب غير متعد في الجذب
لان العض ضرر وله ان يدفع الضرر عن نفسه ۞ رجل جلس الى جنب رجل
على ثوبه وهو لا يعلم فقام صاحب الثوب فانشق ثوبه من جلوس هذا عليه
يضمن الجالس نصف ذلك لان التلف حصل من الجلوس والجذب والجالس متعد في
الجلوس اذا لم يكن له ان يجلس عليه فكان التلف حاصلا من فعلهما فينقسم الضمان
عليهما ۞ رجل اخذ بيد انسان فصافحه فجذب يده من يده فانقلب فمات فلا
شي عليه لان الاخذ غير متعد في الاخذ للمصافحة بل هو مقيم سنة وانما الجاذب
هو الذي تعدى على نفسه حيث جذب يده لا لدفع ضرر لحقه من الاخذ وان
كان اخذ يده ليعصرها فاذاه فمد يده ضمن الاخذ ديته لانه هو المتعدي وانما
صاحب اليد دفع الضرر عن نفسه بالمد وله ذلك فكان الضمان على المتعدي
فان انكسرت يد الممسك وهو الاخذ بالجذب لم يضمن الجاذب لان التعدي
من الممسك فكان جانيا على نفسه فلا ضمان على غيره والله اعلم ۞ واما
الثاني فنحو جناية الحافر ومن في معناه ممن يحدث سببا في الطريق او في المسجد

وجناية السايق والقايد وجناية الناخس وجناية الحايط اما جناية الحافر
فالحفر لا يخلوا اما ان كان في غير الملك اصلا واما ان كان في الملك فان كان في غير
الملك ينظر ان كان في غير الطريق بان كان في المفازة لا ضمان علي الحافر لان الحفر
ليس بقتل حقيقة بل هو تسبيب الي القتل الا ان التسبيب قد يلحق بالقتل
اذا كان المسبب متعديا في التسبيب والمتسبب هاهنا ليس بمتعد لان
الحفر في المفازة مباح مطلق فلا يلحق به فانعدم القتل حقيقة وتقديرا
فلا يجب الضمان وان كان في طريق المسلمين فوقع فيها انسان ومات فلا
يخلوا اما ان مات بسبب الوقوع واما ان مات غما اوجوعا فان مات بسبب
الوقوع فالحافر لا يخلوا اما ان كان حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا يضمن
الدية لان حفر البير علي قارعة الطريق سبب لوقوع المار فيها اذا لم يعلم
وهو متعد في هذا التسبيب فيضمن الدية وتتحمل عنه العاقلة لان التحمل
في القتل الخطا المطلق للتخفيف علي القاتل نظرا له والقتل بهذا الطريق
دون القتل الخطا فكانت الحاجة الي التخفيف ابلغ ولا كفارة عليه لان وجوبها
متعلق بالقتل مباشرة والحفر ليس بقتل اصلا حقيقة الا انه الحق بالقتل
في حق وجوب الدية فبقي في حق وجوب الكفارة علي الاصل ولان الكفارة
في الخطا المطلق انما وجبت شكر النعمة الحيوة بالسلامة عند وجود سبب
فوت السلامة وذلك بالقتل واذا لم يوجد لم يجب الشكر وكذا لا يحرم
الميراث ان كان وارثا للمجني عليه ولا الوصية ان كان اجنبيا لان حرمان
الميراث والوصية حكم متعلق بالقتل قال النبي صلى الله عليه وسلم
لا ميراث لقاتل وقال لا وصية لقاتل ولم يوجد القتل حقيقة وان مات
غما اوجوعا فقد اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة لا يضمن وقال محمد
يضمن وقال ابو يوسف ان مات غما يضمن وان مات جوعا لا يضمن وجه
قول محمد ان الضمان عند الموت بسبب السقوط انما وجب لكون الحفر
تسبيبا الي الهلاك ومعني التسبيب موجود هاهنا لان الوقوع سبب
الغم والجوع لان البير ياخذ نفسه واذا طال مكثه يلحقه الجوع والوقوع
بسبب الحفر فكان مضافا اليه كما اذا حبسه في موضع حتى مات وجه
قول ابي يوسف ان الغم من اثار الوقوع فكان مضافا الي الحفر
فاما الجوع فليس من اثاره فلا يضاف الي الحفر ولابي حنيفة انه لا صنع
للحافر في الغم ولا في الجوع حقيقة لانهما يحدثان بخلق الله تعالي لا صنع للعبد
فيهما اصلا لا مباشرة ولا تسبيبا اما المباشرة فلا شك في انتفايها واما
التسبيب فلان الحفر ليس بسبب للجوع لا شك فيه لانه لا ينشا منه بل
من سبب اخر والغم ليس من لوازم البير فانها قد تغم وقد لا تغم فلا يضاف
ذلك الي الحفر وان اصابته جناية فيما دون النفس فضمانها علي الحافر لانها
حصلت بسبب الوقوع والوقوع بسبب الحفر ثم ان بلغ القدر الذي
تتحمله العاقلة تحمل عليهم والا فيكون في ماله وكذا اذا كان الواقع غير
بني ادم لان ضمان المال لا يتحمله العاقلة كما لا يتحمل ساير الديون ثم
جنايات الحفر وان كثرت من الحر يجب عليه لكل جناية ارشها ولا يسقط

شي من ذلك بشي منه ولا يشرك المجني عليهم فيما يجب لكل واحد منهم لانه بالحفر جني
علي كل واحد منهم بحياله فيواخذ بكل واحدة من الجنايات بحيالها هذا هو الاصل
وان كان الحافر عبدا فان كان قتل جنايته بالحفر بمنزلة جناياته بيده وقد ذكرنا
حكم ذلك فيما تقدم وهو ان يخاطب المولي بالدفع او الفدا قلت
جناياته او كثرت غير انه ان كان المجني عليه واحدا يدفع عليه او يفدي وان
كانوا جماعة يدفع اليهم او يفدي بجميع الاروش لان جنايات القن في رقبته
يقال للمولي ادفع او افد والرقبة تتضايق عن الحقوق فيتضاربون في
الرقبة والواجب بجناية الحر تتعلق بذمة العاقلة والذمة لا تتضايق
عن الحقوق فان وقع فيها واحد فمات فدفعه المولي الي ولي جنايته ثم
وقع اخر يشارك الاول في الرقبة المدفوعة وكذلك الثالث والرابع
فكل ما يحدث من جناية بعد الدفع فانهم يشاركون المدفوع اليه الاول
في رقبة العبد وكل واحد منهم يضرب بقدر جنايته لان المولي بدفع
الي الاول خرج عن عهدة الجناية لانه فعل ما وجب عليه فخرج عن عهدة
الواجب ثم الجناية في حق الثاني والثالث حصلت بسبب الحفر ايضا
والحكم فيها وجوب الدفع فكان الدفع الي الاول دفعا الي الثاني والثالث
لاستوا الكل في سبب الوجوب كانه دفعه الي الاول دفعة واحدة
ولو حفر ثم اعتقه المولي بعد الحفر قبل البلوغ ثم لحقت الجنايات فذلك
علي المولي في قيمته يوم عتق يشترك فيه اصحاب الجنايات التي كانت
قبل العتق وقبله يضرب في ذلك كل واحد بقدر ارش جنايته لان جناية
وان كثرت فالواجب فيها الدفع والمولي بالاعتاق فوت الدفع من غير اختيار
الفدا فتعتبر قيمته وقت الاعتاق لان فوات الدفع حصل بالاعتاق فتعتبر
قيمته يوم الاعتاق بخلاف المدبر انه لا تعتبر قيمته يوم التدبير بل
يوم الجناية وان كان فوات الدفع بالتدبير لكن التدبير انما يصير
سببا عند وجود شرطه وهو الجناية فتعتبر قيمته حينيذ علي ما بينا
فيما تقدم وان كان الحافر مدبرا او ام ولد فعلي المولي قيمة واحدة
قلت الجناية او كثرت وتعتبر قيمته يوم الجناية وهو يوم الحفر ولا
تعتبر زيادة القيمة ونقصانها لانه صار جانيا بسبب الحفر عند الوقوع
فتعتبر قيمته وقت الجناية كما اذا جني بيده علي نفسه لا علي مولاه كما اذا
جني بيده وتعتبر قيمته يوم الحفر لما بينا ولو حفر بيرا في الطريق فجا
انسان ودفع انسانا والقاه فيها فالضمان علي الدافع لا علي الحافر لان الدافع
قاتل مباشرة ولو وضع رجل حجرا في قعر البير فسقط انسان فيها لا ضمان
علي الحافر مع الواضع هاهنا كالدافع مع الحافر ولو جا رجل فحفر من اسفلها
ثم وقع فيها انسان فالضمان علي الاول كذا ذكر الكرخي وذكر محمد في الكتاب
ينبغي في القياس ان يضمن الاول ثم قال وبه ناخذ ولم يذكر الاستحسان
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في الاستحسان الضمان عليهما
لاشتراكهما في الجناية وهي الحفر فيشتركان في الضمان وجه القياس
ان سبب الوقوع حصل من الاول وهو الحفر بازالة المسكة والحفر من

الثاني بمنزلة نصب السكين او وضع الحجر في قعر البير فكان الاول كالدافع
فكان الضمان عليه ولو حفر رجل بيرا فجا انسان ووسع راسها فوقع فيها
انسان فالضمان عليهما نصفان هكذا اطلق في الكتاب ولم يفصل وقيل
جواب الكتاب محمول على ما اذا وسع قليلا بحيث رجله في حفرها فاما اذا
وسع كثيرا بحيث يقع قدمه في حفر الثاني فالضمان على الثاني لا على الاول
لان التوسع اذا كان قليلا بحيث يقع قدمه في حفرهما كان الوقوع بسبب
وجد منهما وهو حفرهما فكان الضمان عليهما واذا كان كثيرا كان الوقوع بسبب
وجد من الثاني فكان الضمان عليه ولو حفر بيرا ثم كبسها فجا رجل واخرج
ما كبس فوقع فيها انسان فالكبس لا يخلوا اما ان كان بالتراب والحجارة واما
ان كان بالحنطة والشعير فان كان بالاول فالضمان على الثاني وان كان بالثاني
فالضمان على الاول لان الكبس بالتراب والحجارة يعد طما للبير والحافر
له بالعدم فكان اخراج ذلك منها بمنزلة اخراج يد اخرى فاما الحنطة
والشعير ونحوهما فلا يعد ذلك طما بل يعد شغلا لها الا ترى انه يبقى اثر
الحفر بعد الكبس بالحنطة والشعير ولا يبقى اثره بعد الكبس بالتراب
والحجارة ولو حفر بيرا وسد الحافر راسها ثم جا انسان فنقضه فوقع
فيها انسان فالضمان على الحافر لان اثر الحفر لم ينعدم بالسد لكن السد
صار مانعا من الوقوع والفاتح بالفتح ازال المانع وزوال المانع شرط
للوقوع والحكم يضاف الى السبب لا الى الشرط ولو وضع رجل حجرا في
الطريق فتعثر عليه رجل فوقع في البير حفرها اخر فالضمان على واضع الحجر
لان الوقوع بسبب التعثر والتعثر بسبب وضع الحجر والوضع تعد منه
فكان التلف مضافا الى وضع الحجر فكان الضمان على واضعه وان كان لم
يضعه احد ولكنه حميل السيل فالضمان على الحافر لانه لا يمكن ان يضاف
الى الحجر لعدم التعدي منه فيضاف الى الحافر لكونه متعديا في الحفر
ولو اختلف الحافر وورثة الميت فقال الحافر هو القى نفسه فيها متعمدا
وقال الورثة بل وقع فيها فالقول قول الحافر في قول ابي يوسف الاخر
وهو قول محمد وفي قول ابي يوسف الاول القول قول الورثة وجه
قوله الاول ان الظاهر شاهد للورثة لان العاقل لا يلقي نفسه في البير
عمدا والقول قول من يشهد له الظاهر وجه قوله الاخير ان حاصل
الاختلاف يرجع الى وجوب الضمان فالورثة يدعون على الحافر الضمان
وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه وما ذكر من الظاهر معارض
بظاهر اخر ان المار على الطريق الذي يمشي يري البير فتعارض الظاهران
فبقي الضمان على اصل العدم ولو حفر بيرا في الطريق فوقع رجل فيها
فتعلق باخر وتعلق الثاني بالثالث فوقعوا فماتوا فهذا في الاصل
لا يخلوا عن احد وجهين اما ان علم حال موتهم بان خرجوا احيا فاخبروا
بحال موتهم واما ان لم يعلم فان علم ذلك فاما موت الاول فلا يخلوا
عن سبعة اوجه اما ان علم انه مات بوقوعه في البير خاصه واما ان علم
انه مات بوقوع الثاني عليه خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثالث

عليه خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه واما ان علم بوقو
بوقوعه في البير ووقوع الثاني والثالث عليه فان علم انه مات بوقوعه في البير
خاصة فالضمان على الحافر لان الحافر هو القاتل تسبيبا وهو متعد فيه فكان الضمان
عليه خاصة فدمه هدر لانه هو الذي قتل نفسه حيث جر على نفسه وجنا
الانسان على نفسه هدر وان علم انه مات بوقوع الثالث عليه خاصة فالضمان
على الثاني لان الثاني هو الذي جر الثالث على الاول حتى اوقعه عليه وان علم
انه مات بوقوع الثاني والثالث عليه فنصفه هدر ونصفه على الثاني
لان جره للثاني على نفسه هدر لانه جناية على نفسه وجر الثاني والثالث
معتبر فهدر النصف وبقي النصف وان علم انه مات بوقوعه في البير
ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر لوجود الجناية منه بالحفر والنصف هدر
لجره الثاني على نفسه وان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثالث عليه
فالنصف على الحافر والنصف على الثاني لانه هو الذي جر الثالث على الاول
وان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثاني والثالث عليه فالثلث هدر
والثلث على الحافر والثلث على الثاني لانه مات بثلاث جنايات احدها هدر
وهي جره الثاني على نفسه فبقيت جناية الحافر وجناية الثاني بجره الثالث
على الاول فتعتبر واما موت الثاني فلا يخلوا من ثلثة اوجه اما ان علم انه
مات بوقوعه في البير خاصة واما ان علم انه مات بوقوع الثالث عليه
خاصة واما ان علم انه مات بوقوعه في البير ووقوع الثالث عليه فان علم
انه مات بسقوطه في البير خاصة فديته على الاول وليس على الحافر شي
لان الاول هو الذي جره الى البير فكان كالدافع وان علم انه مات بوقوع
الثالث خاصة فدمه هدر لانه مات بفعل نفسه حيث جر الثالث على
نفسه فيهدر دمه وان علم انه مات بسقوطه في البير ووقوع الثالث
عليه فالنصف هدر والنصف على الاول لانه مات بسببين احدهما
فعل نفسه وهو جره الثالث على نفسه وجنايته على نفسه هدر والثاني
فعل غيره وهو جر الاول وايقاعه في البير واما موت الثالث فله وجه
واحد لا غير وهو سقوطه في البير وديته على الثاني لانه هو الذي جره في
البير واوقعه فيه هذا كله اذا علم حال وقوعهم فاما اذا لم يعلم فلا
يخلوا اما ان وجدوا متفرقين فان كانوا متفرقين فدية الاول على الحافر
ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وان كان بعضهم على بعض
فالقياس هكذا ايضا وهو ان تكون دية الاول على الحافر ودية الثاني
على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد رحمه الله وفي الاستحسان
دية الاول اثلاث ثلث على الحافر وثلث على الثاني وثلث هدر ودية الثاني
نصفان نصف هدر ونصف على الاول ودية الثالث كلها على الثاني
ولم يذكر محمد رحمه الله في الاستحسان انه قول من وجه القياس
انه وجد لموت كل واحد سبب ظاهر وهو الحفر للاول والجر من الاول
للثاني والجر من الثاني للثالث واضافة الاحكام الى الاسباب الظاهرة
اصل في الشريعة وجه الاستحسان انه اجتمع في الاول ثلثة اسباب

وجد بعضهم على بعض
واما ان

كل واحد منها صالح للموت وقوعه في البير ووقوع الثاني وووقوع الثالث عليه
الا ان وقوع الثاني عليه حصل بجره اياه على نفسه فهدر الثلث و بقي
ثلثان ثلث على الحافر بحفره وثلث على الثاني بجره الثالث على نفسه و وجد
في الثاني سببان الحفر ووقوع الثالث عليه الا ان وقوعه عليه حصل بجره
بجره فهدر نصف الدية و بقي النصف على الحافر ولم يوجد في الثالث الا
سبب واحد وهو جره الثاني اياه الى البير والاصل في الاسباب اعتبارها
ما امكن واعتبارها يقتضي ان يكون الحكم ما ذكرنا والله اعلم ولو
استاجر رجلا ليحفر له بيرا في الطريق فحفر فوقع فيها انسان فان كانت
البير في فنا المستاجر فالضمان عليه لا على الاجير لان له ولاية الانتفاع
بفنائه اذا لم يتضمن الضرر بالمارة على اصلهما مطلقا وعلى اصل ابي حنيفة
اذا لم يمنع منه مانع فانصرف مطلق الامر بالحفر اليه فاذا حفر
في فنائه انتقل فعل المامور اليه كانه حفر بنفسه فوقع فيها انسان
ولو كان كذلك وجب الضمان عليه كذا هذا وان لم يكن في فنائه فان اعلم
المستاجر الاجير ان ذلك ليس في فنائه فالضمان على الاجير لا على الامر لان
الاجير لم يحفره بامره فبقي فعله مقصورا عليه كانه ابتدا الحفر من نفسه
من غير امر فوقع فيها انسان وان لم يعلمه فالضمان على الامر لانه غره بالامر
بحفر البير في الطريق مطلقا انما يامر بما يملكه مطلقا عادة فيلزمه
ضمان الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة كانه ضمن له ما يلزمه من
الحفر بمنزلة ضمان الدرك ولو امر عبده ان يحفر بيرا في الطريق
فحفر فوقع فيها انسان فان كان الحفر في فنائه فالضمان على عاقلة المولى لانه
يملك الامر بالحفر في هذا المكان فينتقل فعله الى المولى كانه حفر بنفسه
وان كان في غير فنائه فالضمان في رقبة العبد يخاطب المولى بالدفع او الفدا
لان الامر بالحفر لا ينصرف الى غير فنائه فصار مبتدا في الحفر بنفسه
سوا اعلم العبد انه ليس في فنائه او لم يعلمه بخلاف الاجير لان وجوب
الضمان على الامر هناك بمعنى الغرور على ما بينا ولا يتحقق الغرور فيما
بين العبد وبين مولاه فيستوي فيه العلم والجهل وان كان الحفر في
الملك فان كان في ملك غيره بان حفر بيرا في دار انسان بغير اذنه
فوقع فيها انسان يضمن الحافر لانه متعد في التسبيب ولو قال صاحب
الدار انا امرته بالحفر وانكر اوليا الميت فالقياس ان لا يصدق
صاحب الدار والقول قول الورثة وفي الاستحسان يصدق والقول
قول الحافر وجه القياس ان الحفر وقع موجبا للضمان ظاهرا لانه
صادف ملك الغير وانه محظور فكان متعديا في الحفر من حيث الظاهر
وصاحب الدار بالتصديق يريد ابرا الجاني عن الضمان فلا يصدق
وجه الاستحسان ان قول صاحب الدار امرته بذلك اقرار منه بما
يملك انشاه للحال وهو الامر بالحفر فيصدق وان كان في ملك نفسه
لا ضمان عليه لان الحفر مباح مطلق له فلم يكن متعديا في التسبيب وان
كان في فنائه يضمن لان الانتفاع به مباح بشرط السلامة كالسير في

الطريق

الطريق ولو استاجر اربعة يحفرون له بيرا فوقعت عليهم من حفرهم
فمات احدهم فعلى كل واحد من الثلثة ربع الدية ويهدر الربع لانه
مات من اربع جنايات الا ان جناية المرء على نفسه هدر فيبطل الربع وبقيت
جنايات اصحابه عليه فتعتبر ويجب عليهم ثلثة ارباع الدية على كل واحد منهم
الربع وقد روي عن الشعبي عن علي رضي الله عنه انه قضى على القارصة
والقامصة والواقصة بالدية اثلاثا وهن ثلاث جوار ركبت احديهن
الاخرى فقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فقضى
للتي وقصت بثلثي الدية على صاحبتها واسقط الثلث لان الواقصة
اعانت على نفسها وروي ان عشرة مدوا نخلة فسقطت على احدهم فمات
فقضى علي رضي الله عنه على كل واحد منهم بعشر الدية واسقط العشر
لان المقتول اعان على نفسه ولو استاجر اجيرا حرا وعبدا محجورا ومكاتبا
يحفرون له بيرا فوقعت البير عليهم من حفرهم فماتوا فلا ضمان على
المستاجر في الحر ولا في المكاتب ويضمن قيمة العبد لمولاه اما الحر
والمكاتب فلانه لم يوجد فيهما من المستاجر سبب وجوب الضمان لان
استيجارهما وقع صحيحا فكان استعماله اياهما في الحفر بناء على عقد صحيح ولا
يكون سببا لوجوب الضمان ووقوع البير عليهما حصل باستعماله في
الحفر غاصبا اياه فدخل في ضمانه فاذا هلك فقد تقرر الضمان فعليه
قيمته لمولاه ثم اذا دفع قيمته الى المولى فالمولى يدفع القيمة الى ورثة
الحر والمكاتب فيتضاربون فيها فيضرب ورثة الحر بثلث دية الحر
وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب وانما كان كذلك لان موت كل
واحد منهم حصل بثلث جنايات بجناية نفسه وجناية صاحبيه
فصار قدر الثلث من الحر والمكاتب تالفا بجناية العبد وجناية القن
توجب الدفع ولو كان قنا لوجب دفعه الى ورثة الحر والمكاتب يتضاربون
في رقبته على قدر حقوقهم فاذا هلك ينظر الى القيمة وجب دفع القيمة
اليهم يتضاربون فيها ايضا فيضرب ورثة الحر فيها بثلث دية الحر
وورثة المكاتب بثلث قيمة المكاتب لان الحر مضمون بالدية والمكاتب
مضمون بالقيمة ثم يرجع المولى على المستاجر بقيمة العبد مرة اخرى
وتسلم له تلك القيمة لانه وان رد المغصوب الى المغصوب منه برد
قيمته اليه لكنه رده مشغولا وقد كان غصب فارغا فلم يصح رده في حق
الشغل فيضمن القيمة مرة اخرى وللمستاجر ان يرجع على عاقلة الحر
بثلث قيمة العبد لانه ملك العبد بالضمان من وقت الغصب فتبين
ان الجناية حصلت من الحر على ثلث عبد المستاجر فضمن ثلث قيمته فيوخذ
من عاقلته وياخذ ورثة المكاتب ايضا من عاقلة الحر ثلث قيمة المكاتب
لوجود الجناية من الحر على ثلثه فيضمن قيمته فيوخذ من عاقلته ثم يوخذ
من تركة المكاتب مقدار قيمته فيكون بين ورثة الحر وبين المستاجر
لوجود الجناية منه على الحر وعلى العبد يضرب ورثة الحر بثلث الدية
الحر ويضرب المستاجر بثلث قيمة العبد لانه جنى على ثلث الحر وعلى

ثلث العبد فا تلف من كل واحد منهما ثلثه والحر مضمون بالدية والعبد بالقيمة
وقد ملك المستاجر العبد بالضمان فكان ضمان الواردة على ملكه والله اعلم
وقالوا فيمن حفر بيرا في سوق العامة لمصلحة المسلمين فوقع فيها انسان
ومات انه ان كان الحفر باذن السلطان لا يضمن وان كان بغير اذنه يضمن
وكذلك اذا اتخذ قنطرة للعامة وروي عن ابي يوسف انه لا يضمن ووجهه
ان ما كان من مصالح المسلمين كان الاذن به ثابتا دلالة والثابت دلالة
كالثابت نصا ووجه ظاهر الرواية ان ما يرجع الي العامة مصالح المسلمين كان
حقا لهم والتدبير في امر العامة الي الامام فكان الحفر فيه بغير اذن الامام
كالحفر في دار انسان بغير اذن صاحب الدار هذا الذي ذكرنا حكم الحافر
في الطريق وكذلك من كان في معنى الحفر ممن يحدث خشبا في الطريق كمن
اخرج جناحا الي طريق المسلمين او نصب فيه ميزابا فصدم انسانا
فمات او بنى دكانا او وضع حجرا او خشبة او متاعا او قعد في الطريق
يستريح فعثر بشي من ذلك عاثر فوقع فمات او وقع على غيره فقتله او حدث
به او بغيره من ذلك العثرة والسقوط جناية من قتل او غيره او صب
ما في الطريق فزلق به انسان فهو في ذلك كله ضامن وكذلك من عطب
من الدواب لانه سبب التلف باحداث هذه الاشيا وهو متعد في
التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه كالمتولد من الرمي ثم كان من
الجناية في بني ادم يتحملها العاقلة اذا بلغت القدر الذي تتحمل العاقلة وهو
نصف عشر دية الرجل وما لم يبلغ ذلك القدر او كان منها تلف في غير بني
ادم يكون في ماله لان تحميل العاقلة ثبت بخلاف القياس لعدم الجناية
منهم وقد قال الله تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى عرفناه بنص خاص
في بني ادم بهذا القدر فبقي الامر فيما دونه وفي غير بني ادم على الاصل
ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث ولو كان وارثا للمجني عليه ولا الوصية
لو كان اجنبيا لانه لم يباشر القتل وقد قالوا فيمن وضع كناسة في الطريق
فعطب بها انسان انه يضمن لان التلف حصل بوضعه وهو في الوضع
متعد وقال محمد ان وضع ذلك في طريق غير نافذ وهو من اهله لم يضمن
لعدم التعدي منه اذ الطريق مشترك بين اهل السكة فيكون لكل
واحد من اهلها الانتفاع به كالدار المشتركة ولو سقط الميزاب الذي
نصبه صاحب الدار الي طريق المسلمين على انسان فقتله ان اصابه
الطرف الداخل في الحايط لم يضمن لانه في ذلك القدر متصرف في ملك
نفسه فلم يكن متعديا فيه وان اصابه الطرف الخارج الي الطريق يضمن
لانه متعد في اخراجه الي الطريق فان اصابه الطرفان جميعا يضمن النصف
لانه متعد في النصف لا غير وان كان لا يدري فالقياس ان لا يضمن
شيا لانه ان كان اصابه الطرف الداخل لا يضمن وان كان اصابه
الطرف الخارج يضمن والضمان لم يكن واجبا ووقع الشك في وجوبه
فلا يجب بالشك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه اذا لم يعرف
الطرف الذي اصابه انه الداخل او الخارج يجعل كانه اصابه الطرفان

جميعا

جميعا كما في الغرقى والحرقى انه اذا لم يعرف التقدم والتاخر في موتهم يجعل
كانهم ماتوا جملة واحدة في آن واحد حتى لا يرث البعض من البعض كذا هذا
ولو احدث شيا مما ذكرنا في المسجد بان حفر بيرا في المسجد لاجل الما او بنى
فيه بنا دكانا او غيره فعطب به انسان فان كان الحافر والباني من اهل
المسجد فلا ضمان عليه وان كان من غير اهله فان فعل باذن اهل المسجد فكذلك
وان فعل بغير اذنهم يضمن بالاجماع لان تدبير مصالح المسجد الي اهل المسجد
فما فعلوه لا يكون مضمونا عليهم كالاب او الوصي اذا فعل شيا من ذلك في دار
اليتيم ومتولي الوقف اذا فعل في الوقف واما غير المسجد فله ولاية التصرف
في المسجد بغير اذن اهل المسجد فاذا فعل بغير اذنهم كان متعديا في فعله فكان
مضمونا عليه ولو علق قنديلا او بسط حصيرا او القى فيه الحصى فان كان
من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان لم يكن من اهل المسجد فان فعله باذن
اهل المسجد فكذلك وان فعل بغير اذنهم يضمن في قول ابي حنيفة وفي
قول ابي يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما ان المسجد لعامة المسلمين
فكان لكل واحد من احاد المسلمين سبيل من اقامة مصالحه لان هذه
المصالح من عمارة المسجد وقد قال الله تعالى انما يعمر مساجد الله من
امن بالله من غير تخصيص الا ان لاهل المسجد ضرب اختصاص به فظهر
ذلك في التصرف في نفسه بالحفر والبنا لا في القنديل والحصير كالمالك
مع المستعير ان للمستعير ولاية بسط الحصير وتعليق القنديل في دار
الاعارة وليس له ولاية الحفر والبنا كذا هذا ولابي حنيفة ما ذكرنا ان التدبير
في مصالح المسجد الي اهل المسجد لا الي غيرهم بدليل ان لهم ولاية منع غيرهم
عن التعليق والبسط وعمارة المسجد فكان الغير متعديا في فعله فالمتولد
يكون مضمونا عليه كما لو وضع شيا في دار غيره بغير اذنه فعطب به
انسان ولهذا ضمن بالحفر والبنا كذا هذا وكون المسجد لعامة المسلمين
لا يمنع اختصاص اهله بالتدبير والنظر في مصالحه كالكعبة فانها لجميع
المسلمين ثم اختص بنو شيبة بمصالحها حتى روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم لما اخذ مفتاح الكعبة منهم ودفعه الي عمه العباس رضي الله
عنه عند طلبه ذلك امره الله تعالى برده الي بني شيبة بقوله تعالى
ان الله يامركم ان تودوا الامانات الي اهلها ولو جلس في المسجد فعطب
به انسان ان كان في الصلاة لا يضمن الجالس سوا كان الجالس من اهل
المسجد او لم يكن لان المسجد بني للصلاة فلو اخذ المصلي بالضمان لصار
الناس ممنوعين عن الصلاة في المساجد وهذا لا يجوز وان جلس لحديث
او نوم فعطب به انسان يضمن في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف
ومحمد لا يضمن وجه قولهما ان الجلوس في المسجد لغير الصلاة من الحديث
والنوم مباح فلم يكن الهلاك حاصلا بسبب هو متعد فيه فلا يجب
الضمان كما لو جلس في داره فعثر به انسان فعطب انه لا يضمن كذا
هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان المسجد بني للصلاة لا للحديث والنوم
فاذا شغله بذلك صار متعديا فيضمن كما اذا جلس في الطريق للاستراحة

فعطب به انسان انه يضمن لان الطريق جعل للاجتياز لا للجلوس فاذا جلس
فقد صار متعديا فيضمن كذا هذا وقولهما الحديث والنوم مباح في المسجد
مسلم لكن بشرط سلامة العاقبة ولم يوجد الشرط فكان تعديا ولو
جلس لانتظار الصلاة او لقراة القران او لعبادة من العبادات غير
الصلاة فلا شك ان على اصلهما لا يضمن لانه لو جلس لغير قربة لا يضمن
فاذا جلس لقربة اولى فاما على اصل ابي حنيفة فقد اختلف المشايخ فيه
قال لا يضمن لان المنتظر للصلاة في الصلاة على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يضمن لانه ليس في الصلاة حقيقة
وانما الحق بالمصلي في حق الثواب لا غير والله اعلم ۞ ومن هذا الجنس
جناية السايق والقايد بان ساق دابة في طريق المسلمين او قادها
فوطيت انسانا بيدها او برجلها او كدمت او صدمت او خبطت فهو
ضامن لما ذكرنا من الاصل ان السوق والقود في الطريق مباح بشرط سلامة
العاقبة فاذا حصل التلف بسببه لم يوجد الشرط فوقع تعديا
فالمتولد منه فيما يمكن التحرز عنه يكون مضمونا وهذا مما يمكن الاحتراز
عنه بان يذود الناس عن الطريق فيكون مضمونا وسوا كان السايق
او القايد راجلا او راكبا الا انه اذا كان راكبا فعليه الكفارة اذا وطي
دابته انسانا بيدها او رجلها ويحرم الميراث والوصية وان كانت
راجلا لا كفارة عليه ولا يحرم الميراث والوصية لان هذه الاحكام
يتعلق ثبوتها بمباشرة القتل لا بالتسبيب والمباشرة من الراكب
لا من غيره وان كان احدهما سايقا والاخر قايدا فالضمان عليهما لانهما
اشتركا في التسبيب فيشتركان في الضمان وكذلك اذا كان احدهما
سايقا والاخر راكبا او كان احدهما قايدا والاخر راكبا فالضمان عليهما
لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما الا ان الكفارة تجب
على الراكب وحده فيما اذا وطيت دابته انسانا فقتلته لوجود القتل
منه وحده مباشرا وان قاد قطارا فما اصاب اول القطار او اخره او
وسطه انسانا بيدا او رجل ان صدم انسانا فقتله فهو ضامن لذلك
لانه فعل فعلا هو سبب حصول التلف فيضمن وهو مما يمكن الاحتراز
عنه كما اذا وضع حجرا في الطريق او حفر فيه بيرا فان كان معه سايق
في اخر القطار فالضمان عليهما لان كل واحد منهما سبب التلف وان كان
السايق في وسط القطار فما اصاب مما خلف هذا السايق وما بين يديه
شيا فهو عليهما لان ما بين يديه هو له سايق والاول قايد وما خلفه
هما له قايدان اما قايد القطار فلا شك فيه لان بعضه مربوط
ببعض واما السايق الذي في وسط القطار فلانه يسوقه ما
بين يديه قايد لما خلفه لان ما خلفه ينقاد بسوقه فكان قايدا له
والقود والسوق كل منهما سبب لوجوب الضمان لما بينا وان كان
احيانا في وسط القطار واحيانا يتاخر واحيانا يتقدم وهو يسوقها
في ذلك فهو والاول سوا لانه قايد وسايق والسوق والقود كل

واحد

واحد منهما سبب لوجوب الضمان وان كانوا ثلثة احدهم في مقدمة القطار
والاخر في موخر القطار والاخر في وسطه فان كان الذي في الوسط والموخر
لا يسوقان ولكن المقدم يقود فما اصاب الذي قدام الوسط شيا فذلك
على القايد لان التلف حصل بسبب القود وما اصاب الذي خلفه فذلك على
القايد الاول وعلى الذي في الوسط لانهما قايدان لما بينا وعلى الموخر ايضا
ان كان يسوق لا شي عليه لانه لم يوجد منه صنع وان كانوا جميعا يسوقون
فما تلف بذلك فضمانه عليهم جميعا لوجود التسبب منهم جميعا وذكر
في الكيسانيات لو ان رجلا كان يقود قطارا واخر من خلف القطار يسوقه
يزجر الابل فتنزجر بسوقه وعلى الابل قوم في المحامل نيام فوطي بعير
منها انسانا فقتله فالدية على عاقلة القايد والسايق والراكب على البعير
الذي وطي وعلى الراكبين على الذين قدام البعير الذي وطي على عواقلهم جميعا
على عدد الروس والكفارة على راكب البعير الذي وطي خاصة اما السايق
والقايد فلانهما مقربان القطار الى الجناية فكانا متسببين للتلف
واما الراكب للبعير الذي وطي فلا شك فيه لان التلف حصل بفعله واما
الراكبون امام البعير الذي وطي لانهم قادة لجميع ما خلفهم فكانوا قايدين
للبعير الوطي ضرورة فكانوا متسببين للتلف ايضا فاشتركوا في سبب
وجوب الضمان فانقسم الضمان عليهم وانما كانت الكفارة على راكب البعير
الذي وطي خاصة لانه قاتل بالمباشرة لحصول التلف بثقله وثقل الدابة
الا ان الدابة الة له فكان الاثر الحاصل بفعله مضافا اليه فكان
قاتلا بالمباشرة ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطي لا يزجر الابل ولا
يسوقها راكبا على بعير منها او غير راكب فلا ضمان على احد منهم لانه لم يوجد
منهم سبب وجوب الضمان اذا لم يسوقوا البعير الذي وطي ولم يقودوه
فصاروا كمتاع على الابل ولو قاد قطارا وعلى بعير في وسط القطار راكب لا
يسوق منه شيا فضمان ما كان بين يديه على القايد خاصة وضمان ما
خلفه عليهما جميعا لان الراكب غير سايق لما بين يديه لان ركوبه لهذا
البعير لا يكون سوقا لما بين يديه كما ان مشيه الى جانب البعير لا يكون
سوقا اياه اذا لم يسقه ولكنه لما ركبه لان البعير انما يسير بركوب
الراكب وحثه واذا كان سايقا له كان قايدا لما خلفه فكان ضمانه عليهما
واذا كان الرجل يقود قطارا فجا رجل وربط اليه بعيرا فوطي البعير انسانا
فالقايد لا يخلو اما ان كان لا يعلم بربطه واما ان علم ذلك فان لم يعلم
فالدية على القايد تتحمل عنه عاقلته ثم عاقلته يرجعون على عاقلة الرابط
اما وجوب الدية على القايد فلانه قاتل تسببا وضمان القتل ضمان اتلاف
وانه لا يختلف بالعلم والجهل واما رجوع عاقلة القايد على عاقلة الرابط
فلان الرابط متعد في الربط وهو السبب في لزوم الضمان القايد فكان
الرجوع عليه وكذلك لو كانت الابل وقوفا لا تنقاد فجا رجل رجل وربط
اليها بعيرا والقايد لا يعلم فقاد البعير منها فوطي البعير انسانا فقتله
فالدية على القايد تتحمل عنه عاقلته الا ان هاهنا لا يرجع عاقلة القايد

على عاقلة الرابط لان الرابط وان تعدى في الربط وانه سبب لوجوب الضمان
لكن القايد لما قاد البعير عن ذلك المكان فقد ازال تعديه فيزول
الضمان عنه ويتعلق بالقايد كمن وضع حجرا في الطريق فجا انسان ودحر
عن ذلك المكان ثم عطب به انسان فالضمان على الثاني لا على الاول
لما قلنا كذا هذا بخلاف المسلة الاولى لان هناك وجد الربط وان كان
القايد علم بالربط في المسلتين جميعا فقاده على ذلك فوطي البعير انسانا
فقتله فالدية على القايد تتحمل عنه عاقلته ولا ترجع عاقلته على عاقلة الرابط
لانه لما قاد مع علمه بالربط فقد رضي بما لحقه من العهدة وصار علمه بالربط
بمنزلة امره بالربط ولو ربطه بامره كان الامر على ما وصفنا كذا هذا
ولو سقط سرج دابة فعطب بها انسان فالدية على السايق او القايد
لان السقوط لا يكون الا بتقصير منه في شد الحزام فكان مسببا في القتل
متعديا في التسبيب والله اعلم • ومن هذا النوع جناية الناخس
والضارب وجملة الكلام فيه ان الدابة المنخوسة او المضروبة
اما ان يكون عليها راكب واما ان لا يكون فان كان عليها راكب فالراكب
لا يخلو اما ان يكون سايرا واما ان يكون واقفا والسير والوقوف
واما ان يكون في موضع اذن له بذلك واما ان يكون في موضع لم
يوذن له به والناخس والضارب لا يخلوا من ان يكون نخس او ضرب
بغير امر الراكب او بامره فان فعل ذلك بغير امر الراكب فنفحت الدابة
برجلها او ذنبها او نفرت فصدمت انسانا فقتلته فان فعلت شيا
من ذلك على فور النخسة والضربة فالضمان على الناخس والضارب
تتحمل عنهما عاقلتهما لا على الراكب سوا كان الراكب سايرا او واقفا وسوا
كان سيره او وقوفه فيما اذن له فيه بالوقوف او فيما لم يوذن بان
كان يسير في ملكه او في طريق المسلمين او في ملك الغير او كان يقف
في ملكه او في سوق الخيل ونحوه او في طريق المسلمين وانما كان كذلك
لان الموت حصل بسبب النخس او الضرب وهو متعد في السبب
فيضمن ما تولد منه كما لو دفع على غيره والراكب الواقف على طريق العامة
وان كان متعديا ايضا لكنه ليس بمتعد في التعدي والناخس
متعمد في التعدي وكذا الضارب فاشبه الدافع مع الحافر وقد
روي عن عمر رضي الله عنه انه ضمن الناخس دون الراكب وكذا روي
عن بن مسعود رضي الله عنه انه فعل هكذا وكان ذلك منهما بمحضر من
الصحابة رضي الله عنهم ولم يعرف الانكار من احد فيكون اجماعا
من الصحابة رضي الله عنهم وانما شرط الفور لوجوب الضمان على
الناخس والضارب لان الهلاك عند سكون الفور يكون مضافا
الى الدابة لا الى الناخس والضارب ولو نخسها او ضربها وهو
ساير عليها فوطيت انسانا فقتلته لم يذكر هذا في ظاهر الرواية
وروي بن سماعة عن ابي يوسف ان الضمان عليهما لان الموت
حصل بثقل الراكب وفعل الناخس وكل واحد منهما سبب لوجوب الضمان

فقد

فقد اشتركا في سبب وجوب الضمان وكذلك اذا كان واقفا عليها لما قلنا
وتجب الكفارة على الراكب لوجود القتل منه مباشرة كما قلنا في الراكب
مع السايق او القايد فلو نخسها او ضربها فوثبت به والقت الراكب
فالناخس او الضارب ضامن لحصول التلف بسبب هو متعد فيه وهو
النخس والضرب فيضمن ما تولد منه فان لم تلقه ولكنها جمحت به
فما اصابت في فورها ذلك فعلى الناخس والضارب لما ذكرنا ان فعل كل
واحد منهما وقع سببا للهلاك وهو متعد في التسبيب فان نفحت الدابة
الناخس او الضارب فقتلته فدمه هدر لانه هلك من جناية نفسه
وجناية الانسان على نفسه هدر هذا اذا نخس او ضرب بغير امر الراكب
فاما اذا فعل ذلك بامر الراكب فان كان سايرا فيما اذن له بالسير فيه
بان كان يسير في ملك نفسه او في طريق المسلمين او واقفا فيما اذن
له بالوقوف فان وقف في ملك نفسه او في سوق الخيل وغيره من
المواضع التي اذن بالوقوف فيها فنفحت الدابة برجلها انسانا فقتلته
فلا ضمان على الناخس ولا على الضارب ولا على الراكب لانه امره بما يملكه
بنفسه صح امره به فصار كانه نخس او ضرب بنفسه فنفحت وقد ذكرنا
ان النفحة في حال السير والوقوف في موضع اذن بالسير او الوقوف
فيه غير مضمونة على احد لا على السايق ولا على القايد وان كان الراكب
سايرا فيما لم يوذن له بالسير بان كان في ملك الغير او كان واقفا
فيما لم يوذن له بالوقوف فيه كما اذا كان واقفا في ملك غيره او في طريق
المسلمين فنفحت فالدية عليهما نصفان نصف على الناخس والضارب
ونصف على الراكب ولا كفارة عليهما كذا ذكر في ظاهر الرواية وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف ان الضمان على الراكب ووجهه ان الناخس
او الضارب نخس او ضرب لما امر الراكب وهو يملك ذلك بنفسه
انتقل فعله اليه وكان فعله اليه بنفسه فكان الضمان عليه ووجه
ظاهر الرواية ان الناخس او الضارب مع الراكب اشتركا في سبب وجوب
الضمان اما الناخس او الراكب فلا يشكل لوجود سبب القتل من كل
واحد منهما على سبيل التعدي واما الراكب فلانه صار بالامر بالنخس
او الضرب ناخسا وضاربا والنفحة المتولدة من نخسه وضربه
في هذه المواضع مضمونة عليه الا انه لا كفارة عليهما لحصول القتل
بالتسبيب لا بالمباشرة هذا اذا نفحت فاما اذا صدمت فان كان
الراكب سايرا او واقفا في ملك نفسه فلا ضمان على الناخس والضارب
ولا على الراكب لان فعل النخس والضرب مضاف الى الراكب لحصوله
بامره والصدمة في الملك غير مضمونة على الراكب سوا كان سايرا
او واقفا وان كان سيره او وقوفه في طريق المسلمين او في ملك
الغير فينبغي ان يكون على الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة اذا كان
الراكب واقفا في موضع لم يوذن بالوقوف فيه لان الصدمة مضمونة
على الراكب اذا كان في طريق المسلمين واقفا كان او سايرا وكذا في ملك

الغير فيأتي فيه الاختلاف الذي ذكرنا في النفحة والله اعلم ۞ هذا اذا نفحت
او صدمت فاما اذا وطيت انسانا فقتلته فالضمان عليهما سوا كان الراكب
سايرا او واقفا في اي موضع كان فيما اذن فيه او لم يوذن لانهما اشتركا
في سبب القتل لحصول الموت بثقل الراكب والدابة وفعل الناخس او
الضارب ويجب الكفارة على الراكب لانه قاتل مباشرة فصار الراكب
مع الناخس كالراكب مع السايق او القايد ان الدية عليهما نصفان
والكفارة على الراكب خاصة كذا ها هنا هذا الذي ذكرنا اذا كان على
الدابة المنخوسة او المضروبة راكب فاما اذا لم يكن عليها راكب فان
لم يكن لها سايق ولا قايد فنخسها انسان او ضربها فما اصابت شيا
على فور النخسة او الضربة فضمانه على الناخس والضارب في اي
موضع كانت الدابة لانه سبب الاتلاف بالنخس والضرب وهو
متعد في التسبيب فما تولد منه يكون مضمونا عليه وان كان عليها
سايق او قايد فنخس او ضرب بغير امره فنفحت او نفرت فصدمت
او وطيت انسانا فقتلته فالضمان على الناخس والضارب لا على السايق
والقايد في اي موضع كان الناخس والقايد لان الناخس مع السايق
والقايد كالدافع مع الحافر لانه بالنخس او الضرب كانه دفع الدابة
على غيره وكذلك ان كان لها سايق وقايد يقود احدهما ويسوق الاخر
فنخس او ضرب بغير اذن واحد منهما فالضمان على الناخس والضارب
لا عليهما في اي موضع كان الناخس والقايد لما ذكرنا ان الناخس متعمد
كالدافع للضارب وكذا الضارب ولا تعمد من السايق والقايد وان كان كل
واحد منهما امره بذلك فنفحت فان كان سوقه او قوده فيما اذن له بالسوق
والقود فيه فلا ضمان على الناخس والضارب وان فعل ذلك بامر السايق
او القايد فان كان يسوق او يقود فيما اذن له بذلك بان كان في ملك
الغير فعلى قياس ما ذكرنا في ظاهر الرواية الضمان على الناخس او الضارب
وعلى السايق او القايد ولا كفارة عليهما وعلى قياس ما ذكره ابن رستم
عن ابي يوسف الضمان على السايق او القايد خاصة فان صدمت فقتلت
انسانا فان كان السايق او القايد يسوق في ملك نفسه فلا ضمان
على احد لان فعل الناخس او الضارب بامر السايق او القايد مضاف
اليه والصدمة في الملك غير مضمونة على السايق والقايد والراكب
وان كان يسوق او يقود في طريق المسلمين او في ملك الغير فهو على
الاختلاف وان وطيت انسانا فقتلته فهو على الاختلاف سوا كان
سوقه او قوده فيما اذن له بالسوق او القود فيه او لم يكن لان الوطية
مضمونة على كل حال والله اعلم وان وطيت يجب القيمة بلا اختلاف لكن
في قياس ظاهر الرواية على الناخس او الضارب وعلى السايق والقايد نصفان
وعلى قياس رواية بن سماعة عن ابي يوسف على السايق والقايد خاصة
والله اعلم ۞ ومن هذا القبيل جناية الحايط المايل اذا سقط على
انسان فقتله او على متاع فافسده او على دار فهدمها او على حيوان فعطب

به وجملة الكلام فيه ان الحايط لا يخلوا اما ان يكون مال الى الطريق واما ان
يكون الى ملك انسان فان كان في الطريق فالطريق لا يخلوا اما ان يكون نافذا
وهو طريق العامة او غير نافذ وهو السكة التي ليست بنافذة فان كان
نافذ فسقط فعطب به شي مما ذكرنا يجب الضمان على صاحب الحايط اذا وجد
شرايط وجوبه فيقع الكلام في سبب وجوب الضمان ۞ وفي بيان
شرايط الوجوب ۞ وفي بيان ماهية الضمان الواجب وكيفيته
اما الاول فسبب وجوب الضمان هو التعدي بالتسبيب الى الاتلاف
بترك النقض المستحق مع القدرة على النقض لانه اذا مال الى طريق
العامة فقد حصل في يد صاحب الحايط من غير فعله وهو الطريق حق العامة
كنفس الطريق فقد حصل حق الغير في يده بغير صنعه فاذا طولب بالنقض
فقد لزمه ازالة يده عنه بهدم الحايط فاذا لم يفعل مع الامكان فقد
صار متعديا باستبقا يده عليه كثوب هبت به الريح فالقته في دار انسان
فطولب به فامتنع من الرد مع امكان الرد حتى هلك يضمن لما قلنا
كذا هذا وقد روي عن جماعة من التابعين مثل الشعبي وشريح وابراهيم
وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا اذا تقدم نقدم اليه في الحايط فلم
يهدمه وجب عليه الضمان ۞ واما شرايط الوجوب ۞ فمنها المطالبة
بالنقض حتى لو سقط قبل المطالبة فعطب به شي لا ضمان على صاحب الحايط
لان الضمان يجب بترك النقض المستحق لان به يصير متعديا في التسبيب
الى الاتلاف ولا يثبت الاستحقاق بدون المطالبة وصورة المطالبة
هي ان يتقدم اليه واحد من عرض الناس فيقول له ان حايطك هذا مايل
او مخوف فارفعه فاذا قال ذلك لزمه رفعه لان هذا حق العامة فاذا
قام به البعض صار خصما عن الباقين سوا كان الذي تقدم اليه مسلما
او ذميا حرا او عبدا بعد ان كان اذن له مولاه بالخصومة فيه بالغا او
صبيا بعد ان كان عاقلا وقد اذن له وليه بالخصومة فيه لان الطريق
حق جميع اهل الدار فكان لكل واحد من اهل الدار حق المطالبة بازالة
سبب الضرر عنه الا انه لا بد من عقل الطالب وكونه ماذونا بالتصرف
لان كلام المجنون والمحجور عليه غير معتبر في الشرع فكان ملحقا بالعدم
وينبغي ان يشهد على الطلب وتفسير الاشهاد ما ذكره محمد رحمه الله
وهو ان يقول الرجل اشهدوا اني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حايطه
هذا والاشهاد للتحرز عن الجحود والانكار لجواز ان ينكر صاحب الحايط
المطالبة بالنقض فتقع الحاجة الى الشهادة لاثبات الطلب عند
القاضي لا لصحة الطلب فان الطلب يصح بدون الاشهاد حتى لو اعترف
صاحب الدار بالطلب يجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه وكذا
اذا انكر يجب عليه الضمان فيما بينه وبين الله تعالى ونظيره ما قلنا
ان الشفعة فيها الطلب لا الاشهاد وانما الاشهاد للحاجة الى اثبات
الطلب على تقدير الانكار حتى لو اقر المشتري بالطلب ثبت حق الشفعة
وان لم يشهد على الطلب وكذا لو جحد الطلب يثبت الحق فيما بينه وبين الله

تعالى وكذا الاشهاد في باب اللقطة على اصل ابي حنيفة رحمه الله من هذا
القبيل وقد ذكرنا ذلك في كتاب اللقطة ولو طولب صاحب الحايط بالنقض
حتى سقط الى الطريق فعثر بنقضه انسان فعطب به فان كان قد طولب
برفع النقض يضمن لانه اذا طولب بالرفع لزمه الرفع فاذا لم يرفع صار
متعديا فيضمن ما تولد منه وان كان لم يطالب برفعه لا ضمان عليه عند
ابي يوسف وعند محمد يضمن وجه قول محمد انه لما طولب بالنقض فلم
ينقض حتى سقط صار متعديا بترك النقض فحصل التلف بسبب هو متعد
فيه فيضمن ولهذا ضمن اذا وقع على انسان كذا اذا عطب بنقضه انسان
وجه قول ابي يوسف ان الحايط قد زال عن الموضع الذي طولب فيه
لانتقاله عن محل الجناية وهو الهوا الى محل اخر بغير صنع صاحبه فلا
بد من مطالبة اخرى كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجته الريح الى موضع
اخر فعطب به انسان انه لا ضمان على الواضع كذا هنا بخلاف ما اذا سقط
على انسان لانه لما زال عن محل المطالبة وهو الهوا الذي هو محل الجناية
فلا يحتاج الى مطالبة اخرى وان كان الطريق غير نافذ فالخصومة الى
واحد من اهل تلك السكة لان الطريق حقهم فكان لكل واحد منهم ولاية
التقدم الى صاحب الحايط وان كان ميلان الحايط الى ملك رجل فالمطالبة
بالنقض والاشهاد الى صاحب الملك لان هوا ملكه حقه وقد شغل
الحايط حق صاحب الملك فكانت المطالبة بالتفريغ اليه فان كان في الدار
ساكن كالمستعير والمستاجر فالمطالبة والاشهاد الى السكان فيشترط
طلب الساكن او المالك لان الساكن له حق المطالبة بازالة ما شغل الدار
فكان له ولاية المطالبة بازالة ما يشغل ايضا ولو طولب صاحب الحايط
بالنقض فاستاجل الذي طالبه او استاجل القاضي فاجله فان كان ميلان
الحايط الى الطريق فالتاجيل باطل وان كان ميلانه الى دار رجل فاجله
صاحب الدار او ابراه منه او فعل ذلك ساكن الدار فذلك جايز ولا
ضمان عليه فيما تلف بالحايط ووجه الفرق بينهما ان الحق في الطريق لجماعة
المسلمين فاذا طالب واحد منهم بالنقض فقد تعلق الضمان بالحايط
لحق الجماعة فكان التاجيل والابرا اسقاطا لحق الجماعة فلا يملك ذلك
بخلاف ما اذا كان الميلان الى دار انسان لان هناك الحق لصاحب
الدار خاصة وكذلك الساكن فكان التاجيل والابرا منه اسقاطا
لحق نفسه فيملكه وكذلك لو وضع رجل في دار غيره حجرا او حفر
فيها بيرا او بنى فيها بنا فابراه صاحب الدار منه كان بريا ولا يلزمه
ما عطب بشي من ذلك سوا عطب به صاحب الدار او داخل دخل
لان الحق له فيملك اسقاطه كانه فعل ذلك باذنه ۞ ومنها
ان يكون المطالب ممن يلي النقض لان المطالبة بالنقض ممن لا يلي
النقض سفه فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة فلا تصح مطالبة
المستودع والمستعير والمستاجر والمرتهن لانهم ليس لهم ولاية
النقض وتصح ولاية الراهن لان له ولاية النقض لقيام الملك فينقض

ويقضي

ويقضي الدين فيصير متعديا بترك النقض وتصح مطالبة الاب والوصي
في هدم حايط الصغير لثبوت ولاية النقض لهما فان لم ينقضا حتى سقط
يجب الضمان على الصبي لان التلف بترك النقض المستحق على الولي والوصي
مضاف الى الصبي لقيامهما مقام الصبي والصبي مواخذ بافعاله فيضمن
وتتحمل عنه عاقلته فيما تتحمل العاقلة ويكون في ماله فيما لا تتحمله العاقلة كالبالغ
سوا وعلى هذا يخرج ما اذا كان الحايط المايل لجماعة فطولب بعضهم بالنقض
فلم ينقض حتى سقط فعطب به شي ان القياس ان لا يضمن احد منهم شيا
وفي الاستحسان يضمن الذي طولب وجه القياس انه لم يوجد من احد
منهم ترك النقض المستحق اما الذي لم يطالبوا بالنقض فظاهر واما الذي
طولب به فلان احد الشركا لا يلي النقض بدون الباقين وجه الاستحسان
ان المطالب بالنقض ترك النقض مع القدرة عليه لانه يمكنه ان
يخاصم الشركا ويطالبهم بالنقض ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا يمكنه
ان يرفع الامر الى القاضي حتى يامره القاضي بالنقض لان فيه حقا لجماعة
المسلمين والامام يتولى ذلك منهم فيامر الحاضر بنقض نصيبه ونصيب
الغايبين فاذا لم يفعل فقد صار متعديا بترك النقض المستحق فيضمن ما
تولد منه لكن بقدر حصته من الحايط في قول ابي حنيفة رحمه الله وفي
قول ابي يوسف ومحمد عليه ضمان النصف وجه قولهما ان انصبا الشركا
الاخرين لم يجب بها ضمان فكانت كنصيب واحد كمن جرحه رجل وعقره سبع
ونهشته حية فمات من ذلك كله ان على الجارح النصف لان عقر السبع
ونهش الحية لم يجب بهما ضمان فكانت كالشي الواحد كذا هذا ولابي حنيفة
رحمه الله ان التلف حصل بثقل الحايط وليس في ذلك معنى يختلف في
نفسه فيضمن بمقدار نصيبه والله اعلم ۞ ومنها قيام ولاية النقض
وقت السقوط ولا يكتفى بثبوتها وقت المطالبة انما يصير متعديا
بترك النقض فلم ينقض حتى باع الدار التي فيها الحايط من انسان
وقبضه المشتري او لم يقبضه ثم سقط على شي فعطب انه لا ضمان
على البايع لانعدام ولاية النقض وقت السقوط بخروج الحايط عن
ملكه ولا على المشتري ايضا لانعدام المطالبة في حقه فرق بين هذا وبين
ما اذا شرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار مع الجناح ثم وقع على انسان
انه يضمن البايع ووجه الفرق ان وجوب الضمان هناك على البايع قبل
البيع لكونه متعديا باشراع الجناح والاشراع على حاله لم يتغير فلا
يتغير ما يتعلق به من الضمان ووجوب الضمان لكونه متعديا بترك
النقض المستحق وذلك عند سقوط الحايط وقد بطل الاستحقاق
بالبيع فلم يوجد التعدي عند السقوط بترك النقض فلا يجب الضمان
وعلى هذا يخرج ما اذا طولب الاب بنقض حايط الصغير فلم ينقض
حتى مات الاب او بلغ الصبي ثم سقط الحايط انه لا ضمان فيه لان قيام
الولاية وقت السقوط شرط وقد بطلت بالموت والبلوغ ۞ ومنها
امكان النقض بعد المطالبة بالنقض في مدة يمكن نقضه فيها لان الضمان

يجب بترك النقض الواجب ولا وجوب بدون الامكان حتي لو طولب بالنقض
فلم يفرط في نقضه ولكنه ذهب يطلب من ينقضه فسقط الحايط فتلف به
شي لا ضمان عليه لانه اذا لم يتمكن من النقض لم يكن بترك النقض متعديا
فبقي حق الغير حاصلا في يده بغير صنعه فلا يكون مضمونا عليه ۞ واما بيان
ماهية الضمان الواجب بهذه الجناية وكيفيته بهذه الجناية ما هو الواجب
بجنسها من جناية الحافر ومن في معناه وجناية السايق والقايد والناخس
وهو ما ذكرنا ان الجناية ان كانت علي بني ادم وكانت نفسا فالواجب بها
الدية وان كانت ما دون النفس فالواجب بها الارش واذا بلغ الواجب
بها نصف عشر دية الذكر وهو عشر دية الانثي فما فوقه تتحمله العاقلة
ولا تتحمل ما دون ذلك ولا ما يجب بالجناية علي غير بني ادم يكون في ماله
لما بينا فيما تقدم الا ان ظهور الملك لصاحب الحايط في الدار عند
الانكار لحجة مطلقة وهي البينة شرط تحمل العاقلة حتي لو انكرت العاقلة
كون الدار ملكا لصاحب الدار لا عقل عليهم حتي يقيم صاحب الدار البينة
علي الملك كذا ذكر محمد رحمه الله فقال لا تضمن العاقلة حتي يشهد
الشهود علي ثلثة اشيا علي التقدم اليه علي انه مات من سقوط الحايط
وعلي ان الدار له يريد به عند الانكار اما الشهادة علي الملك فلان الملك
وان كان ثابتا له بظاهر اليد اليه لكن الظاهر لا يستحق به حق علي غيره
اذ هو حجة للدفع لا حجة الاستحقاق كحيوة المفقود وغير ذلك فلا بد
من الاثبات بالبينة وعند زفر تتحمل العاقلة بظاهر اليد وهو علي الاختلاف
الذي ذكرنا في الشفعة واما الشهادة علي المطالبة فلان المطالبة شرط
وجوب الضمان لما ذكرنا فيما تقدم فلا بد من اثباتها بالبينة عند الانكار
واما الشهادة علي الموت من سقوط الحايط فلان به يظهر سبب وجوب
الضمان وهو التعدي لانه ما لم يعلم انه مات من السقوط لا يعلم كون
صاحب الحايط متعديا عليه والله اعلم **فصل** وهذا الذي ذكرنا
حكم قتيل نفس علم قاتلها واما حكم نفس لم يعلم قاتلها فوجوب القسامة
والدية عند عامة العلما وعند مالك وجوب القسامة والقصاص
والكلام في القسامة يقع في مواضع ۞ في تفسير القسامة وبيان
محلها ۞ وفي بيان شرايط وجوب القسامة والدية ۞ وفي بيان
سبب وجوب القسامة والدية ۞ وفي بيان من يدخل في القسامة
والدية ۞ وفي بيان ما يكون ابرا عن القسامة والدية ۞ اما
تفسير القسامة وبيان محلها فالقسامة في اللغة تستعمل بمعني
الوسامة وهي الحسن والجمال يقال فلان قسيم اي حسن جميل
وفي صفات النبي صلي الله عليه وسلم قسيم ويستعمل بمعني القسم وهو
اليمين الا انه في عرف الشرع يستعمل في اليمين بالله تعالي بسبب
مخصوص وعدد مخصوص وعلي شخص مخصوص وهو ان يقول خمسون
من اهل المحلة اذا وجد فيها قتيل بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا واذا
يغرمون الدية وهذا عند اصحابنا وقال مالك ان كان هناك لوث

يستحلف

يستحلف الاوليا خمسين يمينا فاذا حلفوا يقتص من المدعي عليه وتفسير
اللوث عنده ان يكون علامة القتل في واحد بعينه او يكون هناك عداوة
ظاهرة وقال الشافعي ان كان هناك لوث اي عداوة ظاهرة وكان بين دخوله
المحلة وبين وجوده قتيلا مدة يسيرة يقال للولي عين القاتل فان عين القاتل
يقال للولي احلف خمسين يمينا فان حلف فله قولان في قول يقتل القاتل
الذي عينه كما قال مالك وفي قول يغرمه الدية فان عدم احد هذين
الشرطين اللذين ذكرنا هما يحلف اهل المحلة واذا حلفوا لا شي عليهم كما في
ساير الدعاوي احتجا لوجوب القسامة علي المدعي بحديث سهل بن
خيثمة انه قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قليب خيبر فجا
اخوه عبد الرحمن بن سهل وعماه حويصه ومحيصه الي رسول الله صلي
الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن فتكلم عند النبي صلي الله عليه وسلم
فقال النبي صلي الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه اما حويصه
واما محيصه الكبير منهما فقال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله قتيلا
في قليب من قليب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم فقال عليه السلام
يحلف لكم اليهود خمسين يمينا انهم لم يقتلوه فقالوا كيف نرضي بايمانهم
وهم مشركون فقالوا فكيف نقسم علي ما لم نره فوداه رسول الله صلي الله عليه
وسلم من عنده ووجه الاستدلال بالحديث ان رسول الله صلي الله
عليه وسلم عرض اليمين علي اوليا القتيل فدل ان اليمين علي المدعي
ولنا ما روي عن زياد بن ابي مريم انه قال جا رجل الي النبي صلي الله عليه
وسلم فقال يا رسول الله اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال عليه
السلام اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا فقال
يا رسول الله ليس لي من اخي الا هذا فقال بل لك ماية من الابل فدل الحديث
علي وجوب القسامة علي المدعي عليهم وهم من اهل المحلة لا علي المدعي وعلي
وجوب الدية عليهم مع القسامة وروي عن عبد الله بن عباس رضي
الله عنهما انه قال وجد قتيلا بخيبر فقال عليه السلام اخرجوا من
هذا الدم فقالت اليهود وقد كان وجد في بني اسرايل علي عهد موسي عليه
السلام فقضي في ذلك فان كنت نبيا فاقض فقال النبي صلي الله عليه
وسلم يحلفون خمسين يمينا ثم يغرمون الدية فقالوا قضيت
بالناموس اي بالوحي وهذا نص في الباب وبه يبطل قول مالك
بايجاب القصاص به لان رسول الله صلي الله عليه وسلم غرمهم الدية
لا القصاص ولو كان الواجب هو القصاص لتغرمهم القصاص لا الدية وروي
ان عمر رضي الله عنه حكم في قتيل وجد بين قريتين فطرحه علي اقربهما
والزم اهل القرية القسامة والدية وكذا روي عن علي رضي الله عنه
ولم ينقل الانكار عليهما من احد من الصحابة رضي الله عنهم فيكون
اجماعا واما حديث سهل ففيه ما يدل علي عدم الثبوت ولهذا ظهر
النكير فيه من السلف فان فيه ان رسول الله صلي الله عليه وسلم
دعاهم الي ايمان اليهود فقالوا كيف نرضي بايمانهم وهم مشركون وهذا

ايضا يجري مجري الرد لقوله ثم انهم انكروا ذلك لعدم علمهم بالمحلوف عليه
ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان يعلم انه لا علم لهم بذلك فكيف استجاز عرض اليمين
عليهم ولين ثبت فهو ماول وتاويله انهم قالوا لا نرضي بايمان اليهود بان قال
لهم يحلف منكم خمسون علي الاستفهام اي ايحلف اذ الاستفهام قد يكون بحذف
حرف الاستفهام كما قال تعالى تريدون عرض الدنيا اي اتريدون منكم كما روي
روي في بعض الفاظ حديث سهل اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم علي سبيل
الرد والانكار عليهم كما قال الله تعالى افحكم الجاهلية يبغون حملناه علي هذا
توفيقا بين الدلايل والحديث المشهور دليل ما قلنا وهو قوله عليه السلام البينة
على المدعي واليمين على المدعا عليه جعل جنس اليمين علي المدعا عليه فينبغي ان
يكون شي من الايمان علي المدعي فان قيل فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه
البينة علي المدعي واليمين علي المدعا عليه الا في القسامة استثني القسامة
فينبغي ان لا تكون اليمين علي المدعا عليه في القسامة لان حكم المستثني يخالف
حكم المستثني منه فالجواب ان الاستفهام لو ثبت فله تاويلان احدهما
اليمين علي المدعا عليه الا في القسامة فانه يحلف من يدعي عليه القتل بعينه
الثاني اليمين كل الواجب علي المدعا عليه الا في القسامة فانه يجب معها الدية
والله اعلم ۞ وانما جمعنا في القسامة بين اليمين والبتات والعلم الي اخره لان
احدي اليمينين كانت علي فعلهم فكانت علي البتات والاخري علي فعل غيرهم فكانت
علي العلم فان قيل اية فايدة في الاستحلاف علي العلم فانه لو علموا القاتل فاخبروا
به لكان لا يقبلوا قولهم لانهم يسقطون به الضمان عن انفسهم فكانوا متهمين
دافعين الغرم عن انفسهم وقد كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا شهادة
للمتهم وقال عليه السلام لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم قيل انما
استحلفوا علي العلم اتباعا للسنة لان السنة هكذا وردت لما روينا من الاخبار
فاتبعنا السنة من غير ان نعقل فيه المعني ثم فيه فايدة من وجهين احدهما ان
من الجايز ان يكون القاتل عبد الواحد منهم فيقر عليه بالقتل فيقبل اقراره لان
اقرار المولي علي عبده بالقتل الخطا صحيح فيقال له ادفعه او افده ويسقط الحكم عن
غيره فكان التحليف علي العلم مفيدا وجايز ان يقر علي عبد غيره فيصدقه مولاه
فيومر بالدفع او الفدا ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا فجاز ان يكون التحليف
علي العلم لهذا المعني في الاصل ثم بقي هذا الحكم وان لم يكن لواحد من الحالفين
عبد كالرمل في الطواف ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يرمل في الطواف
اظهارا للجلادة والقوة مراآة للكفر ويقول رحم الله امرأ اظهر الجلادة من
نفسه ثم زال ذلك اليوم وبقي الرمل سنة في الطواف حتي روي ان عمر رضي
الله عنه كان يرمل في الطواف ويقول ما اهز كتفي ولم احد رايه لكني
رايت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك كذا هذا والثاني انه لا يمتنع
ان يكون واحد منهم امر صبيا او مجنونا او عبدا محجورا عليه بالقتل ولو
اقر به يلزمه في ماله يحلف بالله ما علمت له قاتلا وهو الصبي الذي امره
بقتله لكان حاصل الضمان عليه ويسقط الحكم عن غيره فكان مفيدا والله اعلم

فصل واما شرايط وجوب القسامة والدية فانواع ۞ منها ان يكون

الموجود

اليوم

الموجود قتيلا وهو ان يكون به اثر القتل من جراحة او اثر ضرب او خنق فان لم
يكن شي من ذلك فلا قسامة فيه ولا دية لانه اذا لم يكن به اثر القتل فالظاهر
مات حتف انفه فلا يجب فيه شي او احتمل انه مات حتف انفه واحتمل انه قتل
احتمالا علي السوا فلا يجب شي بالشك والاحتمال ولهذا لو وجد في المعركة ولم يكن
به اثر القتل لم يكن شهيدا حتي يغسل وعلي هذا قالوا اذا وجد الدم يخرج من فمه
او من انفه او دبره او ذكره لا شي فيه لان الدم يخرج من هذه المواضع عادة بدون
الضرب بسبب القي والرعاف وعارض اخر فلا يعرف كونه قتيلا وان كان يخرج
من عينه او اذنه ففيه القسامة والدية لان الدم لا يخرج من هذه المواضع
عادة فكان الخروج الي ضرب حادث فكان قتيلا ولهذا لو وجد هكذا في المعركة
كان شهيدا ولو مر في محلة فاصابه سيف او حجر فجرحه ولا يدري من اي موضع اصابه
فحمل الي اهله فمات فان كان لم يزل صاحب فراش حتي مات فعلي عاقلة القبيلة القسامة
والدية وان لم يكن صاحب فراش فلا قسامة فيه ولا دية وهذا قول ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة ولا ضمان في الوجهين وهو قول ابن ابي ليلي
وجه قول ابي يوسف ان المجروح اذا لم يمت في المحلة كان الحاصل في المحلة ما
دون النفس ولا قسامة فيما دون النفس كما لو وجد مقطوع اليد في المحلة
ولهذا لم يكن صاحب فراش لا شي فيه كذا هذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله
انه اذا لم يبرا عن الجراحة وكان لم يزل صاحب فراش حتي مات علم انه مات
في المحلة بخلاف ما اذا لم يكن صاحب فراش لانه اذا لم يعلم ان الموت حصل من
الجراحة فلم يوجد قتيلا في المحلة فلا يثبت حكمه وعلي هذا يخرج ما اذا وجد من القتيل
اكثر بدنه ان فيه القسامة والدية لانه يسمي قتيلا لان للاكثر حكم الكل ولو وجد عضو من
اعضايه كاليد او الرجل او وجد اقل من نصف البدن فلا قسامة فيه ولا دية لان
من النصف لا يسمي قتيلا ولانا لو اوجبنا في هذا القدر القسامة لاوجبنا في الباقي
قسامة اخري فيودي الي اجتماع قسامتين في نفس واحدة وهذا لا يجوز وان
وجد النصف فان كان النصف الذي فيه الراس ففيه القسامة والدية وان كان
النصف الاخر فلا قسامة فيه ولا دية لان الراس اذا كان معه يسمي قتيلا واذا
لم يكن لا يسمي قتيلا لان الراس اصل ولانا لو اوجبنا في النصف الذي لا راس معه
للزمنا الايجاب في النصف الذي معه الراس فيودي الي ما قلنا وان وجد الراس وحده
فلا قسامة ولا دية لان الراس وحده لا يسمي قتيلا وان وجد مشقوقا فلا شي فيه لان
النصف المشقوق لا يسمي قتيلا ولان في اعتباره ايجاب القسامتين علي ما بينا ونظير
هذا ما قالوا في صلاة الجنازة اذا وجد اكثر البدن او اقله او نصفه علي التفصيل
الذي ذكرنا والله اعلم ۞ ومنها ان لا يعلم قاتله فان علم فلا قسامة فيه ولكن يجب القصاص
ان كان قتلا يوجب القصاص ويجب الدية ان كان قتلا يجب الدية وقد ذكرنا جميع
فيما تقدم ۞ ومنها ان يكون القتيل من بني ادم فلا قسامة في بهيمة وجدت في
محلة قوم ولا غرم فيها لان لزوم القسامة في نفسها امر ثبت بخلاف القياس لان تكرار
اليمين غير مشروع واعتبار عدد الخمسين غير معقول ولهذا لم يعتبر في ساير الدعاوي
وكذا في وجوب الدية معها لان اليمين في الشرع جعلت دافعة للاستحقاق بنفسها
كما في ساير الدعاوي الا انا عرفنا ذلك بالنصوص في بني ادم خاصة فبقي الامر

فيما وراهم على الاصل ولهذا لم يجب القسامة والغرامة في ساير الاموال كذا في البهايم
وتجب في العبد القسامة والقيمة اذا وجد قتيلا في غير ملك صاحبه لانه ادمي
من كل وجه ولهذا تجب فيه القصاص في العمد والكفارة والخطا وتغرم العاقلة
قيمته في الخطا على ما مر وهذا على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فاما على اصل
ابي يوسف فلا قسامة فيه ولا دية لان العبد عنده مضمون بالخطا من
حيث انه مال لا من حيث انه ادمي ولهذا قال تجب قيمته في القتل الخطا بالغة
ما بلغت فلا تتحمله العاقلة فكان بمنزلة البهيمة وكذا الجواب في المدبر وام
الولد والمكاتب والماذون لما قلنا وسوا كان القتيل مسلما او ذميا عاقلا
او مجنونا بالغا او صبيا ذكرا او انثى لان النبي صلى الله عليه وسلم اطلق
القضية بالقسامة والدية في مطلق قتيل اخبر به في بعض الاحاديث
ولم يستفسر ولو كان الحكم يختلف لاستفسر ولان دم هولا مضمون بالقصاص
والدية في العمد والخطا فيكون مضمونا بالقسامة والدية وسوا وجد
المسلم قتيلا في محلة المسلمين او في محلة اهل الذمة لان عبد الله بن سهل
الانصاري رضي الله عنه في قليب من قليب خيبر واوجب رسول الله صلى الله
عليه وسلم القسامة على اليهود وكذا الذمي لان لهم ما للمسلمين وعليهم ما
عليهم الا ما خص بدليل ومنها الدعوي من اوليا القتيل لان القسامة
يمين واليمين لا تجب الدعوي كما في ساير الدعاوي ومنها انكار المدعى
عليه لان اليمين وظيفة المنكر قال النبي صلى الله عليه وسلم واليمين
على من انكر جعل جنس اليمين على المنكر فتنفي وجوبها على غير المنكر ومنها
المطالبة بالقسامة لان اليمين حق المدعي وحق الانسان يوفي
عند طلبه كما في ساير الايمان ولهذا كان الاختيار في حال القسامة
الى اوليا القتيل لان الايمان حقهم فلهم ان يختاروا من يتهمونه
او يستحلفون صالحي العشيرة الذين يعلمون انهم لا يحلفون كذبا
ولو طولب من عليه القسامة بها فنكل عن اليمين حبس حتى يحلف او يقر
لان اليمين في باب القسامة حق مقصود بنفسه لا انه وسيلة الى المقصود
وهو الدية بدليل انه يجمع بينه وبين الدية ولهذا قال الحارث بن الازمع
لعمر رضي الله عنه اتبذل ايماننا واموالنا فقال نعم وروي
ان الحارث قال اما تجزي هذه عن هذه فقال لا وروي انه قال فبم يبطل
دم صاحبكم واذا كانت مقصودة بنفسها فمن امتنع عن اداء حق مقصود
بنفسه وهو قادر على الادا يجبر عليه بالحبس كمن امتنع عن قضا دين
عليه مع القدرة بخلاف اليمين في ساير الحقوق فانها ليست مقصودة
بنفسها بل هي وسيلة الى المقصود وهو المال المدعى الا ترى انه لا يجمع بينهما
بل اذا حلف المدعا عليه برئ او لا ترى انه اذا لم يحلف المدعا عليه
ولم يقر وبذل المال لا يلزمه شي وها هنا لو لم يحلفوا ولم يقروا
وبذلوا الدية لا تسقط القسامة عنهم فدل انها مقصودة بنفسها
فيجبرون عليها بالحبس وروي عن ابي يوسف انهم لا يحبسون والدية
على العاقلة ذكره القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وذكر فيه ايضا

في القضاء

ان

ان الامام اذا ايس عن الحلف وسال الاوليا ان يغرمهم الدية قضى عليهم بالدية
ومنها ان يكون الموضع الذي وجد فيه القتيل ملكا لاحد او في يد احد فان
لم يكن ملكا لاحد ولا في يد احد اصلا فلا قسامة فيه ولا دية وان كان
في يد احد يد العموم لا يد الخصوص وهو ان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين
لا لواحد منهم ولا لجماعة يحصون لا تجب القسامة وتجب الدية وانما كان كذلك
لان القسامة والدية انما تجب بترك الحفظ اللازم على ما نذكر فاذا لم
يكن في ملك احد ولا في يد احد اصلا لم يلزم احدا حفظه فلا تجب القسامة
والدية واذا كان في يد العامة فحفظه على العامة لكن لا سبيل الى ايجاب
القسامة على الكل لتعذر الاستيفا من الكل وامكن ايجاب الدية على الكل
لامكان الاستيفا منهم بالاخذ من بيت المال لان بيت المال مالهم فكان
الاخذ من بيت المال استيفا منهم وعلى هذا يخرج ما اذا وجد القتيل في
فلاة من الارض ليس بملك لاحد انه لا قسامة فيه ولا دية اذا كان بحيث
لا يسمع الصوت من الامصار ولا من قرية من القرى فان كان بحيث يسمع
الصوت تجب القسامة على اقرب المواضع اليه فاذا كان اقرب الى القرى
فعلى اقرب القرى وان كان اقرب الى المصر فعلى اقرب محال المصر اليه
لانه اذا كان بحيث لا يسمع الصوت والغوث لا يلحق ذلك الموضع فلم
يكن الموضع في يد احد فلم يوجد القتيل في ملك احد ولا في يد احد اصلا
فلا تجب القسامة والدية واذا كان بحيث يسمع الصوت فالغوث
يلحق فكان من توابع اقرب المواضع اليه وقد ورد باعتبار القرب
حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضى به ايضا عمر رضي الله
عنه على ما نذكر ولو وجد في نهر عظيم كدجلة والفرات والسيحون
ونحوها فان كان النهر يجري به فلا قسامة ولا دية لان النهر العظيم
ليس ملكا لاحد ولا في يد احد وقال زفر يجب على اقرب القرى من
ذلك الموضع كما اذا وجد على الدابة وهي تسير وليست في يد احد وهذا
القياس ليس بسديد لان الموضع الذي تسير فيه الدابة تابع لاقرب
المواضع اليه فكان في يد اهله بخلاف النهر الكبير فانه لا يدخل تحت يد
احد لا بالاصالة ولا بالتبعية وان كان النهر لا يجري ولكنه كان محتبسا
في الشط او مربوطا على الشط او ملقى على الشط فكما ان كان الشط ملكا
فحكمه حكم الارض المملوكة او الدار المملوكة اذا وجد قتيل وسنذكره ان
شا الله تعالى وان لم يكن ملكا لاحد فعلى اقرب المواضع اليه من الامصار
والقرى من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لانهم يستقون منه
الما ويوردون دوابهم فكان لهم تصرف في الشط فكان الشط في ايديهم
وكذلك لو كان محتبسا في الجزيرة فعلى اقرب المواضع الى الجزيرة
من الامصار من حيث يسمع الصوت القسامة والدية لان الجزيرة
تكون في تصرفهم فكانت في ايديهم وان وجد في نهر صغير مما يقضى
فيه بالشفعة للشركا في الشرب فعليه القسامة والدية على اهل النهر لانه
مملوك لهم وسوا كان القتيل محتبسا او مربوطا على الشط او كان النهر

يجري به بخلاف النهر الكبير لانه اذا كان ملكا لاربابه كان الموضع الذي يجري به مملوكا لهم وليس كذلك النهر الكبير ولا قسامة في قتيل يوجد في مسجد الجامع ولا في شوارع العامة ولا في جسور العامة لانه لم يوجد الملك ولا يد الخصوص وتجب الدية على بيت المال لان تدبير هذه المواضع ومصلحتها الى العامة فكان حفظها عليهم فاذا قصروا ضمنوا وبيت المال مالهم وكذلك لا قسامة في قتيل يوجد في سوق العامة وهي السوق

سوق صح

التي ليست بمملوكة وهي سوق السلطان لانها اذا لم تكن مملوكة وليست لاحد يد الخصوص كانت كالشوارع العامة لان سوق السلطان لعامة المسلمين فلا تجب القسامة وتجب الدية لان حفظها والتدبير فيها الى جماعة المسلمين فيضمنون بالتقصير وبيت المال مال عامة المسلمين فيؤخذ وكذا اذا وجد في مسجد جماعة عندهم لا قسامة والدية على بيت المال لانه لا ملك لاحد فيه ولا يد الخصوص ويد العموم توجب الدية لا القسامة لما بينا فان كان السوق ملكا تجب القسامة والدية لكن على من تجب فيه اختلاف نذكره في موضعه ولا قسامة في قتيل يوجد في السجن لانعدام الملك ويد الخصوص لانه لا تصرف لاهل السجن في السجن لكونهم مقهورين فيه وتجب الدية على بيت المال لان يد العموم ثابتة عليه لان منفعة السجن لعامة المسلمين لانه بني لاستيفا حقوقهم ودفع الضرر عنهم ويد العموم توجب الدية لا القسامة وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف تجب القسامة والدية على اهل السجن لان ضرب تصرف في السجن فكان لهم يدا على السجن فعليهم حفظه ◉ ومنها ان لا يكون القتيل ملكا لصاحب الملك الذي وجد فيه فلا قسامة ولا دية في قن او مدبرا وام ولد او مكاتب او ماذون وجد قتيلا في دار مولاه لانه ملكه ووجوده في داره قتيلا كمباشرة القتل منه وقتل المملوك لا يتعلق به ضمان الا ان في المكاتب تجب على المولى قيمته لانه فيما يرجع الى كسبه وارش جنايته حر فكان كسبه وراسه له والمولى فيه كالاجنبي ولا تعقله العاقلة وفي الماذون عليه قيمته لغرمائه ان كان عليه دين لتعلق حق الغرما بماليته وقد استهلك حقهم بالقتل باستهلاك محل الحق فتجب عليه قيمته لغرمائه وتكون حالة في ماله لان هذا ليس ضمان للنفس لان نفسه ملك المولى بل هذا ضمان المال لتعلق حق الغرما بماليته فكان هذا ضمان الاستهلاك فتكون في ماله حالة لا موجلة كما لو استهلكه بالاعتاق وان لم يكن عليه دين لا شي فيه وكذلك ان قتله عمدا وكذلك لو كان العبد جنا جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته وكذلك ان قتله وهو لا يعلم بجنايته لما قلنا ولو وجد العبد الرهن قتيلا في دار الراهن او المرتهن فان وجد قتيلا في دار الراهن فلا قسامة والقيمة على رب الدار لا العاقلة لانه ملكه وقتل الانسان ملك نفسه لا يوجب الضمان عليه وانما وجب الضمان بعقد الرهن والعقد ثبت في عقد الراهن والمرتهن لا في حق العاقلة فلا يلزم حكمه العاقلة وان وجد في دار المرتهن فالقسامة

والقيمة

والقيمة لان هذا الضمان لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية لان وجوده في داره قتيلا كمباشرة القتل منه كعبد ليس برهن وجد في داره قتيلا وثمة القسامة والقيمة عليه ههنا ◉ واما بيان سبب وجوب القسامة والدية فنقول سبب وجوبهما هو التقصير في النصرة وحفظ الموضع الذي وجد فيه القتيل ممن وجب عليه النصرة والحفظ لانه وجب عليه الحفظ فلم يحفظ مع القدرة على الحفظ صار مقصرا بترك الواجب فيواخذ بالتقصير زجرا عن ذلك وحملا على تحصيل الواجب وكل من كان اخص بالنصرة والحفظ كان اولى بتحمل القسامة والدية لانه اولى بالحفظ فكان التقصير منه ابلغ ولانه اذا اختص بالموضع ملكا او يدا بالتصرف كانت منفعته له فكانت النصرة عليه اذ الخراج بالضمان على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال الله تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت ولان القتيل اذا وجد في موضع اختص به واحدا وجماعة اما بالملك او باليد وهو التصرف فيه فيتهمون انهم قتلوه فالشرع الزمهم القسامة دفعا للتهمة والدية لوجود القتيل بين اظهرهم والى هذا المعنى اشار عمر رضي الله عنه حين ما قيل له ابتذل اموالنا وايماننا فقال اما ايمانكم فلحقن دمائكم واما ديتكم فلوجود القتيل بين اظهركم واذا عرف هذا فنقول اذا وجد قتيل في المحلة فالقسامة والدية على اهل المحلة للاحاديث واجماع الصحابة على ما ذكرنا ولان حفظ المحلة عليهم وبيع ولاية التصرف في المحلة عايد اليهم وهم المتهمون في قتله فكانت القسامة والدية عليهم وكذا اذا وجد في مسجد المحلة او في طريق المحلة لما قلنا فيحلف منهم خمسون فان لم يكمل العدد خمسين رجلا يكرر عليهم الايمان حتى يكمل خمسين يمينا لما روي ان عمر رضي الله عنه انه حلف رجال القسامة فكانوا تسعة واربعين رجلا فاخذ منهم واحدا وكرر عليهم حتى كملت خمسين وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه خالفه احد فيكون اجماعا ولان هذه الايمان حق ولي القتيل فله ان يستوفيها ممن يمكن استيفاؤها منه فان امكن الاستيفا من عدد الرجال الخمسين استوفى وان لم يمكن يستوفي عدد الايمان التي هي حقه وان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر اليمين على بعضهم ليس له ذلك كذا ذكر محمد رحمه الله لان موضوع هذه الايمان على عدد الخمسين في الاصل لا على واحد وانما التكرار على واحد لضرورة انتقاص العدد ولا ضرورة عند الكمال وان كان في المحلة قبايل شتى فان كان فيها اهل الخطة والمشترون فالقسامة والدية على اهل الخطة ما بقي منهم واحد في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليهم وعلى المشترين جميعا وجه قول ابي يوسف ان الوجوب على اهل الخطة باعتبار الملك والملك ثابت للمشترين ولهذا لم يبق من اهل الخطة احد كانت القسامة على المشترين وجه قولهما ان اهل الخطة اصول في الملك لان الملك ثبت وانما انتقل عنهم الى المشترين فكانوا بنصرة المحلة وحفظها من المشترين فكانوا اولى بايجاب القسامة والدية عليهم وكان المشتري بينهم كالاجنبي فما دام واحد منهم لا ينتقل الى

بقي

المشتري وقيل ان اباحنيفة بني الجواب علي ما شاهد بالكوفة وكان تدبير
امر المحلة فيها الي اهل الخطة وابو يوسف راي التدبير الي الاشراف من
اهل المحلة كانوا من اهل الخطة اولا فبني الجواب علي ذلك فعلي هذا لم يكن
بينهما خلاف في الحقيقة لان كل واحد منهما عول علي معني الحفظ والنصرة
فان فقد اهل الخطة وكان في المحلة ملاك وسكان فالدية علي الملاك لا علي
السكان رحمه الله وعند ابي يوسف عليهم جميعا لابي يوسف ان رسول الله
صلي الله عليه وسلم اوجب القسامة علي اهل خيبر وكانوا سكانا لان للساكن
اختصاصا بها كما ان للمالك اختصاصا بها ملكا ويد الخصوص لوجوب
القسامة وجه قولهما ان المالك اخص بحفظ المالك ونصرته من السكان
لان اختصاصهم اختصاص ملك وانه اقوي من اختصاص اليد الا تري
ان السكان يسكنون زمانا ثم ينتقلون واما ايجاب القسامة علي يهود
خيبر فممنوع انهم كانوا سكانا بل كانوا ملاكا فانه روي ان رسول الله صلي الله
عليه وسلم اقرهم علي املاكهم ووضع الجزية علي روسهم وما كان يوخذ منهم
كان يوخذ علي وجه الجزية لا علي سبيل الاجرة ولو وجد قتيل في سفينة فان
لم يكن معهم ركاب فالقسامة والدية علي ارباب السفينة وعلي من
يمدها ممن يملكها اولا يملكها وان كان معهم ركاب فعليهم جميعا وهذا في
الظاهر يريد قول ابي يوسف في ايجابه القسامة والدية علي الملاك
والسكان جميعا وابو حنيفة ومحمد يفرقان بين السفينة والمحلة لان
السفينة تنقل وتحول من مكان الي مكان فيعتبر فيها اليد دون الملك
كالدابة اذا وجد عليها قتيل بخلاف الدار انها لا تحتمل النقل والتحويل
فيعتبر فيها الملك ما امكن لا اليد وكذلك العجلة حكمها حكم السفينة
لانها تنقل وتحول ولو وجد القتيل معه رجل يحمله علي ظهره فعليه القسامة
والدية لان القتيل في يده ولو وجد جريح معه به رمق يحمله حتي اتي
اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لا يضمن عند ابي يوسف وقال
ابو يوسف وفي قياس قول ابي حنيفة يضمن وجه القياس ان الحامل
قد ثبتت يده عليه مجروحا فاذا مات من الجرح فكانه مات في يده
وهذا تفريع علي من جرح في قبيلة فتحامل الي قبيلة اخري ومات فيهم وقد
ذكرنا ذلك فيما تقدم وكذلك اذا كان علي دابة او سايق او قايد
او راكب فعليه القسامة والدية لانه في يده وان اجتمع السايق
والقايد والراكب فعليهم جميعا لان القتيل في ايديهم فصار كانه وجد
في دارهم وان وجد علي دابة لا سايق لها ولا قايد ولا راكب عليها
فان كان ذلك الموضع ملكا لاحد فالقسامة والدية علي المالك وان
كان لا مالك له فعلي اقرب المواضع اليه من حيث يسمع الصوت من
الامصار وان كان بحيث لا يسمع فهو هدر لما بينا فيما تقدم وان وجدت
الدابة في محلة فعلي اهل تلك المحلة وكذلك ان وجد في فلاة من الارض
انه ينظر ان كان الذي وجد فيه ملكا لانسان فالقسامة والدية عليه
وان لم يكن له فعلي اقرب المواضع اليه من الامصار والقري اذا كان

نكهي صح

بحيث

بحيث يبلغ الصوت منها اليه فان كان بحيث لا يبلغ فهو هدر لما قلنا وذكر في الاصل
في قتيل وجد بين قريتين انه يقاس الي اقربهما لما روي عن ابي سعيد الخدري
ان رسول الله صلي الله عليه وسلم امر بان يذرع بين قريتين في قتيل وجد
بينهما وكذلك روي عن عمر رضي الله عنه في قتيل وجد بين وادعة وارحب
وكتب اليه عامله بذلك فكتب اليه عمر ان قس بين القريتين فايهما كان
اقرب فالزمهم فوجد القتيل الي وادعة اقرب فالزموا القسامة والدية
وذلك كله محمول علي ما اذا كان بحيث يبلغ الصوت الي الموضع الذي وجد
فيه القتيل كذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل وحكاه الكرخي والفقه ما ذكرنا
فيما تقدم وكذا اذا وجد بين سكتين فالقسامة والدية علي اقربهما
وان وجد في معسكر في فلاة من الارض فان كانت الارض التي وجد فيها
لها ارباب فالقسامة والدية علي ارباب الارض لانهم اخص بنصرة الموضع
وحفظه فكانوا بايجاب القسامة والدية عليهم وهذا علي اصل ابي حنيفة
ومحمد لان العسكر كالسكان والقسامة علي الملاك لا علي السكان علي اصلهما
فاما علي اصل ابي يوسف فالقسامة والدية عليهم جميعا وان لم يكن في ملك
بان وجد في خبا او فسطاط فعلي من يسكن الخبا والفسطاط وعلي عواقلهم
القسامة والدية لان صاحب الخيمة اخص بموضع الخيمة من اهل العسكر
بمنزلة صاحب الدار مع اهل المحلة ثم القسامة علي صاحب الدار اذا وجد فيها
قتيل لا علي المحلة كذا ههنا وان وجد خارجا من الفسطاط والخبا فعلي اقرب
الاخبية والفساطيط منهم والقسامة والدية كذا ذكر في ظاهر الرواية
لان الاقرب اولي بايجاب القسامة والدية لما ذكرنا وعن ابي حنيفة اذا
وجد بين الخيام فالقسامة والدية علي جماعتهم كالقتيل يوجد في المحلة جعل
الخيام المحمولة كالمحلة علي هذه الرواية هذا اذا لم يكن العسكر لقوا عدوا
فان كانوا لقوا عدوا فقاتلوا فلا قسامة ولا دية لانهم في قتيل يوجد بين
اظهرهم لانهم اذا لقوا عدوا وقاتلوا فالظاهر ان العدو قتله لا المسلمون
اذ المسلمون لا يقتل بعضهم بعضا ولو وجد قتيل في ارض رجل الي جانب قرية
ليس صاحب الارض من اهل القرية فالقسامة والدية علي صاحب الارض لا
علي اهل القرية لان صاحب الارض اخص بنصرة ارضه وحفظها من
اهل القرية فكان اولي بايجاب القسامة والدية عليه كصاحب الدار مع
اهل المحلة ولو وجد قتيل في دار انسان وصاحب الدار من اهل القسامة
فالقسامة والدية علي صاحب الدار وعلي عاقلته كذا ذكر في الاصل ولم يفصل
اذا كانت عاقلته حضورا او غيبا وذكر في اختلاف زفر ويعقوب
ان القسامة علي رب الدار وعلي عاقلته حضورا كانوا او غيبا وقال ابو يوسف
لا قسامة علي العاقلة هكذا ذكر فيه وقال الكرخي ان كانت العاقلة حضورا في
المصر دخلوا في القسامة وان كانت غايبة فالقسامة علي صاحب الدار
يكرر عليهم الايمان والدية عليه وعلي عاقلته اما دخول العاقلة في القسامة
اذا كانوا حضورا فهو قول ابي حنيفة ومحمد وظاهر قول ابي يوسف لا
قسامة علي العاقلة يقتضي ان لا يدخلوا في القسامة وجه قول زفر

رضي الله عنه صح

انه لما لزمتهم الدية تلزمهم القسامة كاهل المحلة ولابي يوسف ان صاحب
الدار اخص بالنصرة وبالولاية والتهمة ولا تشاركه العاقلة كما لا يشارك
اهل المحلة غيرهم وجه قولهما ان العاقلة اذا كانوا حضورا يلزمهم حفظ الدار
ونصرتها كما يلزم صاحب الدار وكذا يتهمون بالقتل كما يتهمون اصحاب الدار
فقد شاركوه في سبب وجوب القسامة فيشاركوه في وجوب القسامة
وبهذا يقع الفرق بين حال الحضور والغيبة كما ذكره الكرخي لان معنى التهمة
ظاهر الانتفاء من الغيب وكذا معنى النصرة لانه لا يلحق ذلك الموضع نصرة
من جهتهم الا انه يجب عليهم الدية لان وجوب الدية على العاقلة لا يتعلق
بالتهمة فانهم يتحملون عن القاتل العين اذا كان صبيا او مجنونا او خاطيا
وسوا كانت الدار فيها ساكن او كانت متفرغة مغلقة فوجد قتيل فعلى رب
الدار القسامة والدية اما على اصل ابي حنيفة ومحمد فظاهر لانهما يعتبران
الملك دون السكنى فكان السكنى فيها والعدم بمنزلة واحدة واما ابو
يوسف فانه يوجب على الساكن لاختصاصه بالدار يدا ولم يوجد هاهنا
وسوا كان الملك الذي فيه القتيل خاصا او مشتركا فالقسامة والدية
بينهم بالسوية حتى لو كانت الدار بين رجلين لاحدهما الثلثان وللاخر
الثلث فالقسامة عليهما وعلى عاقلتهما نصفان ويعتبر في ذلك عدد الروس
لا قدر الانصبا كما في الشفعة لان حفظ الدار واجب على كل واحد منهما
والحفظ لا يختلف ولهذا تساويا في استحقاق الشفعة لان الاستحقاق
لدفع ضرر الدخيل وانه لا يختلف باختلاف قدر الملك وذكر في الجامع الصغير
فيمن باع دارا فوجد فيها قتيل قبل ان يقبضها المشتري ان القسامة
والدية على البايع ان لم يكن في البيع خيار فان كان فيه خيار فعلى من
الدار في يده في قول ابي حنيفة وفي قول محمد وابي يوسف الدية
على مالك الدار ان لم يكن في البيع خيار وان كان فيه خيار فعلى من تصير
الدار له وعند زفر الدية على المشتري الا ان للبايع خيار فتكون الدية
عليه وجه قول زفر ان الملك اذا لم يكن فيه خيار وكذا اذا كان الخيار
للمشتري لان خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عنده واذا كان
الخيار للبايع فالملك له لان خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه بلا خلاف
وجه قولهما انه اذا لم يكن فيه خيار فالملك للمشتري وانما للبايع صورة
يد من غير تصرف وصورة اليد لا مدخل لها في القسامة كيد المودع
فكانت القسامة والدية على المشتري واذا كان فيه خيار فعلى من
تصير الدار له لانها ان صارت للبايع فقد انفسخ البيع وجعل كان لم يكن
وان صارت للمشتري فقد انبرم البيع وتبين انه ملكها بالعقد من
حين وجوده اما تصحيح مذهب ابي حنيفة فمشكل من حيث الظاهر
لانه يعتبر الملك فيما يعتبر النقل والتحويل واليد وان كانت اليد
يد تصرف كيد الساكن والثابت للبايع صورة يد من غير تصرف فاولى
ان لا تعتبره لكن لا اشكال في الحقيقة لان الوجوب بترك الحفظ
والحفظ باليد حقيقة الا انه يضاف الحفظ الى الملك لان استحقاق

علي ما مر

وعلي عاقلته بصح

اليد به عادة فيقام مقام اليد فكانت الاضافة الى به حقيقة الحفظ اولى الا ان
مطلق اليد لا تعتبر بل اليد المستحقة بالملك وهذه مستحقة بالملك بخلاف يد
الساكن واذا وجد رجل قتيلا في دار نفسه فالقسامة والدية على عاقلته لورثته
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا شي فيه وهو قول زفر والحسن
ابن زياد وروي عن ابي حنيفة مثل قولهم وجه قولهم ان القتل صادفه والملك
له وانما صار ملك الورثة عند الموت والموت ليس بقتل لان القتل فعل القاتل
ولا صنع لاحد في الموت بل هو من صنع الله تعالى فلم يقتل في ملك الورثة فلا
سبيل الى ايجاب الضمان على الورثة وعواقلهم ولان وجوده قتيلا في دار نفسه
بمنزلة مباشرة القتل بنفسه كانه قتل نفسه بنفسه فيكون هدرا ولابي
حنيفة ان المعتبر في القسامة وقت ظهور القتل لا وقت وجود القتل
بدليل ان من مات قبل ذلك لا يدخل في الدية والدار وقت ظهور القتيل
لورثته فكانت القسامة والدية عليهم وعلى عواقلهم كما لو وجد قتيلا في دار
ابنه فان قيل كيف تجب الدية عليهم وعلى عواقلهم وان الدية تجب لهم فكيف
تجب لهم وعليهم وكذا عاقلتهم تتحمل عنهم لهم ايضا وفيه ايجاب لهم وعليهم
وهذا ممتنع فالجواب ممنوع ان الدية تجب لهم بل للقتيل لانها بدل نفسه فتكون
له وبدليل انه تجهز منها وتقضى ديونه وتنفذ منها وصاياه ثم ما فضل
عن حاجته يستحقه الورثة لاستغنا الميت عنه والورثة اقرب الناس
اليه وصار كما وجد الاب قتيلا في دار ابنه او في بير حفرها ابنه اليس انه
تجب القسامة والدية على الابن وعلى عاقلته ولا يمتنع ذلك لما قلنا كذا هذا
وان اعتبرنا وقت وجود القتل فهو ممكن ايضا لانه يجب على عاقلته لتقصيرهم
في حفظ الدار فتجب عليهم الدية حقا للمقتول ثم تنتقل منه الى ورثته عند
فراغه عن حاجته وذكر محمد رحمه الله اذا وجد ابن الرجل واخوه قتيلا
في داره ان على عاقلته دية ابنه ودية اخيه وان كان هو وارثه لما ذكرنا ان
وجود القتل في الدار كمباشرة صاحبها القتل فيلزم عاقلته دية ابنه ودية
اخيه وان كان هو وارثه لما ذكرنا ان وجود القتل في الدار كمباشرة صاحبها
القتل فيلزم عاقلته ذلك للمقتول ثم يستحقها صاحب الدار بالارث ولو
وجد مكاتب قتيلا في دار نفسه فدمه هدر لان داره في وقت ظهور
القتيل ليس لورثته بل هي على حكم ملك نفسه الى ان يودي بدل الكتابة
فصار كانه قتل نفسه فيهدر دمه • رجلان كانا في بيت ليس معهما
ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف اضمن الاخر وقال محمد
لا ضمان عليه وجه قوله انه يحتمل انه قتله صاحبه ويحتمل انه قتل نفسه
فلا يجب الضمان بالشك ولابي يوسف ان الظاهر انه قتله صاحبه لان
الانسان لا يقتل نفسه ظاهرا وغالبا فاحتمال خلاف الظاهر ملحقا
بالعدم الا ترى ان مثل هذا الاحتمال ثابت في قتيل المحلة فلا يعتبر

فصل واما بيان من يدخل في القسامة والدية بعد وجوبهما
ومن لا يدخل في ذلك فنقول وبالله العصمة الصبي والمجنون لا يدخلان
في القسامة في اي موضع القتيل سوا في غير ملكهما او في ملكهما لان القسامة

مطلب

يمين وهما ليسا من اهل اليمين ولهذا لا يستحقان في ساير الدعاوي لان القسامة
تجب على من هو من اهل النصرة فلا تجب القسامة عليهما وتجب على عاقلتهما اذا وجد
القتيل في ملكهما لتقصيرهم بترك النصرة وهما يدخلان في الدية مع العاقلة
فان وجد القتيل في غير ملكهما كالمحلة وملك لا يدخلان فيها وان وجد في ملكهما
يدخلان لوجود القتيل في ملكهما كمباشرتهما القتل وهما مواخذان بضمان
الافعال وعلى قياس ما ذكره الطحاوي لا يدخلان في الدية مع العاقلة اصلا
لكنه ليس بسديد لان هذا ضمان القتل والقتل فعل والصبي والمجنون
مواخذان بافعالهما ولا يدخل العبد المحجور والمدبر وام الولد في القسامة
والدية لان هولا لا يستنصر بهم عادة وليسوا من اهل ملك المال ايضا
فلا يلزمهم الدية واما الماذون والمكاتب فلا يدخلان في قسامة وجبت
في قتيل وجد في غير دارهما اما الماذون ان لم يكن عليه فلا قسامة عليه
بل على مولاه وعاقلته استحسانا والقياس ان تجب عليه القسامة واذا حلف
تخاطب المولى بالدفع او الفدا وجه القياس ان العبد من اهل اليمين
الا ترى انه يستحلف في الدعاوي ووجود القتيل في داره بمنزلة مباشرته
القتل خطا وان قتله خطا يخير المولى بين الدفع والفدا كذا هذا وجه
الاستحسان ان فايدة الاستحلاف جريان القسامة بسبب هو النكول
لانه لا يقضي بالنكول في هذا الباب بل يحبس حتى يحلف او يقر ولو
اقر بالقتل خطا لا يصح اقراره لانه اقرار على مولاه فلم يكن الاستحلاف
مفيدا فلا تجب القسامة وتجب على المولى وعلى عاقلته لان الملك له وان كان
عليه دين فينبغي في قياس قول ابي حنيفة ان تجب القسامة على العبد
لان المولى لا يملك كسب عبده الماذون المديون عنده فلا يملك الدار وفي
الاستحسان تجب على المولى لان المولى ان كان لا يملكها فالغرما لا يملكونها
ايضا والعبد لا ملك له والمولى اقرب الناس اليه فكانت القسامة عليه
معما ان للمولى حقا في الدار وهو حق استخلاصها لنفسه بقضا دين الغرما
فكان اولى بايجاب القسامة واما المكاتب اذا وجد قتيل في داره فعليه
الاقل من قيمته ومن الدار لان وجود القتيل في داره كمباشرته القتل
ولا تكون على مولاه كما لا تكون عليه في مباشرته وهل تجب عليه القسامة
ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يكرر عليه الايمان فان حلف
تجب عليه الاقل من قيمته ومن الدية الا قدر عشرة دراهم لان
عاقلة المكاتب نفسه وتكون القيمة حالة لانها تجب بالمنع من الدفع فتكون
حالة كما تجب على المولى بجناية المدبر ولو كان القتيل مولى المكاتب كان عليه
الاقل من قيمته ومن الدية لان وجود القتيل في داره كمباشرته وتكون
القيمة حالة لا موجلة لما قلنا ولا تدخل المراة في القسامة والدية في قتيل
يوجد في غير ملكها لان وجوبهما بطريق النصرة وهي ليست من اهلها وان
في دارها او في قرية لها لا يكون بها غيرها عليها القسامة يستحلف ويكرر
عليها الايمان وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف القسامة
على عاقلتها لابي يوسف ان لزوم القسامة للزوم النصرة وهي ليست من

اهل

اهل النصرة فلا تدخل في القسامة ولهذا لم تدخل مع اهل المحلة وجه قولهما ان
سبب الوجوب على المالك هو الملك مع اهلية القسامة وقد وجد في حقها اما
الملك فثابت لها واما الاهلية فلان القسامة يمين وانها من اهل اليمين الا
ترى انها تستحلف في ساير الحقوق ومعنى النصرة يراعى وجوده في الجملة
لا في كل فرد كالمشقة في السفر وهل تدخل العاقلة في الدية ذكر الطحاوي ما
يدل على انها لا تدخل فانه قال لا يدخل القاتل في التحمل الا ان يكون ذكرا بالغا
عاقلا فاذا لم تدخل عند وجود القتل منها عينا فهاهنا اولى واصحابه قالوا ان
المراة تدخل مع العاقلة في الدية في هذه المسلة وانكروا على الطحاوي قوله
وقالوا ان القاتل يدخل في الدية بكل حال ويدخل في القسامة والدية
الاعمى والمحدود في القذف لانهم من اهل الاستحلاف والحفظ والله اعلم

فصل

واما ما يكون ابرا عن القسامة والدية فنوعان نص ودلالة
اما النص فهو التصريح بلفظ الابرا وما يجري مجراه كقوله ابرات او
اسقطت او عفوت ونحو ذلك لان ركن الابرا صدر ممن هو من اهل الابرا
في محل قابل للبراة فيصح واما الدلالة فهي ان يدعي ولي القتيل على رجل من غير
اهل المحلة عن القسامة لان ظهور القتيل في المحلة لم يدل على كون هذا
المدعا عليه قاتلا فاقدام الولي على الدعوى عليه تكون نفيا للقتل عن اهل المحلة
فيتضمن براتهم عن القسامة والدية فان اقام البينة على المدعا عليه والا حلف
فان حلف بري وان نكل حبس حتى يحلف او يقر في قول ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد يقضي بالدية ولو شهد اثنان من اهل المحلة للولي بهذه
الدعوى لا تقبل شهادتهما في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تقبل
وجه قولهما ان المانع من القبول قبل الدعوى كانت وقد زالت بالبراة
فلا معنى لرد الشهادة ولابي حنيفة رحمه الله انه تمكنت التهمة في شهادتهم
من وجهين احدهما انه من الجايز انه ابراهم ليتوسل بالابرا الى تصحيح شهادتهم
والثاني انه احسن اليهم بالابرا حيث اسقط القسامة والدية عنهم
فمن الجايز انهم ارادوا بالمكافاة على ذلك والشهادة ترد بالتهمة من
وجه واحد فمن وجهين اولى ولان اهل المحلة كانوا في هذه الدعوى
فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا بالابرا من الخصومة لان سبب الموجب
لكونهم خصما قايم وهو وجود القتيل فيهم كالوكيل بالخصومة اذا خاصم
ثم عزل فشهد لا تقبل شهادته كذا هذا ولو ادعى ولي القتيل على رجل
بعينه من اهل المحلة فالقسامة والدية بحالها في ظاهر الرواية وروى
عبد الله بن المبارك عن ابي حنيفة ان القسامة تسقط وكذا روي
عن محمد وقال ابو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا انا
تركناه للاثر وجه رواية ابن المبارك ان تعيين الولي واحدا منهم
ابرا عن الباقين دلالة فتسقط عن الباقين عنهم القسامة كما لو ابراهم
نصا وجه ظاهر الرواية ان القتيل لاحد اهل المحلة ظاهرا فالولي كذلك
الا انه عين وهو منهم في التعيين فلا يعتبر تعيينه الا بالبينة فلا
يتغير حكم القسامة الا بها وان اقام البينة من غير اهل المحلة على دعواه

يقضي بها فيجب القصاص في العمد والدية في الخطا ولو شهد شاهدان من المحلة
عليه لا تقبل شهادتهما على ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لان الخصومة بعد هذه
الدعوي قايمة فكان الشاهدان خصما لانه يقطع الخصومة عن نفسه بشهادته
ولا شهادة للخصم فاذا لم تقبل شهادة اهل المحلة عليه ولم يقم بينة اخري
بقيت القسامة على اهل المحلة على حالها بخلاف المدعي عليه والشاهدان من
اهل المحلة حتي يكمل رجلا من اهل المحلة ثم كيف يستحلف الشهود من اهل
عند ابي حنيفة ومحمد يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا غير فلان
وعند ابي يوسف يحلفون بالله ما قتلناه ولا يزادون على ذلك لان عندهما
ان للشهود قاتل فلا سبيل الى استحلافهم على العلم وما قاله ابو حنيفة ومحمد
رحمهما الله اولى لان فيما قالاه مراعاة موضوع القسامة وهو الجمع بين اليمين
على البتات والعلم بالقدر الممكن فيها وترك المستثنى وفيما قاله ابو يوسف
ترك اليمين على العلم اصلا فكان ما قالاه اولى ولو ادعى اهل تلك المحلة
على رجل منهم او من غيرهم تصح دعواهم فان اقاموا البينة على ذلك يجب القصاص
في العمد والدية في الخطا وان وافقهم الاوليا في الدعوي على ذلك الرجل فان
فان لم يوافقوهم في الدعوي لا يجب عليه شي لان الاوليا قد ابراوه حيث
انكروا وجود القتل منه ولا يجب على اهل المحلة ايضا شي لانهم اثبتوا الفصل
على غيرهم وان لم يكن لهم البينة وحلف ذلك الرجل يجب القسامة على اهل
المحلة ثم كيف يحلفون فهو على الاختلاف الذي ذكرنا والله الموفق

فصل

واما الجناية على ما دون النفس مطلقا فالكلام في هذه الجناية يقع في
موضعين ۞ احدهما في بيان انواعها ۞ والثاني في بيان حكم كل نوع
منها ۞ اما الاول فالجناية على ما دون النفس مطلقا انواع اربعة
احدها ابانة الاطراف وما يجري مجري الاطراف ۞ والثاني اذهاب
معاني الاطراف مع ابقا اعيانها ۞ والثالث الشجاج ۞ والرابع الجراح
اما النوع الاول فقطع اليد والرجل والاصبع والظفر والانف واللسان
والذكر والانثيين والاذن والشفة وفقو العينين وقطع الاشفار
والاجفان وقلع الاسنان وكسرها وحلق شعر الراس واللحية والحاجبين
والشارب ۞ واما النوع الثاني فتفويت السمع والبصر والذوق
والكلام والجماع والايلاد والبطش والمشي وتغيير لون السن الى
السواد والحمرة والخضرة ونحوها مع قيام المحال التي يقوم بها هذه
المعاني ويلحق بهذا الفصل اذهاب العقل ۞ واما النوع
الثالث فالشجاج احد عشر اولها الخارصة ثم الدامعة ثم الباضعة
ثم المتلاحمة ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة ثم
الامة ثم الدامية ثم الدامغة فالخارصة هي التي تخرص الجلد اي
تشقه ولا تظهر منها الدم والدامعة هي التي يظهر منها ولا يسيل
كالدمع في العين والدامية هي التي يسيل منها الدم والباضعة هي التي
تبضع اللحم اي تقطعه والمتلاحمة هي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب
الباضعة فيه هكذا روي عن ابي يوسف رحمه الله وقال محمد المتلاحمة

قبل

قبل الباضعة وهي يتلاحم منها الدم ويسود والسمحاق هي التي تقطع الجلد
واللحم وتصل الى جلدة رقيقة فوق العظم والسمحاق اسم لتلك الجلدة الا
ان الجراحة سميت بها والموضحة هي التي تقطع السمحاق وتوضح العظم اي
تظهره والهاشمة هي التي تهشم العظم اي تكسره والمنقلة هي التي تنقل
العظم بعد الكسر اي تحوله من موضع الى موضع والامة هي التي تصل الى
ام الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ والدامغة هي التي تخرق تلك
الجلدة وتصل الى الدماغ فهذه احدى عشر شجة ومحمد رحمه الله ذكر الشجاج
تسعة ولم يذكر الخارصة ولا الدامغة اما الخارصة فهي التي لا يبقي اثرها
عادة والشجة هي التي لا يبقي اثر لا حكم لها في الشرع والدامغة لا يعيش
الانسان معها عادة بل يصير نفسا ظاهرا وغالبا فتخرج من ان تكون شجة
فلا معني لبيان حكم الشجة فيها لذلك ترك محمد رحمه الله ذكرهما والله اعلم
واما النوع الرابع فالجراح نوعان جايفة وغير جايفة فالجايفة هي التي
تصل الى الجوف والمواضع التي تنفذ الجراحة منها الى الجوف هي الصدر
والظهر والبطن والجنبان وما بين الانثيين والدبر ولا يكون في اليدين
والرجلين ولا في الرقبة والحلق جايفة لانه لا يصل الى الجوف وروي عن
ابي يوسف ان ما وصل من الرقبة الى الموضع الذي لو وصل اليه الشراب
فطره يكون جايفة لانه لا يفطر الا اذا وصل الى الجوف ولا تكون الشجة
الا في الراس والوجه وفي مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والصدغين
والذقن دون الخدين ولا تكون الامة الا في الراس والوجه وفي الموضع الذي
يتخلص منه الى الدماغ لا يثبت حكم هذه الجراحات الا في هذه المواضع عند
عامة العلما وقال بعض الناس يثبت حكم هذه الجراحات في كل البدن
وهذا غير سديد لان القايل ان رجع في ذلك الى اللغة فهو غلط لان العرب
تفصل بين الشجة وبين مطلق الجراحة فتسمي ما كان في الراس والوجه
في مواضع العظم منهما شجة وما في ساير البدن جراحة فتسمية الكل
شجة يكون غلطا في اللغة وان رجع فيه الى المعني فهو خطا لان حكم هذه
الشجاج يثبت للشين الذي يلحق المشجوج ببقا اثرها بدليل انها لو
برات ولم يبق لها اثر لم يجب بها ارش انما يلحق فيما يظهر في البدن وذلك
هو الوجه والراس فاما ما سواهما فلا يظهر بل يغطي عادة فلا يلحق الشين
فيه مثل ما يلحق في الوجه والراس ۞ واما احكام هذه الانواع فهذه
الانواع مختلفة الاحكام ۞ منها ما يجب فيه القصاص ۞ ومنها ما
يجب فيه دية كاملة ۞ ومنها ما يجب فيه ارش مقدر ۞ ومنها
ما يجب فيه ارش غير مقدر ۞ اما الذي يجب فيه القصاص فهو الذي
استجمع شرايط الوجوب فيقع الكلام في موضعين ۞ احدهما
في بيان شرايط وجوب القصاص ۞ والثاني في بيان وقت الحكم
بالقصاص ۞ اما الاول فنقول شرايط وجوب القصاص انواع بعضها
يعم النفس وما دونها وبعضها يخص ما دون النفس اما الشرايط العامة
فما ذكرنا في بيان شرايط وجوب القصاص في النفس من كون الجاني

عاقلا بالغا متعمدا مختارا وكون المجني عليه معصوما مطلقا لا يكون حر والجاني
ولا يكون مملكه وكون الجناية حاصلة على طريق المباشرة لما ذكرنا من الدلايل
واما الشرايط التي تخص الجناية فيما دون النفس فمنها المماثلة بين المحلين
في المنافع والفعلين وبين الارشين لان المماثلة فيما دون النفس معتبرة
بالقدر الممكن فانعدامها يمنع وجوب القصاص والدليل على ان المماثلة فيما
دون النفس معتبرة شرعا النص والمعقول اما النص فقوله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين الى قوله تعالى والجروح قصاص
فان قيل ليس في كتاب الله حكم ما دون النفس الا في هذه الاية وانه اخبار
عن حكم التوراة فيكون شريعة من قبلنا وشريعة من قبلنا لا تلزمنا فالجواب
ان من القرا المعروفين من ابتدا الكلام من قوله تعالى والعين بالعين بالرفع
الى قوله تعالى فمن تصدق به على ابتدا الايجاب لا على الاخبار عما في التوراة
فكان هذا شريعتنا لا شريعة من قبلنا على ان هذا ان كان اخبارا عن شريعة
التوراة لكن لم يثبت نسخه بكتابنا ولا بسنة رسولنا صلى الله عليه وسلم
فيصير شريعة لرسولنا مبتداة فيلزمنا العمل به على انه شريعة رسولنا
لا شريعة من قبله من الرسل على ما عرف في اصول الفقه الا انه لم يذكر
وجوب القصاص في اليد والرجل لكن الايجاب في العين والانف والاذن
والسن ايجاب في اليد والرجل دلالة لانه لا ينتفع بالمذكور من السمع والبصر
والبصر والشم والسن الا صاحبه ويجوز ان ينتفع باليد والرجل غير
صاحبها فكان الايجاب في العضو المنتفع به في حقه على الخصوص ايجابا فيما
هو منتفع به في حقه وفي حق غيره من طريق الاولى فكان ذكر هذه الاعضاء ذكرا
لليد والرجل بطريق الالة كما في التافيف مع الضرب والشتم على ان في
كتابنا حكم ما دون النفس قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه
بمثل ما اعتدى وقال تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به
واحق ما يعمل فيه بهاتين الايتين ما دون النفس وقال تعالى من عمل سيئة
فلا يجزى الا مثلها ونحو ذلك من الايات واما المعقول فهو ان ما دون
النفس له حكم الاموال لانه خلق وقاية للنفس كالاموال الا ترى انه
يستوفى في الحل والحرم كما يستوفى المال وكذا الوصي يلي استيفا ما دون
النفس للصغير كما يلي استيفا ماله فتعتبر فيه المماثلة كما تعتبر في اتلاف
الاموال ۝ ومنها ان يكون المثل ممكن الاستيفا لان استيفا المثل بدون
امكان استيفايه ممتنع فيمتنع وجوب الاستيفا ضرورة ويبنى على هذين
الاصلين مسايل فنقول وبالله التوفيق لا يوخذ شي من الاطراف الا
بمثله فلا توخذ اليد الا باليد لان غير اليد ليس من جنسها فلم تكن مثلا
اذ التجانس شرط للمماثلة وكذا الرجل وكذا الاصبع والعين والانف ونحوها
لما قلنا وكذا الابهام لا توخذ الا بالابهام والسبابة الا بالسبابة والوسطى
الا بالوسطى ولا البنصر الا بالبنصر ولا الخنصر الا بالخنصر لان
منافع الاصابع مختلفة فكانت كالاجناس المختلفة وكذلك لا توخذ
اليد اليمنى الا باليمنى ولا اليسرى الا باليسرى لان لليمين

فضلا على اليسار ولذلك سميت يمينا وكذلك الرجل وكذلك اصابع اليدين
والرجلين لا يوخذ من اليمنى منها الا باليمنى ولا اليسرى باليسرى وكذلك
الاعين لما قلنا وكذلك الاسنان لا توخذ الثنية الا بالثنية ولا الناب
بالناب ولا الضرس الا بالضرس لاختلاف منافعها فان بعضها قواطع وبعضها
طواحن وبعضها ضواحك واختلاف المنفعة بين الشيين ملحقة بالجنسين
ولا مماثلة عند اختلاف الجنس وكذا لا يوخذ الاعلى منها بالاسفل ولا الاسفل
بالاعلى لتفاوت بين الاعلى والاسفل في المنفعة ولا يوخذ الصحيح من الاطراف
الا بالصحيح منها لا تقطع اليد الصحيحة ولا الكاملة الاصابع بناقصة الاصابع
ولا مفصل من الاصابع وكذا الرجل والاصبع وغيرها لعدم المماثلة بين
الصحيح والمعيب وان كان المعيب في طرف الجاني فالمجني بالخيار ان شا اقتص
وان شا اخذ ارش الصحيح لان حقه في المثل هو السليم ولا يمكنه استيفا
حقه من كل وجه مع فوات صفة السلامة وامكنه الاستيفا من وجه
ولا سبيل الى الزام الاستيفا حتما لما فيه من الزام استيفا حقه ناقصا
وهذا لا يجوز فيخير ان شا رضي بقدر حقه واستوفاه ناقصا وان شا
عدل الى بدل حقه وهو كمال الارش كمن اتلف على انسان شيا له مثل
والمتلف جيد فانقطع عن ايدي الناس ولم يبق منه الا الردي ان
صاحب الحق يكون بالخيار ان شا اخذ الموجود ناقصا وان شا عدل الى
قيمة الجيد لما قلنا كذا هذا ولو اراد المجني عليه ان ياخذه ويضمنه
النقصان هل له ذلك قال اصحابنا ليس له ذلك وقال الشافعي له ذلك
وجه قوله ان قوله في المثل ولا يمكنه استيفاوه من هذه اليد من كل وجه
فيستوفي حقه منها بقدر ما يمكن ويضمنه الباقي كما لو اتلف على اخر شيا
من المثليات فانقطع عن ايدي الناس الا قدر بعض حقه انه ياخذ القدر
الموجود من التلف ويضمنه الباقي كذا هذا ولنا انه قادر على استيفا
اصل حقه وانما الفايت هو الوصف وهو صفة السلامة فاذا رضي باستيفا
حقه ناقصا كان ذلك رضى منه بسقوط حقه عن الصفة كما لو اتلف شيا
من ذوات الامثال وهو جيد فانقطع عن ايدي الناس نوع الجيد ولا
يوجد الا الردي انه ليس له الا ان ياخذه او قيمة الجيد كذا هذا
بخلاف ما ذكر من المسلة لان هناك حق المتلف عليه متعلق بمثل التلف
بكل جزء من اجزايه صورة ومعنى فكان له ان يستوفي الموجود وياخذ
قيمة الباقي وهاهنا حق المجني عليه لم يتعلق الا بالقطع من المفصل
دون الاصابع بدليل انه لو اراد ان يقطع الاصابع ويبرا عن الكف
ليس له ذلك فلم تكن الاصابع عين حقه ان كان البعض قطع الاصابع
بل كانت جارية مجرى الصفة كالجودة في المكيل ولا يكون له ان يطالب
بشي اخر كما في تلك المسلة ولو ذهبت الجارحة المعيبة قبل ان يختار
المجني عليه اخذها او قطعها قاطع بطل حق المجني عليه في القصاص
لفوات محله وهل يجب الارش على الجاني فالكلام كالكلام فيما اذا قطع
يدا صحيحة وهو على هذا التفصيل الذي ذكرنا فيما تقدم انها ان

سقطت بآفة سماوية او قطعت ظلما لا شي عليه ولو قطعت بحق من قصاص
او سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة وعند الشافعي عليه الارش في الوجهين
والكلام فيه راجع الى اصل وقد تقدم ذكره وهو ان موجب العمد القصاص
عينا عندنا في النفس وما دونه وعنده احدهما غير عين في قول وفي قول
القصاص عينا لكن مع حق العدول الى المال وقد ذكرنا هذا الاصل بفروعه
في بيان حكم الجناية في النفس الا انه اذا كان القطع بحق يجب الارش لانه
قضى بالطرف حقا مستحقا عليه فصار كانه قايم وتعذر استيفا القصاص
لعذر الخطا وغيره على ما مر ذكره واذا ثبت هذا في الصحيحة فنقول حق المجني
عليه كان متعلقا باليد المعيبة بعينها وانما ينتقل عنها الى الارش عند
اختياره فاذا لم يختر حتى هلكت بقي حقه متعلقا باليد فان قيل اليس انه
كان مخيرا بين القصاص والارش فاذا فات احدهما تعين الآخر قيل لا
بل حقه كان في اليد على التعيين الا ان له ان يعدل عنه الى بدله عند اختيا
فاذا هلك قبل الاختيار بقي حقه في اليد فاذا هلكت فقد بطل محل الحق
فبطل الحق اصلا وراسا والله الموفق ۞ ولو كانت يد القاطع صحيحة وقت
القطع ثم شلت بعده فلا حق للمقطوع في الارش لان حقه ثبت في اليد عينا
بالقطع فلا ينتقل الى الارش بالنقصان كما اذا ذهب الكل بآفة سماوية
انه يسقط حقه اصلا ولا ينتقل الى الارش لما قلنا كذا هذا ولا قصاص
الا فيما يقطع من المفاصل مفصل الزند او مفصل المرفق او مفصل الكتف
في اليد ومفصل الكعب او مفصل الركبة او مفصل الورك في الرجل وما
كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه كما اذا قطع من الساعد او العضد او
او الساق او الفخذ لانه يمكن استيفا المثل من المفاصل ولا يمكن من
غيرها وليس في لحم الساعد والعضد والساق والفخذ ولا في الالية
قصاص ولا في لحم الخدين ولحم الظهر والبطن ولا في جلدة الراس وجلدة
اليدين لتعذر استيفا المثل ولا في اللطمة والوكزة والوجاة والدفعة
لما قلنا ولا يوخذ العدد بالعدد فيما دون النفس مما يجب على احدهما
فيه القصاص لو انفرد كالاثنين اذا قطعا يد رجل او رجله او اصبعه
او اذهبا سمعه او بصره او قلعا سنا له او نحو ذلك من الجوارح التي على
الواحد منهما فيه القصاص لو انفرد فلا قصاص عليهما وعليهما الارش
نصفان وكذلك ما زاد على الثلاث من العدد فهو بمنزلة الاثنين
ولا قصاص عليهم وعليهم الارش على عددهم بالسوا وهذا عندنا وعند
الشافعي يجب القصاص عليهم وان كثروا كما في النفس واحتج بما روي
ان رجلين شهدا بين علي رضي الله عنه بالسرقة فامر بقطع يده ثم
جا باخر وقالا اوهمنا انما السارق هذا يا امير المومنين فقال علي رضي الله
عنه لا اصدقكما على هذا واغرمكما دية الاول ولو علمت انكما تعمدتما
لقطعت ايديكما فقد اعتقد علي رضي الله عنه قطع اليدين بيد واحدة
وانما قال ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه
احد منهم فيكون اجماعا ولان اليد تابعة للنفس ثم الانفس تقتل بنفس

واحدة

واحدة فكذا الايدي تقطع بيد واحدة لان حكم التبع حكم الاصل ولنا ان المماثلة
فيما دون النفس معتبرة لما ذكرنا من الدلايل ولا مماثلة بين الايدي ويد
واحدة لا في الذات ولا في المنفعة ولا في الفعل اما في الذات فلا شك فيه
لانه لا مماثلة بين العدد وبين الفرد من حيث الذات حقيقة انه لا
تقطع الصحيحة بالشلا والغاية هو المماثلة من حيث الوصف فقط ففوات
المماثلة في الوصف لما منع جريان القصاص ففواتها في الذات اولى واما
في المنفعة فلان من المنافع ما لا يتاتى الا باليدين كالكتابة والخياطة
ونحو ذلك وكذا منفعة اليدين اكثر من منفعة يد واحدة عادة واما
في الفعل فلان الموجود من كل واحد منهما قطع بعض اليد كانه وضع
احدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر واجرا فقطع كل واحد
من كل واحد منهما وقطع كل اليد اكثر من قطع بعض اليد وانعدام المماثلة
من وجه تكفي لجريان القصاص كيف وقد انعدمت من وجوه واما
قول علي رضي الله عنه فلا حجة له فيه لانه انما قال ذلك على سبيل السياسة
بدليل انه اضاف القطع الى نفسه وذا لا يكون الا بطريق السياسة
والله اعلم ۞ ولو قطع رجل يميني رجلين فقطع يمينه ثم ان حضرا جميعا
فلهما ان يقطعا يمينه ويأخذا منه دية يد بينهما نصفين وهذا قول
اصحابنا وقال الشافعي ان كان على التعاقب يقطع للاول ويغرم الدية
للثاني كما قال في القتل وان كان على الاجتماع يقرع بينهما فيقطع لمن خرجت
قرعته ويغرم للآخر الدية كما قال في النفس وجه قوله انه اذا قطع على
الترتيب صارت يده حقا للاول فلا تصير حقا للثاني فتجب الدية
للثاني واذا قطع اليدين على الاجتماع فقد صارت يده حقا لاحدهما
غير عين ويتعين بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب استحقاق القصاص
فيستويان في الاستحقاق ودليل الوصف ان سبب الاستحقاق
قطع اليد وقد وجد قطع اليد في حق كل واحد منهما فيستحق كل واحد
واحد منهما في يد واحدة الا قطع بعضها فلم يستوفه كل واحد منهما
بالقطع الا بعض حقه فيستوفي الباقي من الارش ولان كل واحد منهما
لما استوفى بعض حقه بقطع اليد صار القاطع قاضيا ببعض يده حقا
مستحقا عليه فيجعل كان يده قايمة وتعذر استيفا القصاص لعذر
فتجب الدية وقوله صارت يده حقا لمن له القصاص ممنوع ليس ملك
المحل بل هو ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفا لان حرية من عليه
تمنع ثبوت الملك لانها تنبي عن الخلوص والملك في المحل بثبوت فيه
فينافيه الخلوص والدليل عليه انه لو قطعت يده بغير حق كانت الدية
له ولو صارت يده مملوكة لمن له القصاص لكانت الدية له دل ان ملك
القصاص ليس هو ملك المحل بل ملك الفعل وهو اطلاق الاستيفا ولا
تنافي فيه فاطلاق الاستيفا للاول لا يمنع اطلاق استيفا الثاني وهذا
بخلاف النفس ان الواحد يقتل بالجماعة اكتفا لان هناك كل واحد منهم
استوفى حقه على الكمال لان حقه في القتل وكل واحد منهم استوفى

القتل بكماله لما ذكرنا في الجناية على النفس فيما تقدم وان حضر احدهما والاخر
غايب فللحاضر ان يقتص ولا ينتظر الغايب لما ذكرنا ان حق كل واحد منهما
ثابت في كل اليد وانما التمانع في استيفا الكل بحكم التزاحم بحكم المشاركة
في الاستيفا فاذا كان احدهما غايبا فلا يزاحم الحاضر فكان له ان يستوفي
كاحد الشفيعين اذا حضر يقضي له بالشفعة في كل المبيع ولان حق الحاضر اذا
كان ثابتا في كل اليد واراد الاستيفا والغايب قد يحضر وقد لا يحضر
وقد يطالب بعد الحضور وقد يعفو فلا يجوز تاخير حق الحاضر في الاستيفا
والمنع منه للحال بعد طلبه لامر محتمل ولهذا قضي بالشفعة لاحد الشفيعين
اذا حضر وطلب ولا ينتظر حضور الغايب كذا هذا وللاخر دية يده على القاطع
لانه تعذر استيفا حقه بعد ثبوته فيصار الى البدل ولان القاطع وفى
به حقا مستحقا عليه فيلزمه الدية وان عفا احدهما بطل حقه وكان للاخر
القصاص ان كان العفو قبل قضا القاضي بالاجماع لان حق كل واحد منهما
ثابت في اليد على الكمال فالعفو من احدهما لا يوثر في حق الاخر كما في القصاص
في النفس وكذلك لو عدا احدهما على القاطع فقطع يده فقد استوفى حقه
وللاخر الدية لما ذكرنا واما اذا قضى القاضي بالقصاص بينهما ثم عفى
احدهما فللاخر ان يستوفي القصاص في قول ابي حنيفة وابي يوسف
استحسانا وقال محمد اذا قضي بالقصاص في اليد بينهما نصفين ودية اليد
بينهما نصفين ثم عفى احدهما بطل القصاص وجه قوله ان حق كل
واحد منهما وان كان ثابتا في كل اليد لكن القاضي لما قضى بالقصاص بينهما
فقد اثبت الشركة بينهما فقد صار حق كل واحد منهما في البعض فاذا عفى
احدهما سقط البعض ولا يمكن الاخر من استيفا الكل وجه قولهما ان قضا
القاضي بالشركة لم يصادف محله لان الشرع ما ورد بوجوب القطع في
بعض اليد فيلحق بالعدم او يجعل مجازا عن الفتوى كانه افتى بما يجب
لهما وهو ان يجتمعا على القطع ويا خذا الدية بينهما فكان عفو احدهما
بعد القضا كعفوه قبله ولو قضى القاضي بالدية بينهما فقبضاها ثم عفى
احدهما لم يكن للاخر القصاص وينقلب نصيبه مالا لانهما لما قبضا
الديه فقد ملكاها وثبوت الملك في اليد يقتضي ان لا يبقى الحق في كل
اليد فسقط حق كل واحد منهما عن نصف الدية فاذا عفى احدهما لا يثبت
للاخر ولاية استيفا كل اليد وكذلك لو اخذا بالدية رهنا لان قبض
الرهن قبل استيفا لان الدين كانه في الرهن بدليل انه اذا هلك يسقط
الدين فصار قبضهما الرهن كقبضهما الدين ولو اخذا بالدية كفيلا
ثم عفى احدهما فللاخر القصاص لانه ليس في الكفالة معنى الاستيفا بل هي
للتوثق بجانب الوجوب فكان الحكم بعد الكفالة كالحكم قبلها ولو قطع
من رجل يديه او رجليه فقطعت يداه او رجلاه لان استيفا المثل ممكن
ولو قطع من رجل يمينه ومن اخر يساره قطعت يمينه لصاحب اليمين
ويساره لصاحب اليسار لان تحقيق المماثلة فيه وانه ممكن فان قيل القاطع
ما ابطل عليهما منفعة الجنس فكيف تبطل عليه منفعة الجنس فالجواب

ان كل

ان كل واحد منهما ما استحق الا قطع يد واحدة وليس في قطع يد واحدة تفويت
منفعة الجنس فكان الجزا مثل الجناية الا ان فوات منفعة الجنس عند اجتماع
القطعين حصل ضرورة غير مضاف اليهما ولو قطع اصبع رجل كلها من المفصل
ثم قطع يد اخر او بدا باليد ثم قطع الاصبع وذلك كله في يد واحدة في اليمين
او في اليسار فلا يخلوا اما ان جا جميعا يطلبان القصاص واما ان جا متفرقين
فان جا جميعا يبدا بالقصاص في الاصبع فيقطع الاصبع بالاصبع ثم يخير صاحب
اليد فان شا قطع ما بقي وان شا اخذ دية يده من مال القاطع لان كل حق
كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فحق صاحب اليد في قطع وحق صاحب الاصبع
في قطع الاصبع فيجب ايفا حق كل واحد منهما بقدر الامكان وذلك في البداية
بالقصاص في الاصبع لانا لو بدانا بالقصاص في اليد لبطل حق صاحب الاصبع
في القصاص اصلا وراسا ولو بدا بالقصاص في الاصبع لم يبطل حق الاخر
في القصاص اصلا وراسا لانه يتمكن من استيفا به مع النقصان فكانت البداية
بالاصبع اولى وانما خير صاحب اليد بعد قطع الاصبع لان الكف صارت
معيبة بقطع الاصبع فيوجد حقه ناقصا فيثبت له الخيار كالاشل اذا
قطع يد الصحيح وان جا متفرقين فان جا صاحب اليد وصاحب الاصبع غايب
يقطع اليد لصاحب اليد لان حق صاحب اليد ثابت في اليد فلا يجوز منعه
من استيفا حقه لحق ثابت يحتمل ان يحضر ويطالب ويحتمل ان لا يحضر ولا
يطلب فان جا صاحب الاصبع بعد ذلك اخذ الارش لتعذر استيفا حقه
عليه بعد ثبوته فياخذ بدله ولان القاطع قضي باطرفه حقا مستحقا عليه
فصار كانه فات وتعذر الاستيفا المانع فيلزمه الارش وان جا صاحب الاصبع
وصاحب اليد غايب يقطع الاصبع لصاحب الاصبع لما ذكرنا
في صاحب اليد ثم ان جا صاحب اليد بعد ذلك اخذ الارش لما قلنا ولو
قطع اصبع رجل من مفصل ثم قطع اصبع رجل اخر من مفصلين ثم قطع
اصبع اخر كلها وذلك كله في اصبع واحدة فهو على التفصيل الذي ذكرنا ان
الامر لا يخلوا اما ان جاوا جميعا يطلبون القصاص واما ان جاوا متفرقين
فان جاوا جميعا يبدا بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى ثم يخير صاحب
المفصلين فان شا استوفى الاوسطة بحقه كله ولا شي له من الارش وان
شا اخذ ثلثي دية اصبعه من ماله ثم يخير صاحب الاصبع فان شا اخذ
الحا ما بقي باصبعه وان شا اخذ دية اصبعه من مال الذي قطعها وانما
كان كذلك لما بينا ان حق كل واحد منهما في مثل ما قطع منه فيجب ايفا حقوقهم
بقدر الامكان وذلك في البداية لا يسقط حق بعضهم وهو ان يبدا
بقطع المفصل الاعلى لصاحب الاعلى لان البداية لا تبطل حق الباقين في
القصاص اصلا لامكان استيفا حقهما مع النقصان وفي البداية بالقصاص
في الاصبع ابطال حق الباقين اصلا ورب رجل يختار القصاص وان
كان ناقصا تشفيا للصدر واذا قطع منه المفصل الاعلى لصاحب الاعلى
ان يخير الباقيان لان كل واحد منهما وجد حقه ناقصا لوجود العيب
بالطرف وان جاوا متفرقين فان جا صاحب الاصبع اولا يقطع له الاصبع

لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة فاذا جا الباقيان بعد ذلك يقضي لهما بالارش
لصاحب المفصل الاعلى ثلث دية للاصبع ولصاحب المفصلين ثلثا دية الاصبع
لما قلنا وان جا صاحب المفصلين اولا يقطع له المفصلان لما ذكرنا في المسئلة المتقدمة
ويقضي لصاحب المفصل الاعلى بالارش لما مر وصاحب الاصبع بالخيار ان شا اخذ
ما بقي واستوفي حقه ناقصا وان شا اخذ دية الاصبع لما مر وان جا صاحب
الاعلى اولا فهو كما جا وامعا وقد ذكرنا حكمه والله اعلم ۞ ولو قطع رجل من مفصل
ثم قطع يد اخر من المرفق او بدا بالمرفق ثم بالكف وهما في يد واحدة في اليمين
او في اليسار ثم اجتمعا فان الكف يقطع لصاحب الكف ثم يخير صاحب المرفق
فان شا قطع ما بقي بحقه كله وان شا اخذ الارش لما بينا وان جا احدهما والاخر
غايب فان جا صاحب الكف قطع له الكف ولا ينتظر الغايب لما مر ثم اذا جا
صاحب المرفق اولا يقطع له المرفق اولا ثم اذا جا صاحب اليد بعد ذلك ياخذ ارش
اليد والله اعلم ۞ ولو قطع المفصل الاعلى من سبابة رجل ثم عاد فقطع المفصل
الثاني منها فعليه القصاص في المفصل الاول ولا قصاص عليه في المفصل الثاني وعليه
قيمة الارش وكذلك لو قطع اصبع رجل من اصلها ثم قطع الكف التي منها الاصبع
كان عليه القصاص في الاصبع ولا قصاص عليه في الكف وعليه الارش ناقصة
باصبع وكذلك لو قطع يد رجل وهي صحيحة ثم قطع ساعده من المرفق من اليد التي قطع
منها الكف عليه اليد في القصاص ولا قصاص عليه في الساعد بل فيه ارش حكومة
كذا روي عن ابي حنيفة ولم يفصل بينما اذا كانت الجناية الثانية بعد برء
الاولى او قبلها وقال ابو يوسف ومحمد اذا كانت الثانية بعد برء الاولى فهما
جنايتان مفترقتان واذا كانت قبل البرء فهي جناية واحدة بدليل ان من قطع
يد رجل خطا ثم قتله وجبت عليه دية واحدة فصار كانه قطع المفصلين معا
بضربة واحدة فيجب القصاص فيهما واذا برات الاولى فقد استقرت واستقر
حكمها فكانت الثانية جناية مفردة في مفصل مفرد فينفصل حكمها فيجب القصاص
في الاولى والارش في الثانية ولابي حنيفة ان وقت قطع المفصل الاعلى كانت
الاصبعان صحيحتين اعني اصبع القاطع والمقطوع له المفصل اولا فكانت بينهما
مماثلة فامكن استيفا القصاص على وجه المماثلة ولم يكن بينهما مماثلة وقت
القطع فيكون استيفا الكامل بالناقص وهذا لا يجوز فان قيل وقت قطع المفصل
الثاني كان القصاص مستحقا في المفصل الاعلى من القاطع والمستحق كالمستوفي
فكان استيفا الناقص بالناقص والجواب عنه من وجهين احدهما ان نفس
القصاص لا يوجب النقصان بدليل انه لو جا الاجنبي وقطع ذلك المفصل عمدا
وجب القصاص عليه ولو ثبت النقصان بنفس الاستحقاق لما وجب فثبت
ان النقصان لا يثبت بمجرد الاستحقاق وانما يثبت بالاستيفا ولم يوجد
فلو وجب القصاص لكان استيفا الكامل بالناقص والثاني ان سلم ان النقصان
يثبت بنفس الاستحقاق والوجوب لكن حكما لا حقيقة والاول ناقص حقيقة
فلم يكن بينهما مماثلة ولو قطع المفصل الاعلى منها فاقتص منه ثم قطع المفصل
الثاني وبرا اقتص منه لان اصبع القاطع كانت ناقصة وقت قطع المفصل
الثاني فيكون استيفا الناقص بالناقص فتحققت المماثلة ولو كان غيره قطع

المفصل

المفصل الاعلى منها ثم قطع هو المفصل الثاني منها فلا قصاص عليه لانعدام المساواة بين
اصبع القاطع والمقطوع وعليه ثلث الدية ولو قطع المفصل الاعلى فبرا ثم قطع المفصل الثاني
فمات فالمولى بالخيار ان شا قطع المفصل ثم قتل لان فيه استيفا مثل حقه لان حقه
في القطع والقتل وان شا ترك المفصل وقتل لان في اتلاف النفس اتلاف الطرف فكان
المقصود حاصلا بخلاف ما اذا كانت الجنايتان من رجلين فمات من احدهما دون
الاخرى انه ان كان ذلك كله عمدا فعلى صاحب النفس القصاص في النفس وعلى صاحب
الجناية فيما دون النفس القصاص في ذلك ان كان يستطاع وان لا يستطاع فالارش
وان كان ذلك خطا فعلى صاحب النفس دية النفس وعلى صاحب الجراحة فيما دون
النفس ارش ذلك وان كان احدهما عمدا والاخر خطا فعلى القصاص وعلى الخاطي الارش
ولا يدخل احدهما في الاخر سوا كان بعد البرء او قبل البرء لان الجنايتين اذا كانتا
من شخص واحد يمكن جعلهما جناية واحدة كانهما حصلا بضربة واحدة واذا كانتا من
شخصين لا يمكن ان يجعلا جناية واحدة لان جعل فعل احدهما فعل الاخر لا يتصور
فلا بد ان يعتبر فعل كل واحد منهما بانفراده سوا برات الجناية الاولى او لم تبرا
على ما نبين ولو قطع من رجل نصف المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد فقطع نصف
المفصل الثاني ان كان قبل البرء يقتص منه فيقطع منه المفصل كله لانه اذا
كان قبل البرء صار كانه قطع المفصلين جميعا بضربة واحدة ولو كان كذلك يقتص
منه ويقطع منه المفصل كله كذا هذا وان كان بعد البرء لا يقتص منه ويجب حكومة
العدل ولو قطع من رجل المفصل الاعلى من السبابة ثم عاد فقطع المفصل
الثاني منها فان كان قبل البرء فلا قصاص عليه وعليه القصاص في المفصل والحكومة
في نصف المفصل لانه يصير كانه قطعهما بدفعة واحدة ولو فعل ذلك لا قصاص
عليه لتعذر الاستيفا بصفة المماثلة فكان عليه الارش في المفصل وحكومة العدل
في نصف المفصل كذا هذا وان كان بعد البرء يجب القصاص في المفصل وحكومة
العدل في نصف المفصل لانه اذا برا الاول فقد استقر حكمه والاستيفا بصفة
المماثلة ممكن فيثبت ولاية الاستيفا ولا يمكن استيفا القصاص في نصف المفصل
وليس له ارش مقدر فيجب فيه حكومة العدل ولو قطع من رجل يمينه من المفصل
فاقتص منه ثم ان احدهما قطع من الاخر الذراع من المرفق فلا قصاص فيه وفيه
حكومة العدل عند اصحابنا الثلثة وقال زفر يجب القصاص كذا ذكر القاضي الخلاف في
شرحه مختصر الطحاوي وذكر الكرخي الخلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف وجه قول
ابي يوسف وزفر ان استيفا القصاص على سبيل المماثلة ممكن لان المحلين استويا
والمرفق مفصل فكان مقدور الاستيفا فلا معنى للمصير الى الحكومة كما اذا قطع يد
انسان من مفصل الزند ولابي حنيفة ومحمد ان القصاص فيما دون النفس يعتمد المساواة
في الارش لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال لما بينا والمساواة في اتلاف
الاموال معتبرة ولهذا لا يجري القصاص بين طرفي الذكر والانثى والحر والعبد
لاختلاف الارش وهاهنا لا يعرف التساوي في الارش لان ارش الذراع حكومة العدل
وذلك يكون بالحزر والظن فلا يعرف التساوي بين ارشهما لان قطع الكف يوجب
وهن الساعد وضعفه وليس له ارش مقدر وقيمة الوهن والضعيف فيه لا يعرف
الا بالحزر والظن فلا نعرف المماثلة بين ارشي الساعدين فيمتنع وجوب القصاص

القاطع صح

العامد صح

وعلى هذا الخلاف اذا قطع يد رجل وفيها اصبع زايدة وفي يد القاطع اصبع زايدة
مثل ذلك انه لا قصاص عند ابي حنيفة ومحمد وفيهما حكومة العدل وعند
ابي يوسف يجب القصاص لوجود المساواة بين اليدين ولهما ان الاصبع الزايدة
في الكف نقص فيها وعيب وهو نقص يعرف بالحرز والظن فلا تعرف المماثلة
بين الكفين ولو قطع اصبع زايدة وفي يده مثلها فلا قصاص عليه بالاجماع
لان الاصبع الزايدة في معنى التزلزل ولا قصاص في المتزلزل ولانها نقص
ولا يعرف قيمة النقصان الا بالحرز والظن لانه ليس لهما ارش مقدر
فلا تعرف المماثلة ولو قطع الكف التي فيها اصبع زايدة فان كانت تلك
الاصبع توهن الكف وتنقصها فلا قصاص فيه وان كانت لا تنقصها ففيها
القصاص ولا قصاص بين الاشلين كذا روي الحسن عن ابي حنيفة
سوا كانت يد المقطوعة يده اقلهما شللا او اكثر اوهما سوا وهو قول ابي
يوسف وقال زفر ان كانا سوا ففيهما القصاص وان كانت يد المقطوعة
يده اقلهما شللا كان بالخيار ان شا قطع يد القاطع وان شا ضمنه ارش
يده شلا وان كانت يد المقطوعة يده اكثرهما شللا فلا قصاص ولهما
ارش يده والصحيح قولنا لان بعض الشلل في يديهما يوجب اختلاف ارشهما
وذلك يعرف بالحرز والظن فلا تعرف المماثلة وكذلك مقطوع الابهام
كلها اذا قطع يدا مثل يده لم يكن بينهما قصاص في قول ابي حنيفة وابي
يوسف لان قطع الابهام يوهن الكف ويسقط بقدر الارش فلا يعرف
الا بالحرز والظن فلا تعرف المماثلة ولو قطع يد رجل ثم قتله فان كان
بعد البرء لا تدخل اليد في النفس بلا خلاف والولي بالخيار ان شا قطع
يده ثم قتله وان شا اكتفى بالقتل وان شا عفي عن النفس وقطع يده وان
كان قبل البرء فكذلك في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تدخل
اليد في النفس وله ان يقتله وليس له ان يقطع يده وجه قولهما الجناية
على ما دون النفس اذا لم يتصل بها البرء ولا حكم لها مع الجناية على النفس
في الشريعة بل يدخل ما دون النفس في النفس كما اذا قطع يده خطا ثم
قتله قبل البرء حتى لا يجب عليه الا دية النفس ولابي حنيفة ان حق المجني
عليه في المثل وذلك في القطع والاستيفا بصفة المماثلة ممكن ثم اذا
قطع الولي يده ثم قتله كان مستوفيا للمثل فيكون الجزا مثل الجناية
جزا وفاقا بخلاف الخطا لان المثل هناك غير مستحق بل المستحق غير المثل لان
المال ليس بمثل النفس وكان ينبغي ان لا يجب اصلا الا ان وجوبه ثبت
معدولا به عن الاصل عند استقرار سبب الوجوب فبقيت الزيادة حال
عدم استقرار السبب لعدم البرء مردودة الى حكم الاصل والله اعلم
هذا الذي كانا جميعا عمدا فان كانا جميعا خطا فان كان بعد البرء لا
يدخل ما دون النفس في النفس ويجب دية ونصف دية تحمله العاقلة
وتودي في ثلاث سنين في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية
الكاملة وثلث من نصف الدية وفي السنة الثانية نصف الدية ثلث
من الدية الكاملة وسدس من النصف وفي الثالثة ثلث الدية لان

الدية:

الدية الكاملة تودي في ثلث سنين ونصف الدية يودي في سنتين من الثلث
وهذا يوجب ان يكون قدر المودي منهما وانما لم يدخل ما دون النفس في النفس
لان الاول لما برا فقد استقر حكمه فكان الثاني جناية مبتداة فيبتدي
بحكمها وان كان قبل البرء يدخل ما دون النفس في النفس وتجب دية
واحدة لان حكم الاول لم يستقر وان كان احدهما عمدا والاخر خطا لا يدخل
ما دون النفس في النفس بل يعتبر كل واحد منهما بحكمه سوا كان بعد
البرء او قبله لان العمد مع الخطا جنايتان مختلفتان فلا يحتملان التداخل
فيعطي لكل واحد منهما حكم نفسها فيجب في العمد القصاص وفي الخطا
الارش هذا كله اذا كان الجاني واحدا فقطع ثم قتل فاما اذا كانا
اثنين فقطع احدهما يده ثم قتله الاخر فلا يدخل ما دون النفس في النفس
كيف ما كان بعد البرء او قبله لان الاصل اعتبار كل جناية بحيالها لان كل
واحد منهما جناية على حدة فكان الاصل عدم التداخل وافراد كل جناية
بحكمها الا ان عند اتحاد الجاني وعدم البرء قد يجعلان لجناية واحدة
كانهما حصلا بضربة واحدة تقديرا ولا يمكن هذا التقدير عند اختلاف
الجاني لاستحالة ان يكون فعل كل واحد منهما فعلا لصاحبه حقيقة فتعذر
التقدير فبقي فعل كل واحد منهما جناية مفردة حقيقة وتقديرا فيفرد
حكمها فان كانتا جميعا عمدا يجب القصاص على كل واحد منهما عمدا من القطع
والقتل وان كانتا جميعا خطا تجب الدية عليهما تتحمل عنهما عاقلتهما في القطع والقتل
وان كان احدهما عمدا والاخر خطا يجب القصاص في العمد والارش في الخطا
ولو قطع اصبع رجل عمدا وقطع اخر يده من الزند فمات فالقصاص على
الثاني في قول اصحابنا الثلثة وقال زفر القصاص عليهما جميعا وبه اخذ
الشافعي وجه قول زفر ان السراية باعتبار الالم والقطع الاول اتصل المه
بالنفس وتكامل بالثاني فكانت السراية مضافة الى الفعلين فيجب القصاص
عليهما ولنا ان السراية باعتبار الالام المترادفة التي لا يتحملها النفس
الى ان تموت وقطع اليد يمنع وصول الالم من الاصبع الى النفس فكان
قاطعا للسراية فبقيت السراية مضافة الى قطع اليد وصار كما لو قطع
الاصبع فبرات ثم قطع اخر يده فمات وهناك القصاص على الثاني
كذا هاهنا بل اولى لان القطع في المنع من الاثر وهو وصول الالم الى النفس
فوق البرء اذ البرء يحتمل الانتقاض والقطع لا يحتمل ثم زوال الاثر
بالبرء يقطع السراية فزواله بالقطع لان يقطع كان اولى واحرى ولو
جني على ما دون النفس فسري فالسراية لا يخلو اما ان كانت الى النفس واما
ان كانت الى عضو اخر فان كانت الى النفس فالجاني لا يخلو اما ان كان
متعديا في الجناية واما ان كان لم يكن فان كان متعديا في الجناية والجناية
بحديد او خشبة تعمل عمل السلاح فمات من ذلك فعليه القصاص سوا
كانت الجناية مما توجب القصاص لو برات او لا توجب كما اذا قطع يد
انسان من الزند او من الساعد او شجه موضحة او امة او جايفة
او ابان طرفا من اطرافه او جرحه جراحة مطلقة فمات من ذلك فعليه

القصاص لانه لما سرى بطل حكم ما دون النفس وتبين انه وقع قتلا من
حين وجوده وللولي ان يقتله وليس له ان يفعل به مثل ما فعل حتى لو
كان قطع يده ليس له ان يقطع يده عندنا وعند الشافعي يفعل به مثل
ما فعل فان مات من ذلك والا قتله وكذلك اذا قطع رجل يدي رجل
ورجليه فمات من ذلك تحز رقبته عندنا وعنده يفعل به مثل ما
فعل وقد ذكرنا المسئلة فيما تقدم ولو قطع يده فعفى المقطوع عن القطع
ثم سرى الى النفس ومات فان عفى عن الجناية او عن القطع وما يحدث
منه او عن الجراحة وما يحدث منها فهو عفو عن النفس بالاجماع وان عفى
عن القطع او الجراحة ولم يقل وما يحدث منه لا يكون عفوا عن
النفس وعلى القاطع دية النفس في ماله في قول ابي حنيفة
وفي قول ابي يوسف ومحمد يكون عفوا عن النفس ولا شيء عليه والمسئلة
باخواتها قد مرت في مسائل العفو عن القصاص في النفس ولو كان
له على رجل قصاص في النفس فقطع يده ثم عفى عن النفس وبرات
اليد ضمن دية اليد في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا
ضمان عليه وجه قولهما ان نفس القاتل بالقتل صارت حقا لولي القتيل
والنفس اسم لجملة الاجزا فاذا قطع يده فقد استوفى حق نفسه فلا
يضمن ولهذا لو قطع يده ثم قتله لا يجب عليه ضمان اليد ولو لم تكن اليد
حقه لوجوب الضمان عليه دل انه بالقطع استوفى حق نفسه فبعد
ذلك ان عفى عن النفس فالعفو ينصرف الى القائم لا الى المستوفى كمن استوفى
بعض دينه ثم ابرا الغريم ان الابرا ينصرف الى ما بقي لا الى المستوفى
كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان حق من له القصاص في الفعل
وهو القتل لا في المحل وهو النفس او يقال حقه في النفس لكن في حق القتل
لا في حق القطع لان حقه في المثل والموجود منه القتل لا القطع ومثل
القتل لا هو القتل فكان اجنبيا عن اليد فاذا قطع اليد فقد استوفى ما
ليس بحق له وهو متقوم فيضمن فكان القياس ان يجب القصاص الا انه
سقط للشبهة فتجب الدية الا انه اذا قطع اليد ثم قتله لا يجب عليه
ضمان اليد وان كان متعديا في القطع لما قلنا كذا هذا ولانه كان مخيرا
بين القصاص وبين العفو فاذا عفى استند العفو الى الاصل كانه
عفى ثم قطع فكان القطع استيفا غير حقه فيضمن هذا اذا كان
متعديا في الجناية على ما دون النفس فاذا لم يكن متعديا فيها
فلا يجب القصاص للشبهة وتجب الدية في بعضها ولا تجب في البعض
وبيان ذلك في مسائل اذا قطع يد رجل عمدا حتى وجب عليه القصاص
فقطع الرجل يده فمات من ذلك ضمن الدية في قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شيء عليه ولو قطع الامام يد
السارق فمات منه لا ضمان على الامام ولا على بيت المال وكذا
الفصاد والبزاغ اذا سرت جراحاتهم لا ضمان عليه بالاجماع
وجه قولهما ان الموت حصل بفعل ماذون فيه وهو القطع فلا يكون

مضمونا

مضمونا كالامام اذا قطع يد السارق فمات منه ولابي حنيفة انه استوفى غير
حقه لان حقه في القطع وهو اتى بالقتل لان القتل اسم لفعل موثر في فوات
الحياة عادة وقد وجد فيضمن كما اذا قطع يد انسان ظلما وسرى الى النفس
وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فتجب الدية وهكذا
نقول في الامام ان فعله وقع قتلا الا انه لا سبيل الى ايجاب الضمان للضرورة
لان اقامة الحد مستحقة والتحرز عن السراية ليس في وسعه فلو اوجبنا
الضمان لامتنع الائمة عن الاقامة خوفا عن لزوم الضمان وفيه تعطيل الحدود
والقطع ليس بمستحق على من له القصاص بل هو مخير فيه والاولى هو
العفو ولا ضرورة الى اسقاط الضمان بعد وجود سببه ولو ضرب امراته
للنشوز فماتت منه يضمن لان الماذون فيه هو التاديب لا القتل ولما
اتصل به الموت تبين انه وقع قتلا ولو ضرب الاب او الوصي الصبي للتاديب
فمات ضمن في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن وجه قولهما
ان الاب والوصي ماذونان في تاديب الصبي وتهذيبه والمتولد من
الفعل الماذون فيه لا يكون مضمونا كما لو عزر الامام انسانا فمات
وجه قول ابي حنيفة ان التاديب اسم لفعل يبقى المودب حيا بعده
فاذا سرى تبين انه قتل وليس بتاديب وهما غير ماذونين في القتل
ولو ضربه المعلم او الاستاذ فمات ان كان الضرب بغير امر الاب والوصي
يضمن لانه متعد في الضرب والمتولد منه يكون مضمونا عليه وان كان
باذنه لا يضمن للضرورة لان المعلم اذا علم انه يلزمه الضمان بالسراية
وليس في وسعه التحرز عنها يمتنع عن التعليم فكان التضمين سد باب
التعليم وبالناس حاجة الى ذلك فسقط اعتبار السراية في حقه لهذه الضرورة
وهذه الضرورة لم توجد في الاب لان لزوم الضمان لا يمنعه عن التاديب
لفرط شفقته على ولده فلا يسقط اعتبار السراية من غير ضرورة ولو
قطع يد مرتد فاسلم ثم مات فلا شيء على القاطع وهذا يويد مذهب ابي حنيفة
في اعتبار وقت الفعل والاصل في هذا ان الجناية اذا وردت على ما ليس بمضمون
فالسراية لا تكون مضمونة وكذلك لو قطع يد حربي ثم اسلم ثم مات من
القطع انه لا شيء على القاطع لان الجناية وردت على محل غير مضمون فلا تكون
مضمونة وكذلك لو قطع يد عبده ثم اعتقه ثم مات لم يضمن السراية
لان يد العبد غير مضمونة في حقه ولو قطع يد مسلم ثم ارتد والعياذ بالله
ثم مات فعلى القاطع دية اليد لا غير لانه ابطل عصمة نفسه بالردة فصارت
الردة بمنزلة الابراء عن السراية ولو رجع الى الاسلام ثم مات فعلى
القاطع دية النفس في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد عليه
دية اليد لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا انه لما ارتد فكانه ابرا القاطع
عن السراية وجه قولهما ان الجناية يتعلق حكمها بالابتدا او بالانتها
وما بينهما لا يتعلق به حكم والمحل هاهنا مضمون في الحالين فكانت الجناية
مضمونة فيهما فلا تعتبر الزيادة العارضة فيما بينهما واما قول محمد الردة
بمنزلة البراة فنعم لكن بشريطة الموت عليها لان حكم الردة موقوف على

الاسلام والموت وقد كانت الجناية مضمونة فوقف حكم الجناية ايضا
ولذلك لحق بدار الحرب ولم يقض القاضي بلحوقه ثم رجع الينا مسلما ثم
مات من القطع فهو على هذا الخلاف وان كان القاضي قضى بلحوقه ثم عاد
مسلما ثم مات من القطع فعلى القاطع دية يده لا غير بالاجماع ولا نفس
قبله فصار كالابرا عن الجناية ولو قطع يد عبد خطا فاعتقه مولاه ثم مات
منها فلا شي على القاطع غير ارش اليد وعتقه كبرو اليد لان السراية لو كانت
مضمونة على الجاني فاما ان تكون مضمونة عليه للمولى واما ان تكون مضمونة
عليه للعبد لا سبيل الى الاول لان المولى ليس بمالك له بعد العتق
ووجه الى الثاني لما ذكرنا ان السراية تكون تابعة للجناية فالجناية لما لم
تكن مضمونة للعبد لا تكون سرايتها مضمونة له ولهذا قلنا اذا باعه
المولى بعد القطع سقط حكم السراية وليس قطع اليد في هذا مثل الرمي
في قول ابي حنيفة حيث اوجب عليه بالرمي القيمة وان اعتقه ولم
يوجب في القطع الا ارش اليد لما ذكرنا ان الرمي اصابة سبب الاصابة
لا محالة فصار جانيا به وقت الرمي فاما القطع فليس بموجب للسراية
لا محالة والله اعلم ❁ وان كان قطع يد العبد عمدا فاعتقه مولاه ثم مات
العبد ينظر ان كان المولى هو وارثه لا وارث له غيره فله ان يقتل
الجاني في قول ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وقد مرت المسلة
وان كان له وارث غيره يحجبه عن ميراثه او يدخل معه في ميراثه فلا
قصاص لاشتباه الولي على ما مر ولو لم يعتقه بعد القطع ولكن دبره
او كانت امة فاستولدها فانه لا ينقطع السراية ويجب نصف القيمة
ويجب ما نقص بعد الجناية بعد الموت هذا ان كان خطا وان كان
عمدا فللمولى ان يقتص بالاجماع ولو كاتبه والمسلة بحالها فبالكتابة
برى عن السراية فيجب نصف القيمة للمولى فاذا مات وكان خطا لا يجب
عليه شي اخر وان كان عمدا فان كان عاجزا فللمولى ان يقتص لانه مات
عبدا وان مات عن وفا فقد مات حرا فينظر ان كان له وارث يحجب
المولى او يشاركه فلا قصاص عليه ويجب عليه ارش اليد لا غير وان لم
يكن له وارث غير المولى فللمولى ان يقتص عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد ليس له ان يقتص وعليه ارش اليد لا غير وان كان القطع بعد
الكتابة فمات وكان القطع خطا او مات عاجزا فالقيمة للمولى وان مات
عن وفا فالقيمة للورثة وان كان عمدا فان مات عاجزا فللمولى ان يقتص
وان مات عن وفا مات حرا ثم ينظر ان كان مع المولى وارث يحجبه
او يشاركه في الميراث فلا قصاص وان لم يكن له وارث غير المولى فعلى
الاختلاف الذي ذكرنا والله اعلم هذا اذا كانت السراية الى النفس
فاما اذا كانت الى العضو فالاصل ان الجناية اذا حصلت في عضو فسرت
الى عضو والعضو الثاني لا قصاص فيه فلا قصاص في الاول ايضا
وهذا الاصل يطرد على مذهب ابي حنيفة في مسايل اذا قطع اصبعا
من يد رجل فشلت الكف فلا قصاص فيهما وعليه دية اليد بلا

خلاف

خلاف بين اصحابنا لان الموجود من القاطع قطع مشل للكف ولا يقدر المقطوع
على مثله فلم يكن المثل ممكن الاستيفا فلا يجب القصاص ولان الجناية واحدة
فلا يجب بها ضمانان مختلفان وهو القصاص والمال خصوصا عند اتحاد المحل
لان الكف مع الاصبع بمنزلة عضو واحد وكذا اذا قطع اصبع فشل ما بقي
او شلت الكف لما قلنا فان قال المقطوع انا اقطع المفصل واترك ما يبس
ليس له ذلك لان الجناية وقعت غير موجبة للقصاص من الاصل لعدم
امكان الاستيفا على وجه المماثلة على ما بينا فكان الاقتصار على البعض استيفا
ما لا حق له فيه فيمنع من ذلك كما لو شجه منقلة فقال المشجوج انا اشجه
موضحة واترك ارش ما زاد لم يكن له ذلك وكذا اذا كسر بعض سن
انسان واسود ما بقي فليس في ذلك من قصاص لان قصاصه هو كسر مسود
للباقي وذلك غير ممكن ولان الجناية واحدة فلا توجب ضمانين مختلفين
ولو قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شي من ذلك في
قول ابي حنيفة وعليه دية الاصبعين وقال ابو يوسف ومحمد وزفر
والحسن في الاول لا قصاص وفي الثاني الارش وجه قولهم ان المحل
متعدد والفعل يتعدد بتعدد المحل حكما وان كان متحدا حقيقة لتعدد اثره
وههنا تعدد الاثر فيجعل فعلين فيفرد كل واحد منهما بحكمه فيجب القصاص في
الاول والدية في الثاني كما لو قطع اصبع انسان فانشل السكين الى اصبع
اخرى خطا فقطعها حتى يجب القصاص في الاول والارش في الثانية وجه
قول ابي حنيفة ما ذكرنا ان المستحق فيما دون النفس هو المثل والمثل هو
قطع المشل ههنا غير مقدور الاستيفا فلا يثبت الاستحقاق ولان الجناية
متحدة حقيقة وهي قطع الاصبع وقد تعلق به ضمان المال فلا يتعلق به ضمان
القصاص بخلاف ما اذا قطع اصبعا عمدا فنفذ السكين الى اخرى خطا
لان الموجود هناك فعلان حقيقة فجاز ان يفرد كل واحد منهما بحكم وفي مسلتنا
الرمي جعل الفعل المتحد حقيقة متعددا شرعا بخلاف الحقيقة ومن ادعى
خلاف الحقيقة ههنا يحتاج الى الدليل ولو قطع اصبعا فسقطت الى جنبها
اخرى فلا قصاص في شي من ذلك في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد في ظاهر الرواية عنهما يجب في الاول القصاص وفي الثاني الارش
وفي رواية ابن سماعة عن محمد انه يجب القصاص فيهما لان من اصله على هذه
الرواية ان الجراحة التي فيها القصاص ما تولد منها ما يمكن فيه القصاص
يجب القصاص فيهما جميعا وههنا ممكن وفيما اذا قطع اصبعا فشلت
اخرى بجنبها لا يمكن فوجب القصاص في الاول والارش في الثانية
وجه ظاهر قولهما على نحو ما ذكرنا فيما تقدم ان المحل متعدد وانه يوجب
تعدد الفعل عند تعدد الاثر وقد وجد ههنا فيجعل جنايتين مختلفتين
فيتعلق بكل واحدة منهما حكمها ولابي حنيفة انه لا سبيل الى استيفا القصاص
على وجه المماثلة لان ذلك هو القطع المسقط للاصبع وذلك غير ممكن ولان
الجناية واحدة حقيقة فلا توجب الا ضمانا واحدا وقد وجب المال
فلا يجب القصاص ولو قطع اصبع رجل عمدا فسقطت الكف من المفصل

مفصلا من صح

فلا قصاص في ذلك في قول ابي حنيفة وفيه دية اليد لان استيفا المثل
وهو القطع المسقط للكف متعذر فيمتنع الوجوب ولان الكف مع الاصبع
كعضو واحد فكانت الجناية واحدة حقيقة وحكما وقد تعلق بها ضمان
المال فلا يتعلق بها القصاص وقال ابو يوسف يقتص منه فتقطع
يده من المفصل فرق ابو يوسف بين هذا وبين ما اذا قطع اصبعا فسقطت
اخرى الى جنبها انه لا يجب القصاص في الثانية لان الاصبع جزء من الكف
والسراية تتحقق من الجزء الى الجملة كما تتحقق من اليد الى النفس والاصبعان
عضوان منفردان ليس احدهما جزء الاخر فلا تتحقق السراية من احدهما
الى الاخر فوجب القصاص في الاولى دون الثانية وعلى ما روي عن محمد في
النوادر يجب القصاص هاهنا ايضا كما قال ابو يوسف لانه جناية واحدة
وقد سرت الى ما يمكن فيه القصاص فيجعل كانه قطع الكف من الزند
ولو كسر بعض سن انسان فسقطت لا قصاص فيه في قول ابي حنيفة رحمه
الله لانه لا يمكن الاقتصاص بكسر مسقط للسن وقال ابو يوسف يجب
القصاص كما قال في الاصبع اذا قطعت فسقطت منها الكف وكذلك عند محمد
يجب القصاص على رواية النوادر لما ذكرنا من اصله وكذلك لو ضرب سن
انسان فتكسر بعضها وتحرك الباقي واستوفي حولا انها ان اسودت
فلا قصاص فيها لتعذر استيفا المثل وهو الكسر المسود وان سقطت
فكذلك في قول ابي حنيفة وفيها الارش لعدم امكان استيفا المثل وهو
الكسر المسقط فيجب فيها الارش وقال ابو يوسف فيها القصاص كما قال في
الاصبع اذا قطعت فسقطت الكف ولو شج انسانا موضحة متعمدا فذهب
منها بصره فلا قصاص في قول ابي حنيفة وفيها وفي البصر الارش وقال ابو
يوسف ومحمد في الموضحة القصاص وفي البصر الدية هذه رواية الجامع
الصغير عن محمد وروى ابن سماعة في نوادره عنه ان فيهما جميعا القصاص
وجه هذه الرواية انه تولد من جناية العمد الى عضو يمكن فيه القصاص
فيجب فيه القصاص كما اذا سرى الى النفس وجه ظاهر قولهما ان تلف
البصر حصل من طريق التسبيب لا من طريق السراية بطريق الدليل
ان الشجة تبقى بعدها ذهاب البصر وحدوث السراية توجب تغير
الجناية كالقطع اذا سرى الى النفس لانه لا يبقى قطعا بل يصير قتلا وهنا
الشجة لم تتغير بل بقيت شجة كما كانت فدل ان ذهاب البصر ليس من
طريق السراية بل من طريق التسبيب والجناية بطريق التسبيب لا
توجب القصاص كما في حفر البير ولو ذلك ولو ذهب له عيناه ولسانه
وسمعه وجماعه فلا قصاص في شي من ذلك على اصل ابي حنيفة وعلى
قولهما في الموضحة القصاص ولا قصاص في العينين على ظاهر قولهما بل
فيهما الارش وعلى رواية النوادر عن محمد فيهما القصاص دون اللسان
والسمع والجماع لانه لا يمكن فيهما القصاص اذ لا قصاص في ذهاب منفعة
اللسان والسمع والجماع في الشرع وفي ذهاب البصر قصاص في الشريعة
ولو ضربه بعصا فاوضحه ثم عاد فضربه اخرى الى جنبها ثم تآكلتا

حتى واحدة فهما موضحتان فلا قصاص فيهما اما على اصل ابي حنيفة فلعدم
امكان استيفا المثل وهما شجتان موضحتان تاكل بينهما واما على اصلهما
فلان ما تاكل من الموضحتين تلف بسبب الجراحة والاتلاف تسببا لا يوجب
القصاص والله اعلم ۝ ولا قصاص في العين اذا قورت او فسخت لانا
اذا فعلنا ما فعل وهو التقوير والفسخ لا يمكن استيفا المثل اذ ليس له حد
معلوم وان اذهب ضوءه فلم يفعل مثل ما فعل فتعذر الاستيفا بصفة
المماثلة فامتنع الوجوب وصار كمن قطع يد انسان من الساعد انه لا يجب
القصاص لانه لا سبيل الى القطع من الساعد ولا من الزند لما قلنا فامتنع
الوجوب كذا هذا وان ضرب عليها فذهب ضوءها مع بقا الحدقة على حالها
لم تنخسف فيها القصاص لقوله تعالى والعين بالعين ولان الاستيفا على
سبيل المماثلة ممكن بان يجعل على وجهه القطن المبلول ويحمى المراة
ويقرب من عينها حتى يذهب ضوءها وقيل انه اول من اهتدى الى ذلك
علي رضي الله عنه فانه روي انه وقعت هذه الحادثة في زمن عثمان رضي الله
عنه فجمع الصحابة وشاورهم في ذلك فلم يكن عندهم حكمها حتى جا علي رضي الله
عنه واشار الى ما ذكرنا فلم ينكر عليه احد فقضى به عثمان بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم فيكون اجماعا وان انخسفت فلا قصاص لان الثاني قد لا يقع
خاسفا بها فلا يكون مثل الاول وروي عن ابي يوسف انه لا قصاص في عين
الاحول لان الحول نقص في العين فيكون استيفا الكامل بالناقص فلا يتحقق
المماثلة ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة باليد الشلا كذا هذا ولا قصاص في الاشفار
والاجفان لانه لا يمكن استيفا المثل فيها واما الاذن فان استوعبها ففيها
القصاص لقوله تعالى والاذن بالاذن ولان استيفا المثل فيها ممكن فان قطع
بعضها فان كان له حد يعرف ففيه القصاص والا فلا واما الانف فان
قطع المارن ففيه القصاص بلا خلاف بين اصحابنا لقوله تعالى والانف
بالانف ولان استيفا المثل فيه ممكن لان له حدا معلوما وهو ما لان
منه فان قطع بعض المارن فلا قصاص فيه لتعذر استيفا المثل وان
قطع نصف قصبة الانف فلا قصاص فيه لانه عظم ولا قصاص في العظم
ولا في السن لما نذكر وقال ابو يوسف ان استوعب ففيه القصاص وقال
محمد لا قصاص فيه وان استوعب ولا خلاف بينهما في الحقيقة لان ابا يوسف
اراد به استيعاب المارن وفيه القصاص بلا خلاف ومحمد اراد به
استيعاب القصبة ولا قصاص فيها بلا خلاف واما الشفة فقد روي عن
ابي حنيفة انه قال اذا قطع شفة رجل السفلى او العليا وكان يستطاع ان
يقتص منه ففيه القصاص وذكر الكرخي انه ان استقصاها بالقطع ففيها
القصاص لامكان استيفا المثل عند الاستقصا وان قطع بعضها فلا قصاص
فيه لعدم الامكان ولا قصاص في عظم الا في السن لانه لا يعلم موضعه
ولا يومن فيه عن التعدي وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
لا قصاص في عظم وفي السن القصاص سوا كسر او قلع لقوله تعالى والسن
بالسن ولانه يمكن استيفا المثل فيه بان يوجد في الكسر من سن الكاسر

مثل ما كسر بالمبرد وفي القلع يوجد سنه بالمبرد الى ان ينتهي الى اللحم ويسقط
ماسوى ذلك وقيل في القلع انه يقلع سنه وتحقيق المماثلة فيه والاول
استيفا على وجه النقصان الا ان في القلع احتمال الزيادة لانه لا يومن فيه ان
يقلع المقلوع اكثر مما فعل القالع واما اللسان فان قطع بعضه فلا قصاص
فيه لعدم امكان استيفا المثل وان استوعب فقد ذكر في الاصل ان
اللسان لا يقتص فيه وقال ابو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان القطع
اذا كان مستوعبا امكن استيفا المثل فيه بالاستيعاب فيكون الجزا مثل
الجناية وجه ما ذكر في الاصل ان اللسان ينقبض وينبسط فلا يمكن استيفا
القصاص فيه بصفة المماثلة وان قطع الحشفة ففيها القصاص لامكان
استيفا المثل لان لها حدا معلوما وان قطع بعضها او بعض الذكر فلا قصاص
فيه لانه لا حد لذلك فلا يمكن القطع بصفة المماثلة فصار كما لو قطع بعض
اللسان ولو قطع الذكر كله من اصله ذكر في الاصل انه لا قصاص فيه وقال
ابو يوسف فيه القصاص وجه قوله ان عند الاستيعاب امكن الاستيفا
على وجه المماثلة فيجب القصاص وجه ما ذكر في الاصل ان الذي ينقبض
مرة وينبسط اخرى فلا يمكن مراعاة المماثلة فيه فلا يجب القصاص ولا
قصاص في جز شعر الراس وحلقه وحلق الحاجبين والشارب واللحية
وان لم ينبت بعد الحلق والنتف اما الجز فلانه لا يعلم موضعه فلا يمكن
اخذ المثل واما الحلق والنتف الموجود من الحالق والناتف فلان المستحق
غير منبت وذلك ليس في وسع المحلوق والمنتوف لجواز ان يقطع حلقه
ونتفه منبتا فلا يكون مثل الاول وذكر في النوادر انه يجب القصاص
اذا لم ينبت ولم يذكر حكم ثدي المراة انه هل يجب القصاص وكذا لم
يذكر حكم الانثيين في وجوب القصاص فيهما وينبغي ان لا يجب القصاص
فيهما لان كل ذلك ليس له مفصل معلوم فلا يمكن استيفا المثل واما حلمة
ثدي المراة فينبغي ان يجب القصاص فيها لان لها حدا معلوما فيمكن استيفا
المثل فيها كالحشفة ولو ضرب على راس انسان حتى ذهب عقله او سمعه
او كلامه او شمه او ذوقه او جماعه او ما صلبه فلا قصاص في شي من ذلك
لانه لا يمكنه ان يضرب ضربا يذهب به الاشيا فلم يكن استيفا المثل
ممكنا فلا يجب وكذلك لو ضرب على يد رجل او رجله فشلت لا قصاص عليه
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا مشلا فلم يكن المثل مقدور الاستيفا
فلا يجب القصاص والله اعلم • واما الشجاج فلا خلاف في ان الموضحة
فيها القصاص لقوله تعالى والجروح قصاص الا ما خص بدليل ولانه
يمكن استيفا القصاص فيها على سبيل المماثلة لان لها حدا تنتهي اليه
السكين وهو العظم ولا خلاف في انه لا قصاص فيما بعد الموضحة لتعذر
الاستيفا فيه على وجه المماثلة لان الهاشمة تهشم العظم والمنقلة تهشم
وتنتقل بعد الهشم ولا قصاص في هشم العظم لما بينا والآمة لا يؤمن فيها
من ان تنتهي السكين الى الدماغ فلا يمكن استيفا القصاص في هذه
الشجاج على وجه المماثلة فلا يجب القصاص بخلاف الموضحة والسمحاق

والباضعة

والباضعة والدامية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه لا قصاص في الشجاج
الا في الموضحة والسمحاق ان امكن القصاص في السمحاق وروي عن ابراهيم
النخعي انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها حكم عدل وكذا روي عن عمر
ابن عبد العزيز وعن الشعبي انه قال ما دون فيه اجرة الطبيب وجه
رواية ان ما دون الموضحة مما ذكرنا لا حد له ينتهي اليه السكين فلا يمكن
الاستيفا بصفة المماثلة وجه رواية الاصل ان استيفا المثل فيه ممكن
لانه يمكن معرفة قدر غور الجراحة بالمسبار ثم اذا عرف قدره يعمل
حديدة على قدره فينفذ في اللحم الى اخرها فيستوفى منه مثل ما فعل ثم ما
يجب فيه القصاص من الشجاج لا يقتص من الشاج الا في موضع الشجة من
المشجوج من مقدم راسه ومؤخره ووسطه وجنبيه لان وجوب
القصاص للشين الذي يلحق المشجوج وذا يختلف باختلاف المواضع من
الراس الا ترى ان الشين في موخر الراس لا يكون مثل الشين في مقدمه
ولهذا يستوفى على مساحة الشجة من طولها وعرضها ما امكن لاختلاف الشين
باختلاف الشجة في الصغر والكبر وعلى هذا يخرج ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت
الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج لصغر راس المشجوج
وكبر راس الشاج انه لا يستوعب ما بين قرني الشاج في القصاص لان في
استيعاب استيفا الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ولكن يخير
المشجوج ان شا اقتص من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته في الطول ثم يكف
وان شا عدل الى الارش لانه اخذ حقه ناقصا لان الشجة الاولى وقعت
مستوعبة والثانية لا يمكن استيعابها فيثبت له الخيار فان استوفى
استوفى حقه ناقصا تشفيا للصدر وان شا عدل الى الارش كما قلنا في
الاشل اذا قطع يد الصحيح واذا اختار القصاص له ان يبدا من اي الجانبين
الجانبين شا لان كل ذلك حقه فله ان يبتدي من ايهما شا وان كانت
الشجة تاخذ ما بين قرني المشجوج ولا تفضل وهي تاخذ ما بين قرني الشاج
وتفضل عن قرنيه لكبر راس المشجوج وصغر راس الشاج فالمشجوج بالخيار
ان شا اخذ الارش وان شا اقتص ما بين قرني الشاج لا يزيد على ذلك شيا
لانه لا سبيل الى استيفا الزيادة على قرني الشاج لانه ما زاد على ما بين
قرني المشجوج فلا يزاد على ما بين قرنيه فيخير المشجوج لانه وجد حقه ناقصا
اذ الثانية دون الاولى في قدر الجراحة فان شا رضي باستيفا حقه ناقصا
واقتصر على ما بين قرني الشاج طلبا للتشفي وان شا عدل الى الارش وان كانت
الشجة لا تاخذ بين قرني المشجوج وهي تاخذ ما بين قرني الشاج لا يجوز
ان يستوعب ما بين قرني الشاج كله بالقصاص لان الشجة الاولى وقعت
غير مستوعبة فالاستيعاب في الجزا يكون زيادة وهذا لا يجوز وان كان
ذلك مقدار شجته في المساحة كما لا يجوز استيفا ما فضل عن قرني الشاج
في المسلة الاولى وان كان ذلك مقدار الشجة الاولى في المساحة وله
الخيار لتعذر استيفا مثل شجته في مقدارها في المساحة في الطول فان
شا اقتص ونقص عما بين قرني الشاج وان شا ترك واخذ الارش وان

كانت الشجة في طول راس المشجوج وهي تاخذ من جبهته الى قفاه ولا تبلغ من
الشاج الى قفاه يخير المشجوج ان شا اقتص بمقدار شجته الى مثل موضعها من
راس الشاج لا يزيد عليه وان شا اخذ الارش لما بينا فيما تقدم وحكى الطحاوي
عن علي بن العباس الرازي انه قال اذا استوعبت الشجة ما بين قرني المشجوج
ولا تستوعب ما بين قرني الشاج يقتص من الشاج ما بين قرنيه كله وان زاد ذلك
على طول الشجة الاولى لانه لا عبرة بالصغر والكبر في القصاص بين العضوين
كما في اليدين والرجلين انه يجري القصاص بينهما وان كان احدهما اكبر من
الاخرى فكذا في الشجة وهذا الاعتبار غير سديد لان وجوب القطع هناك
لفوات المنفعة وانها لا تختلف بالصغر والكبر الا ترى ان اليد الصغيرة
قد تكون اكبر منفعة من الكبيرة فاذا لم تختلف ما وجب له لم يختلف
الوجوب بخلاف الشجة لان وجوب القصاص فيها للشين الذي يلحق المشجوج
وانه يختلف فيزداد بزيادة الشجة وينتقص بنقصانها لذلك افترق
الامران والله الموفق للصواب   واما الجراح فان مات من شي منها
المجروح وجب القصاص لان الجراحة صارت بالسراية نفسا فان لم يمت
فلا قصاص في شي منها سوا كانت جايفة او غيرها لانه لا يمكن استيفا
القصاص فيها على وجه المماثلة ومنها ان يكون الجاني والمجني عليه حرين
فان كان احدهما حرا والاخر عبدا او كانا عبدين فلا قصاص فيه ومنها
ان يكونا ذكرين او انثيين عندنا فان كان احدهما ذكرا والاخر انثى
فلا قصاص فيه عند اصحابنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط ويجري
القصاص بين الذكر والانثى فيما دون النفس كما يجري في النفس
وهذان الشرطان في الحقيقة عندنا متداخلان لانهما دخلا في شرط
المماثلة لان المماثلة في الاروش شرط وجوب القصاص فيما دون النفس
بدليل ان الصحيح لا يقطع بالاشل ولا كامل الاصابع بناقص الاصابع ولما
ذكرنا فيما تقدم ان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال والمماثلة
في الاموال في باب الاموال معتبرة ولم توجد المماثلة بين الاحرار
والعبيد في الاروش لان ارش طرف العبد ليس بمقدر بل يجب باعتبار
قيمته وارش طرف الحر مقدر فلا يوجد التساوي بين ارشيهما
فلئن اتفق استواهما في القدر فلا يعتبر ذلك لان قيمة طرف العبد
يعرف بالحزر والظن بتقويم المقومين فلا تعرف المساواة فلا يجب
القصاص وكذا لم يوجد بين العبيد والعبيد لانهم ان اختلفت
قيمتهم فلم يوجد التساوي في الارش وان استوت قيمتهم فلا يعرف
ذلك الا بالحزر والظن لانه يعرف بتقويم المقومين وذلك يختلف
ولا يعرف التساوي في اروشهم فلا يجب القصاص ويبقى فيه شبهة العدم والشبهة
في باب القصاص ملحقة بالحقيقة ولا بين الذكور والاناث فيما دون
النفس لان ارش الانثى نصف ارش الذكر وعند الشافعي الاروش في
الاحرار غير معتبرة وجه قوله ان القصاص جرى بين نفسيهما فيجري
بين طرفيهما لان الطرف تابع للنفس ولنا انه لا مساواة بين ارشيهما

فلا قصاص في طرفيهما كالصحيح مع الاشل ولا قصاص في الاظفار لانعدام المساواة
في اروشها لان ارش الظفر الحكومة وانما تعرف بالحزر والظن والله اعلم
فصل واما كون الجناية فيما دون النفس بالسلاح فليس بشرط لوجوب
القصاص فيه فسوا كان بسلاح او غيره يجب فيه القصاص لانه ليس
فيما دون النفس شبه عمد وانما فيه عمد او خطا لما ذكرنا فيما تقدم
فاستوى فيهما السلاح وغيره هذا الذي ذكرنا شرايط وجوب القصاص
فيما دون النفس فوقته ما بعد البرء فلا يحكم بالقصاص ما لم يبرا وهذا
عندنا وعند الشافعي وقته ما بعد الجناية ولا ينتظر وجه قوله انه
وجب القصاص للحال فله ان يستوفي الواجب للحال ولنا ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستقاد من الجراحة
حتى يبرا وروي ان رجلا جرح حسان بن ثابت رضي الله عنه في فخذه
فجا الانصار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلبوا القصاص فقال
عليه السلام انتظروا ما يكون من صاحبكم فانا والله منتظر وهو انه
يحتمل السراية والجراحة عند السراية فيصير قتلا فيتبين انه استوفى
غير حقه وهذا فرع مسالة ذكرناها وهي ان المجروح اذا مات بالجراحة
يجب القصاص عندنا لا في الطرف وعند الشافعي يفعل به مثل ما فعل
فصل واما الذي فيه دية كاملة فالكلام فيه في موضعين احدهما
في بيان سبب الوجوب وفي بيان شرايطه اما السبب فهو تفويت
المنفعة المقصودة من العضو على الكمال وهو تفويت منفعة الجنس وتفويت
الجمال على الكمال وذلك في الاصل باحد امرين ابانة العضو واذهاب معنى
العضو مع بقا العضو صورة اما الاول فالاعضا التي تتعلق بابانتها
كمال الدية انواع ثلثة نوع لا نظير له في البدن ونوع في البدن
منه اثنان ونوع في البدن منه اربعة اما الذي لا نظير له
في البدن فستة اعضا احدها الانف سوا استوعب جدعا او قطع
المارن منه وحده وهو ما لان من الانف والثاني اللسان سوا استوعب
قطعا او قطعت منه ما يذهب بالكلام كله والثالث الذكر سوا استوعب
قطعا او قطعت الحشفة منه وحدها والاصل فيه ما روي عن سعيد ابن
المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي الذكر الدية وفي الانف الدية وفي المارن الدية وروي
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب عمرو بن حزم رضي الله عنه
وفي النفس وفي الانف الدية وفي اللسان ولانه ابطل المنافع المقصودة
من هذه الاعضا والجمال ايضا من بعضها فالمقصود من الانف الشم
والجمال ايضا ومن اللسان الكلام ومن الذكر الجماع والحشفة تتعلق بها
منفعة الانزال وقد زال كله بالقطع وان كان ذهب بعض الكلام بقطع
بعض اللسان دون بعضه ففيه حكومة العدل لانه لم يوجد تفويت
المنفعة على سبيل الكمال وقيل تقسم الدية على عدد حروف الهجا فيجب
من الدية بقدر ما فات من الحروف ونقلت هذه القضية عن علي رضي الله عنه

لان المقصود من اللسان هو الكلام وقد فات بعضه دون بعض فيجب من الدية
بقدر الفايت منها لكن انما يدخل في القسمة الحروف التي تدخل تفتقر الى اللسان
فاما ما يفتقر الى اللسان من الشفرية والحلقية كالبا والفا والها ونحوها
فلا يدخل والرابع الصلب اذا احدودب بالضرب او انقطع الما وهو المني
فيه دية كاملة لوجود تفويت منفعة الجنس والخامس مسلك البول
والسادس مسلك الغايط من المراة اذا افضاها انسان فصارت لا
تستمسك البول او الغايط فعليه دية كاملة وان صارت لا تستمسكهما
فعليه لكل واحد منهما دية كاملة لانه فوت منفعة مقصودة بالعضو
على الكمال فيجب عليه كمال الدية   واما الاعضا التي في البدن منها
اثنان فالعينان والاذنان والشفتان والحاجبان اذا ذهب شعرهما
ولم ينبت والثديان والحلمتان والانثيان والاصل فيه ما روي عن
سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال وفي الاذنين
الدية وفي العينين الدية وفي الرجلين الدية ولان في قطع كل اثنين من
هذين العضوين تفويت منفعة الجنس منفعة مقصودة او تفويت الجمال
على الكمال كمنفعة البصر في العينين والبطش في اليدين والمشي في الرجلين
والجمال في الاذنين والحاجبين اذا لم ينبتا والشفتين ومنفعة امساك
الريق في احديهما وهي السفلى والثديان وكذا اللبن وفي الحلمتان منفعة
الرضاع والانثيان وكذا المني واما الاعضا التي في البدن منها اربعة
فنوعان احدهما اشفار العينين وهي منابت الاهداب اذا لم ينبت
لما في تفويتها تفويت منفعة البصر والجمال ايضا على الكمال وفي كل شعر
منها ربع الدية والثاني الاهداب وهو شعر الاشفار اذا لم تنبت لما قلنا
واما اذهاب معنى العضو مع بقايه صورة فنحو العقل والسمع والبصر
والشم والذوق والجماع والايلاد بان ضرب على انسان فذهب عقله
او سمعه او كلامه او شمه او ذوقه او جماعه او ايلاده بان ضرب على ظهره
فذهب ما صلبه والاصل فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في
ضربة واحدة باربع ديات ضرب على راسه فذهب عقله وكلامه وسمعه
وبصره ولانه فوت المنافع المقصودة من هذه الاعضا على سبيل الكمال
اما العقل فلان تفويته تفويت منافع الاعضا كلها لانه لا يمكن الانتفاع
بها فيما وضعت له بفوت العقل الا ترى ان افعال المجانين تخرج مخرج
افعال البهايم فكان اذهابه ابطالا للنفس معنى واما السمع والبصر
والكلام والشم والذوق والايلاد والجماع فكل واحد منها منفعة مقصودة
وقد فوتها كلها ولو ضرب على راس رجل فسقط شعره او على راس امراة فسقط
شعرها او حلق لحية رجل او نتفها او حلق شعر امراة ولم ينبت فان كان
حرا ففيه الدية عند اصحابنا وعند الشافعي فيه حكومة وجه قوله
ان لا يجب كمال الدية الا باتلاف النفس لان الدية بدل النفس الا ان الشرع
ورد بذلك عند تفويت منفعة الجنس كما في قطع اليدين والرجلين ونحو
ذلك لان تفويت منفعة الجنس تجعل النفس تالفة من وجه ولم يوجد

ذلك

ذلك في حلق الشعر فبقي الحكم فيه مردودا الى الاصل ولهذا لم يجب في حلق
شعر ساير البدن ولنا ان شعر النسا والرجال جمال كامل وكذا اللحية للرجال
والدليل عليه ما روي من الحديث ان الله تعالى خلق في سما الدنيا ملايكة
من تسبيحهم سبحان الذي زين الرجال باللحى والنسا بالذوايب وتفويت
الجمال على الكمال في حق الحر يوجب كمال الدية كالمارن والاذن الشاخصة
والجامع بينهما اظهار شرف الادمي وكرامته وشرفه في الجمال فوق شرفه
في المنافع ثم تفويت المنافع على الكمال لما اوجب كمال الدية فتفويت الجمال
على الكمال اولى بخلاف شعر ساير البدن بانه لا اخلاق فيه على الكمال لانه
لا جمال فيه على الكمال لانه لا يظهر للناس فتفويته لا يوجب كمال الدية
وقد روي عن علي رضي الله عنه انه قال في الراس اذا حلق فلم ينبت الدية
كاملة وكذا روي عنه انه قال في اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية وروي
ان رجلا اغلا ما فصبه على راس رجل فانسلخ جلد راسه فقضى علي رضي
الله عنه وعن الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله انه قال انما تجب
كمال الدية في اللحية اذا كانت كاملة بحيث يتجمل بها فاما اذا كانت طاقات
متفرقة لا يتجمل بها فلا شي فيها وان كانت غير متوفرة بحيث يقع بها الجمال
الكامل وليست مما يشين ففيها حكومة عدل واما شعر العبد ولحيته فذكر
في الاصل ان فيه حكومة وروي الحسن عن ابي حنيفة ان فيه القيمة وجه
رواية الاصل ان الجمال في العبيد ليس بمقصود بل المقصود منهم الخدمة
وتفويت ما ليس بمقصود لا يتعلق به كمال الدية ولو حلق راس انسان
او شعره ثم نبت فلا شي عليه لان النابت قام مقام الفايت فكانه لم
يفت الجمال اصلا وفي الصعر وهو اعوجاج الرقبة كمال الدية لوجود تفويت
منفعة مقصودة وتفويت الجمال على الكمال ● واما شرايط الوجوب
فمنها ان تكون الجناية خطا فيما عمده القصاص واما ما لا قصاص في عمده
فيستوي فيه العمد والخطا وقد بينا ما في عمده القصاص وما لا قصاص
فيه فيما تقدم ● ومنها ان يكون المجني عليه ذكرا فان كان انثى فعليه
دية الانثى وهو نصف دية الذكر سواكان الجاني ذكرا او انثى لاجماع
الصحابة رضي الله عنهم على تنصيف دية الانثى من دية الذكر على ما
ذكرنا في دية النفس ● ومنها ان يكون الجاني والمجني عليه حرين فان كان
الجاني حرا والمجني عليه عبدا فلا دية فيه وفيه القيمة في قول ابي حنيفة
رحمه الله ثم ان كان قليل القيمة وجب فيه جميع قيمته وان كان كثير القيمة
بل بلغت الدية ينقص من قيمته عشرة كذا روي ابو يوسف عن ابي
حنيفة انه قال كل شي من الحر فيه الدية فهو من العبد فيه القيمة
وكل شي من الحر فيه نصف الدية فهو من العبد نصف القيمة وكذلك
الجراحات وعموم هذه الرواية يقتضي ان كل شي من الحر فيه قدر من
الدية فمن العبد فيه ذلك القدر من قيمته من غير فصل بين ما يقصد
به المنفعة كالعين واليد والرجل وبين ما يقصد به الجمال والزينة مثل
الحاجب والشعر والاذن وهكذا روي الحسن انه ان حلق احد حاجبيه

جمال صح

فلم ينبت او نتف اشفار عينيه الاسفل او الاعلى يعني اهدابه فلم ينبت
او قطع احدى شفتيه العليا او السفلى ان عليه في كل واحد من ذلك نصف
القيمة وقال ابو يوسف رجع ابو حنيفة في حاجب العبد وفي اذنيه
وقال فيه حكومة العدل وكذا قال محمد رحمه الله استقبح ابو حنيفة
ان يضمن في اذن العبد نصف القيمة وهذا دليل الرجوع ايضا والحاصل
ان الواجب فيما يقصد به المنفعة هو القيمة رواية واحدة وفيما يقصد
محمد رحمه الله صح
به الزينة والجمال عنه روايتان وقال الواجب في ذلك كله النقصان
يقوم العبد مجنيا عليه ويقوم وليس به الجناية فيغرم الجاني فضل ما
بين القيمتين وهو قول ابي يوسف الاخير وقوله الاول مع قول ابي حنيفة
وجه قول محمد ان ما دون النفس من العبد له حكم المال لانه خلق لمصلحة
النفس كالمال وبدليل انه لا يجب فيه القصاص ولا تحمله العاقلة فكان
ضمانه ضمان الاموال وضمان الاموال غير مقدر بل يجب بقدر نقصان الاموال
كما في ساير الاموال وجه رواية الجمع لابي حنيفة ان القيمة في العبد
كالدية في الحر فلما جاز تقدير ضمان جناية الحر بديته جاز تقدير ضمان
جناية العبد بقيمته ولان التقدير قد دخل على الجناية عليه في النفس
حتى لا يبلغ الدية اذا كان كثير القيمة فجاز ان يدخل فيما ضمان الجناية
فيما دون النفس كالحر ووجه رواية الفرق له ان الجمال ليس بمقصود في
العبيد بل المقصود منهم الخدمة فاما المنفعة فمقصودة من الاحرار
والعبيد جميعا ولان ما دون النفس من العبد له شبه النفس وشبه
المال اما شبه النفس فظاهر لانه اجزا النفس حقيقة واما شبه المال
فانه لا يجب فيه القصاص ولا تحمله العاقلة فيجب العمل بالشبهين فيعمل
بشبه النفس فيما يقصد به المنفعة بتقدير ضمانه بالقيمة حتى لو جنى
على النفس ويعمل بشبه المال فيما يقصد به الجمال فلم يقدر ضمانه بالقيمة
كما اذا اتلف المال عملا بالشبهين بقدر الامكان وقد خرج الجواب
عما ذكره محمد رحمه الله من عدم وجوب القصاص وتحمل العاقلة لان
ذلك عمل بشبه المال ولانه لا ينبغي العمل بشبه النفس فيجب العمل بهما
جميعا وذلك فيما قلنا ثم الحر اذا فقا عيني عبد انسان او قطع يديه
او رجليه حتى وجب عليه كمال القيمة فمولاه بالخيار ان شا سلمه الى
الفاقي واخذ قيمته وان شا امسكه وقال ابو يوسف ومحمد له ان
يمسكه ويأخذ ما نقصه وقال الشافعي له ان يمسكه ويأخذ جميع القيمة
وجه قول الشافعي ان الواجب فيه هو القيمة ضمان العضوين الفايتين
لا غير فيبقى الباقي على ملكه كما لو فقا احدى عينيه او قطع احدى يديه
انه يضمن نصف قيمته ويبقى الباقي على ملكه كذا هذا وجه قولهما ان
الضمان بمقابلة العينين كما قال الشافعي لكن الرقبة هلكت من وجه
لفوات منفعة الجنس فيخير المولى ان شا مال الى جهة الهلاك ويضمنه القيمة
وسلم العبد الى الفاقي لوصول عوض الرقبة اليه وان شا مال الى جهة
القيام وامسكه وضمن النقصان وهو بدل العينين كما يخير صاحب

المال عند النقصان الفاحش في المواضع كلها ولابي حنيفة انه لما وصل الى
المولى بدل النفس فلو بقي العبد على ملكه لاجتمع البدل والمبدل في ملك
رجل واحد فيما يصح تمليكه بعقود المعاوضات وهذا لا يجوز كما لا يجوز
اجتماع المثمن والثمن في ملك رجل واحد ولا يلزم ما اذا غصب مدبرا فابق
من يده ان المولى يضمنه قيمته والمدبر على ملكه لانه لا يحتمل التمليك بعقد
المعاوضة ولا يلزم الهبة بشرط العوض اذا سلم الهبة ولم يقبض العوض
انه اجتمع على ملك الموهوب له العوض والمعوض لان العوض قبل القبض لا يكون
عوضا فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم البيع الفاسد اذا قبض المشتري
المبيع ولم يسلم الثمن لان الثمن ليس ببدل في البيع الفاسد انما البدل
القيمة وقد ملكها البايع حين ملكها المشتري المبيع فلم يجتمع البدل والمبدل
في ملكه ولا يلزم ما اذا اشترى عبدا بجارية على انه بالخيار فقبض العبد
فاعتقهما جميعا انه ينفذ اعتاقه فيهما جميعا وقد اجتمع العوض والمعوض
على ملكه لانه لما اعتقهما فسد البيع في الجارية وصار العوض عن العبد القيمة
وملكها للبايع في مقابلة ملك العبد فلم يجتمع العوض والمعوض ولا يلزم
ما اذا استاجر شيا وعجل الاجرة ان الموجر يملكها والمنافع على ملكه فقد
اجتمع البدل والمبدل في ملك واحد لان المنافع لا تملك عندنا الا
بعد وجودها وكلما وجد جزء منها حدث على ملك المستاجر فلم يجتمع العوض
والمعوض في ملك الموجر ولا يلزم ما اذا غصب عبدا فجني عنده جناية ثم
رده على مولاه فجنى عنده جناية اخرى ودفعه بالجنايتين انه يرجع
على الغاصب بنصف القيمة فيدفعها الى ولي الجناية الاولى ومعلوم ان
نصف القيمة عوض عن نصف الرقبة الذي سلم له فقد اجتمع في ملكه
وهو نصف العبد العوض والمعوض لان الممتنع اجتماع العوض والمعوض
في ملك رجل بعقد المعاوضة ولم يوجد هناك لان ولي الجناية انما
ياخذ عوضا عن جنايته لا عن المال واجتماع العوض والمعوض في ملك
رجل واحد بغير عقد المعاوضة جايز كمن استوهب المبيع من البايع
والثمن من المشتري او ورثهما والله اعلم ۝ وان كان الجاني عبدا والمجني
عليه حرا او كانا جميعا عبدين فحكم هذه الجناية وجوب الدفع الا ان
يختار المولى الفدا على ما ذكرنا في جنايات العبيد والله اعلم ۝

فصل واما الذي يجب فيه ارش مقدر وفي اثنين فيهما من البدن
فيهما كمال الدية في احدهما نصف الدية من احدى واليدين والرجلين
والاذنين والحاجبين اذا لم ينبت والشفتين والانثيين والثديين
والحلمتين لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب في كتاب
عمرو بن حزم رضي الله عنه وفي العينين الدية وفي احدهما نصف
الدية وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان كل الدية
قطع كل العضوين فينقسم عليهما فيكون في احدهما النصف لان وجوب
الكل في العضوين لتفويت كل المنفعة المقصودة من العضوين والفايت
بقطع احدهما النصف فيجب فيه نصف الدية ويستوي فيه اليمين

واليسار لان الحديث لا يوجب الفصل بينهما وسوا ذهب بالجناية على العين نور البصر دون الشحمة او ذهبت مع الشحمة لان المقصود من العين البصر والشحمة فيه تابعة وكذا العليا والسفلى من الشفتين سوا عند عامة الصحابة رضي الله عنهم وروي عن زيد بن ثابت انه فصل بينهما فاوجب في السفلى الثلثين وفي العليا الثلث لزيادة جمال في العليا ومنفعة في السفلى وبقية الصحابة رضي الله عنهم سووا بينهما وهو قول جماعة من التابعين مثل شريح وابراهيم وغيرهما وسوا قطع الحلمة من ثدي المراة او قطع الثدي وفيها الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدي تبع لان المقصود من الثدي وهو منفعة الرضاع تفوت بفوات الحلمة وسوا كان ذلك بضربة او ضربتين اذا كان قبل البرء من الاولى لان الجناية قبل البرء فاذا اتبعها الثانية قبل استقرارها صار كانه اوقعهما معا وفي اصابع اليدين والرجلين في كل واحدة منها عشر الدية وهي في ذلك سوا لا فضل لبعض على بعض والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين اصبع واصبع وروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال هذه وهذه سوا واشار الى الخنصر والابهام وسوا قطع اصابع اليد وحدها او قطع الكف ومعها الاصابع وكذلك القدم مع الاصابع لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في كل اصبع عشر من الابل من غير فصل بين ما اذا قطع الاصابع وحدها او قطع الكف التي فيها الاصابع ولان الاصابع اصل والكف تابعة لها لان المنفعة المقصودة من اليد البطش وانها تحصل بالاصابع فكان اتلافها اتلافا لليد وسوا قطع من الاصابع او شل من الجراحة او يبس ففيه عقله تاما لان المقصود منه يفوت وما كان من الاصابع فيه ثلث مفاصل ففي كل مفصل ثلث دية الاصبع وما كان فيه مفصلان ففي كل واحد منهما نصف دية الاصبع لان ما في الاصبع ينقسم على مفاصلها كما ينقسم ما في اليد على عدد الاصابع وفي احدى اشفار العينين ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلث ثلث ارباع ان لم ينبت لان الاشفار كلها كل الدية فتقسم الدية على عددها كما تقسم الدية على اليدين وان نبت فلا شي فيه وسوا قطع الشفر وحده او قطع معه الجفن لان الجفن تبع للشفر كالكف والقدم للاصابع وكذا اهداب العينين اذا لم ينبت حكمها حكم الاشفار وفي كل سن خمس من الابل يستوي فيه المقدم والموخر والثنايا والاضراس والانياب والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في كل سن خمس من الابل من غير فصل بين سن وسن ومن الناس من فضل ارش الطواحن على ارش الضواحك وهذا غير سديد لان الحديث لا يوجب الفصل وهذا يجري على قياس الاصابع لان الاصل ورد في كل سن بخمس من الابل لان الاسنان اثنان وثلثون فيزيد الواجب في جملتها على قدر الدية ولو ضرب رجلا ضربة فالقى اسنانه كلها فعليه دية وثلثة اخماس الدية لان جملة الاسنان اثني وثلثون سنا عشرون ضرسا واربعة انياب واربعة ثنايا واربعة ضواحك في كل سن نصف عشر الدية فيكون في جملتها ستة عشر الف درهم وهي دية وثلثة اخماس دية فيودي هذه الجملة في ثلث

الشرح صح

سنين

سنين في السنة الاولى ثلثا الدية وهي ثلث من ذلك من الدية الكاملة وهي عشرة الاف درهم وثلث من ثلثة اخماس الدية وهي ستة الاف درهم وفي السنة الثانية الثلث من الدية الكاملة والباقي من ثلثة اخماس الدية وهي اربعة الاف درهم وفي الثالثة ثلث الدية وهي ما بقي من الدية الكاملة وانما كان كذلك لان الدية الكاملة تودي في ثلث سنين في كل سنة ثلثها وثلثة اخماس الدية وهي ستة الاف تودي في سنتين من السنتين الثلث وهذا يلزم ان يكون قدر المودي من الدية الكاملة والناقصة في السنتين الاولتين وقدر المودي من الدية الكاملة في السنة الثالثة ما وصفنا والله اعلم ولو ضرب على انسان رجل وتحركت ينتظر بها حولا لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال يستانا بالجراح حتى تبرا والتقدير بالسنة لانها مدة يظهر فيها حقيقة حالها من السقوط والتغير والثبوت وسوا كان المضروب صغيرا او كبيرا كذا روي في المجرد عن ابي حنيفة انه يوجل سنة سوا كان صغيرا او كبيرا وقال ابو يوسف ينتظر في الصغير ولا ينتظر في الرجل وعن محمد انه ينتظر اذا تحركت واذا سقطت لا ينتظر وجه قول محمد ان السن اذا تحركت قد تثبت وقد تسقط فاما اذا سقطت فالظاهر انها لا تنبت وجه قول ابي يوسف في الفرق بين الصغير والكبير ان سن الصغير قد تنبت ظاهرا وغالبا وسن الكبير لا تنبت ظاهرا وجه قول ابي حنيفة ان احتمال النبات ثابت فيجب التوقف فيه فان استدت ولم تنبت فلا شي فيها وروي عن ابي يوسف فيها حكومة عدل وان تغيرت فان كان التغير الى السواد او الى الحمرة او الخضرة ففيها الارش تاما لانه ذهبت منفعتها وذهاب منفعة بمنزلة ذهاب العضو وان كان التغير الى الصفرة ففيها حكومة العدل وروي عن ابي حنيفة انه ان كان حرا فلا شي فيه وان كان مملوكا ففيه الحكومة وهذه الرواية لا تكاد تصح عنه لان الحر اولى بايجاب الارش من العبد وقال زفر في الصفرة الارش تاما كما في السواد لان كل ذلك يفوت الجمال ولنا ان الصفرة لا توجب فوات المنفعة وانما توجب نقصانا فيوجب حكومة العدل وروي عن ابي يوسف انه ان كثرت الصفرة حتى تكون عيبا كعيب الحمرة والخضرة ففيها عقلها تاما ويجب ان يكون هذا قولهم جميعا وان سقطت فان نبت مكانها اخرى ينظر ان نبتت صحيحة فلا شي فيها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه الارش كاملا كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي ان على قول ابي يوسف فيها حكومة العدل وجه قول ابي يوسف انه فوت السن والنابت لا يكون عوضا عن الفايت لان هذا العوض من الله تعالى فلا يسقط به الضمان الواجب كمن اتلف مال انسان ثم ان الله تعالى رزق المتلف عليه مثل المتلف ولابي حنيفة رحمه الله ان السن يستانا بها فلولا ان الحكم يختلف بالنبات لم يكن للاستيناء معنى لانها لما نبتت فقد عادت المنفعة والجمال وقامت الثانية مقام الاولى كان الاولى قايمة كسن الصبي هذا اذا نبتت بنفسها فاما اذا ردها صاحبها الى مكانها

فاشتدت ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان المعاد لا ينتفع به لانقطاع العرق
بل تبطل بادنى شي فكانت اعادتها والعدم بمنزلة واحدة ولهذا جعلها محمد رحمه الله
في حكم الميتة حتى قال ان كانت اكثر من قدر الدرهم لم تجز الصلاة معها وابو
يوسف فرق بين سن نفسه وسن غيره فاجاز الصلاة في سن نفسه دون
سن غيره وعلى هذا اذا قطع اذنه فخاطها فالتحم انه لا يسقط عنه الارش لانها لا تعود
الى ما كانت عليه فلا يعود الجمال هذا اذا نبتت مكانها اخرى صحيحة فاما اذا نبتت
معوجة ففيها حكومة العدل بالاجماع وان نبتت متغيرة بان نبتت سودا او
حمرا او خضرا او صفرا فحكمها حكم ما لو كانت قايمة فتغيرت بالضربة لان النابت
قام مقام الذاهب فكان الاول قايمة وتغيرت وقد بينا حكم ذلك واما سن
الصغير اذا ضرب عليها فسقطت فان كان قد تغير فسنه وسن البالغ سوا وقد
ذكرنا ذلك وان كان قبل ان يتغير فان لم تنبت او نبتت متغيرة فكذلك وان
نبتت صحيحة فلا شي فيها في قول ابي حنيفة كما في سن البالغ وفي قول ابي يوسف
فيها حكومة الالم فرق ابو يوسف على ما ذكره الكرخي بين سن الصبي والبالغ
لان الصبي اذا لم يتغير لا نبات له الا على شرف السقوط بخلاف سن البالغ وهذه
فريعة مسلة الشجة اذا التحمت ونبت الشعر عليها انه لا شي على الشاج في قول
ابي حنيفة وعند ابي يوسف فيها حكومة الالم وعند محمد فيها اجرة الطبيب
والمسلة تاتي في بيان حكم الشاج ان شا الله تعالى ولو ضرب على سن انسان فتحرك
فاجله القاضي سنة ثم جا المضروب وقد سقطت سنه فقال انما سقطت من
ضربتك وقال الضارب ما سقطت بضربتي فالمضروب لا يخلو اما ان جا
في السنة واما ان جا بعد مضي السنة فان جا في السنة فالقياس ان يكون القول
قول الضارب وفي الاستحسان القول قول المضروب ولو شج راس انسان موضحة
فصارت منقلة فاختلفا في ذلك فقال المشجوج صارت منقلة بضربتك وعليك
ارش المنقلة وقال الشاج بل صارت منقلة بضربة اخرى حدثت فالقياس على السن
ان يكون القول قول المشجوج وفي الاستحسان القول قول الشاج وللاستحسان وللقياس
وجهان احدهما ان المضروب والمشجوج يدعيان على الضارب والشاج الضمان وهما
ينكران والقول قول المنكر مع يمينه والثاني انه وقع التعارض بين قوليهما
والضمان لم يكن واجب فلا يجب بالشك والى هذا اشار محمد رحمه الله في الاصل
فقال استحسن بالسن لورود الاثر والاثر عن ابراهيم النخعي وللاستحسان
وجهان من الفرق احدهما ان الظاهر للمضروب في مسلة السن لان سبب السقوط حصل
من الضارب وهو الضرب المحرك لان التحرك سبب السقوط فكان الظاهر شاهدا
للمضروب بخلاف الشجة لان الشجة الموضحة لا تكون سببا لصيرورتها منقلة
فلم يكن الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر والثاني انه لما
جرى التاجيل حولا في السن والتاجيل مدة الحول لانتظار ما يكون من الضربة
فاذا جا في الحول وقد سقطت سنه فقد جا بما وقع له الانتظار من الضربة في مدة
الانتظار فكان الظاهر شاهدا له فاما الشجة فلم يقدر في انتظارها وقت
فكان قول الشاج في قدر الشجة وان جا بعد مضي السنة فالقول قول الضارب
لان التاجيل مدة الحول لاستقرار حال السن لظهور حالها في هذه المدة عادة

فاذا

فصل الشجاج

فاذا لم يجي دلت على سلامتها عن السقوط بالضربة فكان السقوط محالا الى سبب حادث
فكان الظاهر شاهدا للضارب او لم يشهد لاحدهما فيبقى المضروب مدعيا ضمانا
على الضارب وهو ينكر فالقول او يقع التعارض فيقع الشك في وجوب الضمان والضمان
لا يجب بالشك وكذا الوجه الثاني زمان ما بعد الحول لم يجعل لانتظار حال السن
فاحتمل السقوط من ضربة اخرى من غيره واحتمل من ضربته فلا يمكن القول بوجوب
الضمان مع وقوع الشك في وجوبه والله اعلم **فصل** واما الشجاج فالكلام
في الشجة يقع في موضعين احدهما في بيان حكمها بنفسها والثاني في بيان حكمها بغيرها
اما الاول فالموضحة اذا برات وبقي لها اثر ففيها خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي
المنقلة خمسة عشر وفي الآمة ثلث الدية هكذا روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمسة عشر وفي
الآمة ثلث الدية وليس فيما قبل الموضحة من الشجاج ارش مقدر وان لم يبق لها اثر
بان التحمت ونبت عليها الشعر فلا شي فيها في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه
حكومة الالم وقال محمد عليه اجرة الطبيب وجه قول محمد ان اجرة الطبيب انما
لزمته بسبب هذه الشجة فكانه اتلف القدر من المال ولابي يوسف ان الشجة قد
تحققت ولا سبيل الى اهدارها وقد تعذر ايجاب ارش الشجة فيجب ارش الالم وجه
قول ابي حنيفة ان الارش انما يجب بالشين الذي يلحق المشجوج بالاثر وقد زال ذلك
فيسقط الارش والقول بلزوم حكومة الالم غير سديد لان مجرد الالم لا ضمان له
في الشرع كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا وكذا ايجاب اجرة الطبيب لان المنافع
على اصل اصحابنا لا تتقوم الا بالعقد او شبهة العقد ولم يوجد في حق الجاني العقد
ولا شبهة فلا يجب عليه اجرة الطبيب   واما حكمها بغيرها بان شج راس انسان
موضحة فسقط شعر راسه او ذهب عقله او بصره او سمعه او كلامه او شمه او
ذوقه او جماعه او ايلاده فلا شك في انه يجب عليه ارش هذه الاشيا وهل يجب
عليه ارش الموضحة ام يدخل في ارشها قال ابو حنيفة ومحمد لا يدخل في الموضحة
الا في الشعر والعقل ولا يدخل في ما ورا ذلك وقال زفر لا يدخل في شي من ذلك
اصلا وجه قول زفر ان الشجة واذهاب الشعر والعقل وغيرهما جنايتان مختلفتان
فلا تدخل احدهما في الاخرى كساير الجنايات من قطع اليدين والرجلين ونحو ذلك
وجه قول الحسن انهما جنايتان اختلف محلهما والمقصود منهما فلا يدخل ارش احدهما في
الاخرى كارش اليدين والرجلين ولابي يوسف ان السمع والكلام والشم والذوق ونحوها
من البواطن فيدخل فيه ارش الموضحة كالعقل فاما البصر فظاهر فلا يدخل فيه الموضحة
كاليد والرجل وهذا الفرق يبطل بالشعر لانه ظاهر ويدخل ارش الموضحة فيه ولابي
حنيفة الفرق بين الشعر والعقل وبين غيرهما ووجهه ان في الشعر الجناية حلت
في عضو واحد بفعل واحد بسبب واحد اما اتحاد العضو فلا شك فيه لان كل ذلك
حصل في الراس واما العقل فلانه لم يوجد منه الا الشعر واما اتحاد السبب فلان
دية الشعر تجب بفوات الشعر وارش الموضحة يجب لفوات جز من الشعر كان سبب
وجوبهما واحدا فيدخل الجز في الكل كما اذا قطع اصبع فشلت اليد ان ارش الاصبع
يدخل في دية اليد كذا هنا وفي العقل الواجب دية النفس من حيث المعنى لان جميع
منافع النفس تتعلق به فكان تفويته تفويت النفس معنى فكان الواجب دية النفس

فيدخل فيه ارش الموضحة كما اذا شج راسه موضحة فسري الي النفس فمات فاما في السمع
والبصر والكلام ونحوها فقد اختلف السبب والمحل لان سبب الوجوب في كل واحد
منهما تفويت المنفعة المقصودة منه فاختلف والسبب والمقصود فامتنع التداخل
وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قضي في شجة واحدة بديات اربعة فان اختلفا
في ذهاب البصر والسمع والكلام والشم فطريق معرفتها اعتراف الجاني وتصديق
المجني عليه او نكوله عن اليمين وقد يعرف البصير بنظر الاطبا بان ينظر اليه
طبيبان عدلان لانه ظاهر فلا بد من معرفته وقد قيل يمتحن بالقاحية بين
يديه وفي السمع يستغفل المدعي كما روي عن اسمعيل ابن حماد بن ابي حنيفة
رحمهم الله ان رجلا ضرب امراة فادعت عنده ذهاب سمعها فتشاغل عنها
بالنظر في القضا ثم التفت اليها وقال يا هذه غطي عورتك فجمعت ذيلها فعلم
انها كاذبة في دعواها وفي الكلام يستغفل ايضا وفي الشم يختبر بالروائح الكريهة
وسوا ذهب جميع هذه الاشيا بالشجة او ذهب بعضها دون بعض لا الاجتماع والافتراق
في هذا سوا لان التداخل فيما يجري فيه التداخل ليس للكثرة بل لما ذكرنا
من المعني وانه لا يوجب الفصل بين الاجتماع والافتراق ولا يدخل ديات هذه
الاشيا بعضها في بعض الا عند السراية انه يسقط ذلك كله وعليه دية النفس
لا غير لما ذكرنا ان كل واحد من هذه الاشيا من السمع والبصر والكلام ونحوها
اصل بنفسه لاختصاصه بمحل مخصوص ومنفعة مقصودة فلا يجعل تبعا لصاحبه
في الارش وانما دخلت اروشها في دية النفس عند السراية لان الاعضا كلها
تابعة للنفس فيدخل اروشها في دية النفس ثم ان كان الاول خطا تحمل العاقلة
وان كان عمدا فدية النفس في ماله وكل ذلك في ثلاث سنين وسوا كانت
الشجة موضحة او هاشمة او منقلة او آمة فالشجاج كلها في التداخل سوا
لان المعني لا يوجب الفصل وسوا قلت الشجاج او كثرت بعد ان لا يجاوز
ارشها الدية حتي لو كانت آمتين او ثلاث اوام وذهب منها الشعر او
العقل يدخل ارشها في الشعر والعقل وان كانت اربعة اوام يدخل قدر الدية
لا يدخل ويجب فيها دية وثلث دية لان الكثير لا يتبع القليل فيما دون النفس
وعلي قول زفر عليه ديتان وثلث دية لانه لا يري التداخل في الشجاج اصلا
وراسا ولو سقط بالموضحة بعض شعر راسه ينظر الي ارش الموضحة والي حكومة
العدل في الشعر فان كانا سوا لا يجب الا ارش الموضحة وان كان احدهما اكثر
يدخل الاقل في الاكثر ايهما كان لانهما يجبان لمعني واحد وهو ذهاب الشعر
فكان سبب وجوبهما واحدا فيدخل الجزء في الجملة ولو كانت الشجة في
حاجبه فسقط ولم ينبت يدخل ارش الموضحة في ارش الحاجب وهو نصف الدية
كما يدخل في ارش الشعر لما قلنا وهذه المسايل من الشجاج الخطا فاما اذا كانت
الشجة عمدا فذهب منها العقل او الشعر او السمع او غيره ففيه خلاف
ذكرناه فيما تقدم **فصل** ومما يلحق بمسايل التداخل ما اذا قطعت اليد
وفيها اصبع واحدة او اصبعان او ثلاث او اكثر من ذلك او اقل وجملة
الكلام فيه انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث اصابع فصاعدا يجب دية
الاصابع ولا شي في الكف في قولهم جميعا لان الكف تبع لجميع الاصابع بدليل

انه

يجب مو

انه اذا قطع الكف يجب عليه ارش الاصابع لا غير ولا يجب لاجل الكف شي فاذا بقي اكثر
الاصابع فللاكثر حكم الكل وان بقي من الكف اقل من ثلث اصابع يجب ارش ما بقي وان كان
مفصلا واحدا ولا يجب في الكف شي في قول ابي حنيفة والاصل عند ابي حنيفة انه اذا
بقي من الاصابع شي له ارش معلوم ولو مفصل واحد دخل ارش اليد فيه حتي لو لم
يكن في الكف الا ثلث مفصل من اصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان الكف
فعليه ثلث خمس دية اليد ولو كان فيها اصبع واحدة فعليه خمس دية اليد ولو كان فيها
اصبعان فعليه خمسا دية اليد وفي قول ابي يوسف ومحمد في الرواية المشهورة
عنهما يدخل القليل في الكثير ايهما كان فينظر الي حكومة الكف والي ارش ما بقي من
الاصابع فيدخل اقلهما في اكثرهما ايهما كان لان القليل يتبع الكثير والكثير لا يتبع
القليل فيدخل القليل في الكثير ولا يدخل الكثير في القليل وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله ان ما بقي من الاصابع او من مفاصلها فهو اصل لان له ارشا مقدرا
والكف ليس لها ارش مقدر وهي متصلة بالاصابع فيتبعها في ارشها كما يتبع
جميع الاصابع او اكثرها ونظير هذا ما قالوا في القسامة انه ما بقي واحد
من اهل المحلة فالقسامة عليهم لا علي المشترين وكذلك الوصية لولد فلان
انه ما بقي له ولد من صلبه وان كان واحدا لا يدخل ولد الولد في الوصية
وقال ابو يوسف اذا قطع كفا لا اصابع فيها فعليه حكومة لا يبلغ بها ارش
حكومة اصبع لان الواحدة يتبعها الكف في قول ابي حنيفة والتبع لا يساوي
المتبوع في الارش ولو قطع اليد مع الذراع من المفصل خطا ففي الكف مع
الاصابع الدية وفي الذراع حكومة العدل في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما
الله وقال ابو يوسف تجب دية اليد والذراع تبع وهو قول ابن ابي ليلي
واحتجا بقول النبي صلي الله عليه وسلم وفي اليدين الدية وفي احدهما نصف
الدية واليد عبارة عن العضو المخصوص من روس الاصابع الي المنكب ولان
ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما له ارش مقدر يتبعه في الارش كالكف
مع الاصابع وجه قولهما ان الدية انما تجب في الاصابع والكف تابعة للاصابع
بدليل انه اذا افرد الاصابع بالقطع يجب نصف الدية ولو قطعها مع الكف
لا يجب الا نصف الدية ايضا فلو جعل الذراع تبعا لكان لا يخلو اما ان
يجعل تبعا للاصابع واما ان يجعل تبعا للكف لا سبيل الي الاول لان بينهما
عضو فاصل وهو الكف فلا يكون تبعا لها ولا وجه للثاني لان الكف تابعة
في نفسها فلا يستتبع غيرها وعلي هذا الخلاف اذا قطع اليد من المنكب
والرجل من الورك او قطع اليد من العضد او الرجل من الفخذ والاصل
عند ابي حنيفة ومحمد ان اصابع اليد لا يتبعها الا الكف فلا يدخل في ارشها
غير ارش الكف وكذلك اصابع الرجل لا يتبعها غير القدم فلا يدخل في ارشها
غير ارش اليد والاصل عند ابي يوسف وابن ابي ليلي ما فوق الكف من
اليد تبع وكذا ما فوق القدم من الرجل تبع فيدخل ارش التبع في المتبوع
كما يدخل ارش الكف في الاصابع واما الجراح ففي الجايفة ثلث الدية
لما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال في الجايفة ثلث الدية
فان نفذت الي الجانب الاخر فهما جايفتان وفيهما ثلثا الدية وقد روي

عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جايفة نفذت الي الجانب
الاخر بثلثي الدية فكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه
خالفه احد في ذلك فيكون اجماعا وعلي هذا تخرج ما اذا زني امراة بحجر
فاصاب فرجها فافضاها به بان جعل موضع البول والغايط واحدا وهو يستمسك
البول ان عليه ثلث الدية لان هذا في معني الجايفة وجملة الكلام ان المفضاة لا
تخلوا اما ان كانت اجنبية واما ان كانت زوجته والافضا لا تخلوا اما ان يكون
بالالة واما ان يكون بالحجر او الكسب او الاصبع وما يجري مجراه فان كانت
اجنبية والافضا بالالة فان كانت مطاوعة ولم يوجد دعوي الشبهة لا من
الرجل ولا من المراة فعليهما الحد لوجود الزنا منهما ولا مهر علي الرجل لان العقر
مع الحد لا يجتمعان ولا ارش لها بالافضا سوا كانت تستمسك البول او لا
تستمسك لان التلف تولد من فعل ماذون فيه من قبلها فلا يجب به الضمان
كما لو اذنت بقطع يدها فقطعت لا ضمان علي القاطع كذا هذا وان كان الرجل
يدعي الشبهة سقط عنه الحد وعنها ايضا وعلي الزوج العقر لان الوطي لا يخلوا من
ايجاب حد او غرامة ولا ارش لها بالافضا لما ذكرنا وان كانت مستكرهة فان لم
الرجل الشبهة فعليه الحد لوجود الزنا منه ولا حد عليها لعدم الزنا منها ولا عقر
علي الرجل لوجوب الحد عليه والحد مع العقر لا يجتمعان وعلي الرجل الارش بالافضا
لعدم الرضا منها بذلك ثم ان كانت تستمسك البول ففيه ثلث الدية لانه
جايفة وان كانت لا تستمسك البول ففيه كمال الدية لوجود اتلاف العضو
بتفويت منفعة الجنس وان كان الرجل يدعي الشبهة سقط الحد عنه للشبهة
لوجود الاكراه ولها الارش بالافضا لما ذكرنا ثم ان كانت تستمسك البول
فلها ثلث الدية لانها جايفة وكمال المهر وان كانت لا تستمسك فلها الدية
ولا مهر لها في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لها المهر والدية وجه
قوله ان سبب المهر والدية يختلف لان المهر يجب باتلاف المنفعة والدية
تجب باتلاف العضو فلا يدخل احدهما في الاخر ولهذا لم يدخل في ثلث الدية
فيما اذا كانت تستمسك البول حتي وجب عليه كمال المهر مع ثلث الدية كذا
هذا ولهما ان سبب الوجوب متحد لان الدية تجب باتلاف هذا العضو والعقر
يجب باتلاف منافع البضع ومنافع البضع ملحقة باجزا البضع فكان سبب
وجوبهما واحدا فكان المهر عوضا عن جزء من البضع وضمان الكل والجزء اذا
وجد بسبب واحد يدخل ضمان الجزء في ضمان الكل كالاب اذا استولد جارية
ابنه انه لا يلزمه العقر ويدخل في قيمة الجارية لما قلنا كذا هذا واما وجوب
كمال المهر مع ثلث الدية حالة الاستمساك فعلي رواية الحسن عن ابي حنيفة
انه لا يجمع بينهما بل يدخل الاقل في الاكثر كما يدخل في الموضحة في دية الشعر فكانت
الدية ممنوعة ولين سلمنا علي ظاهر الرواية فلا يلزم لان الباقي لضمان الجزء
موضمان كل العين وثلث الدية ضمان الجزء وضمان الجزء لا يمنع ضمان جزء
واحد هذا اذا كان الافضا بالالة فاما اذا كان بغيرها من الحجر ونحوه
فالجواب في هذا الفصل في جميع وجوهه كالجواب في الفصل الاول في الوفاق
والخلاف والجمع بين الضمانين وعدم الجمع الا ان الارش في هذا الفصل

يجب

يجب في ماله وفي الفصل الاول تتحمله العاقلة لان الافضا بالالة يكون في معني
الخطا وبغيرها يكون عمدا وقال بعض مشايخنا لا وجه لايجاب المهر في هذا
الفصل لان وجوبه متعلق بقضا الشهوة ولم يوجد وقال بعضهم يجب ويلحق
غير الالة بالالة تعظيما لامر الابضاع كما الحق الايلاج بدون الانزال بالايلاج
مع الانزال في وجوب الحد وغيره من الاحكام مع قيام شبهة القصور في قضا
الشهوة تفخيما لشان الفرج والله اعلم ۞ هذا اذا كانت المراة اجنبية
فاما اذا كانت زوجته فافضاها فلا شي عليه سوا تستمسك البول او لا
تستمسك في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ان كانت لا تستمسك
البول فعليه الدية في ماله وان كانت تستمسك فعليه ثلث الدية
في ماله وجه قوله انه ماذون في الوطي لا في الافضا فكان متعديا في الافضا
فكان مضمونا عليه ولهما ان الوطي ماذون فيه شرعا فالمتولد منه لا يكون
مضمونا كالبكارة ولو وطي زوجته فماتت فلا شي عليه في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف علي عاقلته الدية وجه قوله علي نحو ما ذكرنا في الافضا انه
ماذون في الوطي لا في القتل وهذا قتل فكان مضمونا عليه الا ان ضمان هذا علي
العاقلة وضمان الافضا في ماله لان الافضا لا يكون الا بالمجاوزة عن المعتاد
فكان عمدا فكان الواجب به في ماله فاما القتل فغير مقصود بهذا الفعل
فكان في معني الخطا فتتحمله العاقلة واما وجه قولهما فعلي نحو ما ذكرنا في الافضا
ولو وطيها فكسر فخذها ضمن في قولهم جميعا لان الكسر لا يتولد من الوطي الماذون
فيه بل هو فعل مبتدا فكان تعديا محضا فكان مضمونا عليه والله اعلم
واما سائر جراح البدن اذا برات وبقي لها اثر ففيها حكومة العدل
وان لم يبق لها اثر فلا شي فيها في قول ابي حنيفة علي ما بينا في الشجة وان
مات منها فالجراحة لا تخلوا اما ان كانت من واحد واما ان كانت من عدد
فان كانت من واحد ففيها القصاص ان كانت عمدا والدية ان كانت خطا
وان كانت من عدد فالجراحة المجتمعة من اعداد اما ان كانت كلها مضمونة
واما ان كان بعضها مضمونا والبعض غير مضمون فان كانت الكل غير مضمونة
بان جرحه رجل جراحة وجرحه رجل اخر جراحة اخري خطا فمات من ذلك
كله كانت الدية عليهما نصفين وسوا جرحه احدهما جراحة واحدة والاخر
جرحه جراحتين او اكثر لا ينظر الي عدد الجراحات وانما ينظر الي الجارح
لان الانسان قد يموت من جراحة واحدة ويسلم من عشرة وقد يموت
من عشرة ويسلم من واحدة حتي لو جرحه احدهما جراحة واحدة والاخر عشر
جراحات فمات من ذلك كانت الدية بينهما نصفين لما قلنا وكذلك اذا
جرحه رجل جراحة وجرحه اخر جراحتين واخر ثلاثا فمات من ذلك كله
كانت الدية بينهم اثلاثا لما قلنا وعلي هذا يخرج ما اذا جرحه رجل جراحة
واحدة وجرحه اخر عشر جراحات فعفي المجروح للجارح عن جراحة واحدة
من العشرة وما يحدث منها ثم مات من ذلك ان علي صاحب الجراحة
الواحدة نصف الدية وعلي صاحب العشرة الربع ويسقط الربع لانه لما
سقط اعتبار عدد الجراحة كانت الجراحة الواحدة كالعشرة في الضمان

كانت صح

ثم لما عفي عن واحدة من الجراحات العشرة انقسمت العشرة فتغير حكمها فصار
للتسعة منها الربع وللواحدة الربع فسقط بالعفو عن واحدة من العشرة الربع
الربع وبقي الربع ببقا التسعة وان كان البعض مضمونا والبعض غير مضمون
ينقسم الضمان فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وعلى هذا يخرج ما اذا
جرح رجلا جراحة وجرحه سبع فمات من ذلك ان على الرجل نصف الدية
ونصفها هدر لانه مات بجراحتين احديهما مضمونة والاخرى ليست بمضمونة
فانقسم الضمان فسقط بقدر غير المضمون وبقي بقدر المضمون وكذلك
لو جرحه الرجل جراحتين والسبع جراحة واحدة او جرحه السبع جراحتين
والرجل جراحة واحدة فمات من ذلك انه يجب على الرجل نصف الدية ويهدر
النصف لانه لا عبرة لكثرة الجراحة لما بينا وكذلك لو جرحه رجل جراحة
وعقره سبع ونهشته حية وخرج به خراج واصابه حجر رمت به الريح
فمات من ذلك فعلى الرجل نصف الدية ويهدر النصف والاصل
انه يجعل الجراحات التي ليس لها حكم يلزم احدا كجراحة واحدة كانه مات
من جراحتين احديهما مضمونة والاخرى غير مضمونة فيلزم الرجل نصف
الدية ويبطل نصفها سوا كثر عدد الهدر او قل هو كجراحة واحدة لان
الهدر له حكم واحد فصار كجراحات الرجل الواحد انها في الحكم كجراحة
واحدة كذا هذا وكذا لو جرحه رجل جراحة وجرحه رجل اخر جراحة اخرى
ثم انضم الى ذلك شي مما ذكرنا انه لا حكم له يلزم فاعله فان كان على كل رجل ثلث
الدية ويهدر الثلث لما ذكرنا ان الهدر من الجراحات وان كثر فهو كجراحة
واحدة من جراحتي الرجلين مضمونة فقد مات من ثلاث جراحات
جراحتان منها مضمونتان وجراحة هدر فتقسم الدية اثلاثا فسقط
قدر ما ليس بمضمون وهو الثلث ويبقى قدر المضمون وهو الثلثان فان
كان لبعض الجناة جنايات مختلفة الاحكام فانه يقسم ما يخصه على جناياته
بعد ما قسم عدد الجناية على احكام الجنايات وذلك نحو رجل امر رجلا
ان يقطع يده لعلة بها ثم ان المامور جرح الامر جراحة اخرى بغير امره
ثم جرحه رجلان اخران كل واحد منهما جراحة ثم عقره سبع ونهشته
حية وخرج به خراج فمات من كله يقسم الدية اولا ارباعا لان الموت
حصل من اربع جنايات لان الهدر من الجنايات لها حكم جناية واحدة
وجراحتا المامور وان اختلف حكمها فانهما حصلا من رجل واحد فلا
يثبت لهما في حق شركايه الا حكم جناية واحدة فثبت ان الموت حصل من
اربع جنايات فكانت قسمة الدية ارباعا هدر الربع منها وبقيت
ثلثة ارباع تقسم على الجناة الثلثة فيكون على كل واحد منهم الربع ثم
ما اصاب المامور بالقطع يقسم حصته وهو الربع على جراحته واحديهما
مضمونة وهي التي فعلها بغير امر المجروح والاخرى غير مضمونة وهي التي
فعلها بامره وهي القطع فيسقط بقدر ما ليس بمضمون وهو نصف الربع
وهو الثمن وبقي قدر ما هو مضمون وهو نصف الربع الاخر وهو الثمن
الاخر والله الموفق ولو ان رجلا امر عشرة ان يضربوا عبده امر كل

واحد

واحد منهم ان يضربه سوطا فضربه كل واحد منهم ما امره ثم ضربه رجل اخر
لم يامره سوطا فمات من ذلك كله فعلى الذي لم يومر ارش السوط الذي ضربه
من قيمته مضروبا عشرة اسواط وايضا وعليه ايضا جزء من احد عشر جزوا
من قيمته مضروبا عشرة اسواط احد عشر سوطا وانما كان كذلك اما وجوب
ارش السوط الذي ضربه فلانه نقصه بالضرب فيلزمه ضمان النقصان واما
اعتبار قيمة العبد مضروبا عشرة اسواط فلانه ضربه بعد ما انتقص من
ضرب العشرة وذلك حصل من فعل غيره فلا يكون عليه وانما عليه ضمان ما نقصه
سوطه الحادي عشر من قيمته لذلك اعتبرت قيمته وهو مضروب عشرة
اسواط فيلزم الذي لم يومر بالضرب ذلك القدر واما وجوب جزء من
احد عشر جزوا من قيمته فلانه مات من احد عشر كل سوط حصل ممن يتعلق بفعله
حكم في الجملة وهو الادمي فانقسم الضمان على عددهم ثم ما اصاب العشرة
سقط عنهم لحصوله باذن المالك وما اصاب الحادي عشر ضمنه الذي لم
يومر بالضرب لانه ضرب بغير اذن المالك واما اعتبار قيمته مضروبا
باحد عشر سوطا فلانه قد ضمن نقصانه مرة فلا يضمنه ثانيا وانما لم يدخل
نقصان السوط فيما وجب عليه من القيمة لان كل واحد منهما ضمان الجزء وضمان
الجزء اذا تعلقا بسبب واحد لا يدخل احدهما في الاخر بخلاف ما اذا ضربه
واحد ومات من ذلك انه يضمن القيمة دون النقصان لانه اجتمع هناك
ضمان جزء وضمان كل فيدخل ضمان الجزء في ضمان الكل لاتحاد سبب الضمانين
هذا اذا امر المولى عشرة ان يضربه كل واحد سوطا فان كان المولى هو الذي
ضربه عشرة اسواط بيده ثم ضربه اجنبي سوطا ثم مات من ذلك كله فعلى
الاجنبي ما نقصه السوط الحادي عشر من قيمته مضروبا بعشرة اسواط وعليه
ايضا نصف قيمته مضروبا باحد عشر سوطا اما وجوب نقصان السوط
واعتبار قيمته مضروبا بعشرة فلما ذكرنا واما وجوب نصف قيمته فلانه
مات من سوطين في الحاصل لان ضرب الاسواط العشرة من المولى بمنزلة
جناية واحدة لانها حصلت من رجل واحد والجنايات من واحد وان كثرت
فهي في حكم جناية واحدة فصار كانه مات من سوطين سوط المولى وسوط
الاجنبي وسوط المولى ليس بمضمون وسوط الاجنبي مضمون فسقط نصف
القيمة وثبت نصفها واما اعتبار قيمته مضروبا باحد عشر سوطا وعدم
دخول ضمان النقصان في ضمان القيمة فلما ذكرنا في المسلة المتقدمة
رجل امر غيره بان يجرحه جراحة واحدة فجرحه عشر جراحات وجرحه اخر
جراحة اخرى واحدة بغير امره ثم عفي المجروح لصاحب العشرة عن واحدة
من التسع التي كانت بغير امره ثم مات المجروح من ذلك كله فعلى صاحب الجراحة
الواحدة نصف الدية وعلى صاحب العشرة ثمن الدية لان نصف الدية على
صاحب الجراحة الواحدة والنصف الاخر تعلق بصاحب العشرة واحدة
منها بامر المجروح فصار عليه الربع ثم انقسم ذلك بالعفو فسقط نصفه
وهو الثمن وبقي عليه الثمن والله اعلم هذا اذا كان المجني عليه حرا ذكرا
فاما اذا كان انثى حرة فانه يعتبر ما دون النفس منها بديتها كديتها قل او كثر

عند عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم وعن بن مسعود رضي الله عنه
انه قال تعاقل المراة الرجل فيما اذا كان ارشه نصف عشر الدية كالسن
والموضحة اي ما كان ارشه هذا القدر فالرجل والمراة فيه سوا لا فضل للرجل على المراة
وعن سعيد بن المسيب رحمه الله انه قال تعاقل المراة الرجل الي ثلث ديتها
اي ارش الرجل والمراة الي ثلث ديتها سوا وهو مذهب اهل المدينة ان النبي صلى
الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الي ثلث ديتها وهذا لا يحتمل التاويل
واحتج بن مسعود بحديث الغرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين
بالغرة وهو نصف عشر الدية ولم يفصل بين الذكر والانثى فيدل على
استوا ارش الذكر والانثى في هذا القدر ولنا انه نصف بدل النفس
بالاجماع وهو الدية فكذا ما دون النفس لان المنصف في الحالين هو الانوثة
ولهذا تنصف ما زاد على الثلث فكذا الثلث وما دونه ولان القول بما قاله
اهل البصرة يودي الي القول بقلة الارش عند كثرة الجناية وانه غير معقول
والي هذا المعنى اشار ربيعة بن عبد الرحمن المعروف بربيعة الراي فانه
روي انه سال سعيد بن المسيب عن رجل قطع اصبع امراة فقال فيها
عشر من الابل قال فان قطع ثلثة قال فيها ثلثون من الابل قال فان قطع
اربعة فقال عشرون من الابل فقال ربيعة لما كثرت جروحها وعظمت
مصيبتها قل ارشها فقال له اعراقي انت قال لا بل جاهل متعلم او عالم متعين
فقال هكذا السنة يا بن اخي وعني به سنة زيد بن ثابت رضي الله عنه
اشار ربيعة ما ذكرنا من المعنى وقبله سعيد حيث لم يعترض عليه واحال
الحكم الي السنة وبهذا تبين ان روايتهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
لم تصح اذ لو صحت لما اشتبه الحديث على مثل سعيد ولا حال الحكم الي قول
رسول الله صلى الله عليه وسلم لا الي سنة زيد فدل ان الرواية لا تكاد تثبت
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم واما حديث الغرة في الجنين فنقول
بموجبه ان الحكم في ارش الجنين لا يختلف بالذكورة والانوثة وانما الكلام
في ارش المولود والحديث ساكت عن بيانه ثم نقول احتمل ان النبي صلى
الله عليه وسلم لم يفصل في الجنين بين الذكر والانثى لان الحكم لا يختلف
ويحتمل انه لم يفصل لتعذر الفصل لعدم استوا الخلقة فلا يكون حجة
مع الاحتمال هذا الذي ذكرنا اذا كان الجاني حرا والمجني عليه حرا فاما
اذا كان الجاني حرا والمجني عليه عبدا فالاصل فيه عند ابي حنيفة ما ذكرنا
في الفصل المتقدم ان كل شي من الحر فيه قدر من الدية فمن العبد فيه
ذلك القدر من قيمته سوا كان يقصد به المنفعة او الجمال والزينة في
رواية عنه وفي رواية عنه فيما يقصد به الجمال والزينة يجب النقصان
وعندهما في جميع ذلك يقوم يجب النقصان فيقوم العبد مجنيا عليه
ويقوم غير مجني عليه ويغرم الجاني فضل ما بين القيمتين وقد بينا
وجه الروايتين عنه ووجه قولهما في الفصل الاول **فصل** واما
شرايط الوجوب فهو ان تكون الجناية خطا اذا كانت الجناية فيما في عمده
القصاص فان كانت لا قصاص في عمده فيستوي فيه الخطا والعمد

وقد مر بيان الجنايات التي في عمدها القصاص وما لا قصاص في عمدها.
فصل واما بيان الجناية التي تتحملها العاقلة والتي لا تتحملها فيما دون
النفس فنقول انه لا خلاف اذا بلغ الجناية فيما دون النفس من الاحرار
نصف عشر الدية فصاعدا وذلك خمسماية في الذكور ومايتان وخمسون
في الاناث تتحمله العاقلة واختلف فيما دون ذلك في الرجل والمراة قال
اصحابنا يكون في مال الجاني ولا تتحمله العاقلة وقال الشافعي العاقلة
تتحمل القليل والكثير وجه قوله ان التحمل من العاقلة لتفريط منهم في الحفظ
والنصرة وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين القليل والكثير ولنا ان
القياس يابي التحمل لان الجناية حصلت من غيرهم وانما عرفنا
ذلك بقضا رسول الله صلى الله عليه وسلم بارش الجنين على العاقلة
وهو الغرة وهي نصف عشر الدية فبقي الامر فيما دون ذلك على اصل
القياس ولان ما دون ذلك ليس له ارش مقدر بنفسه فاشبه ضمان
الاموال فلا تتحمله العاقلة كما لا تتحمل ضمان الاموال ولا يلزم على هذا
ارش الانملة فان لها ارشا مقدرا وهو ثلث دية الاصبع فينبغي ان
تتحمله العاقلة لان الانملة ليس ارشها مقدرا بنفسها بل بالاصبع فكانت
جزء ما له ارش مقدر وهو الاصبع فلا تتحمله العاقلة ثم ما كان ارشه نصف
عشر الدية الي ثلث الدية يوخذ من العاقلة في سنة واحدة لا بكمال
الدية فان كل الدية توخذ من العاقلة في ثلاث سنين لاجماع الصحابة
رضي الله عنهم على ذلك فان عمر رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلث
سنين ولم ينكر عليه احد من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا فكل
ما كان من الارش قدر ثلث الدية يوخذ في سنة واحدة لان في الدية
الكاملة هكذا فان ازداد الارش على ثلث الدية فقدر الثلث يوخذ في
سنة والزيادة في سنة اخرى لان الزيادة على الثلث في كل الدية
يوخذ في السنة الثانية فكذلك اذا انفردت فان زاد على الثلثين
فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة الثالثة قياسا على كل
الدية والله اعلم ◦ واما ما دون النفس من العبيد فلا تتحمله
العاقلة بالاجماع لان ما دون النفس من العبد حكم الاموال لما ذكرنا
فيما تقدم ولهذا لا يجب فيه القصاص وضمان المال لا تتحمله العاقلة
فصل واما الذي يجب ارشه غير مقدر وهو المسمى بالحكومة فالكلام
فيه في مواضع ◦ في بيان الجنايات التي تجب فيها الحكومة ◦ وفي تفسير
الحكومة ◦ اما الاول فالاصل فيه ان ما لا قصاص فيه من الجنايات
على ما دون النفس وليس له ارش مقدر ففيه الحكومة لان الاصل
في الجناية الواردة على محل معصوم اعتبارها بايجاب الجابر او الزاجر
ما امكن اذا عرف هذا فنقول في كسر العظام كلها حكومة عدل
الا السن خاصة لان استيفا القصاص بصفة المماثلة فيما سوى
السن متعذر ولم يرد الشرع فيه بارش مقدر فتجب الحكومة
ما امكن استيفا المثل في السن والشرع ورد فيها بارش مقدر

فتجب الحكومة ما امكن استيفا المثل في السن والشرع ورد فيها بارش مقدر
ايضا فلم يجب فيها الحكومة وفي لسان الاخرس والعين القايمة الذاهب
نورها والسن السودا القايمة واليد الشلا والرجل الشلا وذكر الخصي
والعنين حكم عدل لانه لا قصاص في هذه الاشيا وليس فيها ارش مقدر
ايضا لان المقصود منها المنفعة ولا منفعة فيها ولا زينة ايضا لان العين
القايمة الذاهب نورها لا جمال فيها عند من يعرفها على المقصود من هذه
الاشيا المنفعة ومعنى الزينة فيها تابع فلا يتقدر الارش لاجله وفي الاصبع
والسن الزايدة حكم عدل لانه لا قصاص فيها وليس لها ارش مقدر ايضا
لانعدام المنفعة والزينة لكنها جزء من النفس واجزا النفس مضمونة
مع عدم الزينة والمنفعة لما ذكرنا واما الصغير الذي لم يمش ولم
يقعد ورجله ولسانه واذنه وانفه وعينه وذكره ففي اذنه وانفه
كمال الدية وكذلك في يديه ورجليه اذا كان يحركهما وكذا في ذكره اذا كان
يتحرك وفي لسانه حكومة العدل لا الدية وان استهل ما لم يتكلم لان
الاستهلال صياح واما العينان فان كان يستدل بشي على بصرهما
ففيها مثل عين الكبير وانما كان كذلك اما الانف والاذن فلان المقصود
الجمال لا المنفعة وذلك يوجد في الصغير بكماله كما يوجد في الكبير
واما الاعضا التي يقصد بها المنفعة فلا يجب فيها ارش كامل حتى يعلم
صحتها بما ذكرنا فاذا علم ذلك فقد وجد تفويت منفعة الجنس في كل
واحد من ذلك فيجب فيه ارش كامل واذا لم يعلم يقع الشك في وجود
سبب وجوب كمال الارش فلا يجب بالشك ولا يقال ان الاصل هو الصحة
والافة عارض فكانت الصحة ثابتة ظاهرا لانا لا نسلم هذا الاصل في الصغير
بل الاصل فيه عدم الصحة والسلامة لانه كان نطفة وعلقة ومضغة
فما لم يعلم صحة العضو فهو على الاصل على ان هذا الاصل متعارض لان
براة ذمة الجاني اصل ايضا فتعارض الاصلان فسقط الاحتجاج بالاصل
على الصحة على ان الصحة ان كانت ثابتة ظاهرا بحكم الاصل لان الظاهر حجة الدفع
لا حجة الاستحقاق كحياة المفقود انها تصلح لدفع الارث لا للاستحقاق فيه
وفي الظفر اذا نبت لا شي فيه في قول ابي حنيفة رحمه الله لانه عادت
المنفعة والزينة كما كانت ففيها حكومة العدل دون ذلك لان النابت
عوض عن الذاهب فكان الاول قايم ودخله عيب وكذلك قال ابو يوسف
انه اذا نبت اسود ان فيه حكم لما اصاب من الالم بالجراحة الاولى
بنا على اصله ان الالم مضمون وفي يدي الرجل حكومة عدل لانه
لا قصاص فيه ولا ارش مقدر لانه لا منفعة فيه ولا جمال فتجب
الحكومة فيهما وفي احدهما نصف ذلك الحكم وفي حلمة ثديه حكم عدل
دون ما في ثدييه لما قلنا وثدي المراة تبع للحلمة حتى لو قطع الحلمة ثم
الثدي فان كان قبل البرء لا يجب الا نصف دية وان كان بعد البرء يجب
الدية في الحلمة والحكومة في الثدي لان منفعة الثدي الرضاع
وذلك يبطل بقطع الحلمة وكذلك الانف مع المارن حتى لو قطع المارن

دون

دون الانف تجب الدية ولو قطع المارن لا يجب الا دية واحدة ولو قطع
المارن ثم الانف فان كان قبل البرء تجب دية واحدة وان كان بعد البرء
ففي المارن الدية وفي الانف الحكومة وكذلك الجفن مع الاشفار حتى لو قطع
الجفن مع بدون الجفن يجب الارش المقدر ولو قطع الجفن معه لا يجب
الا ذلك الارش كالكف مع الاصابع ولو قطع الشفر ثم الجفن فان كان قبل
البرء فكذلك وان كان بعد البرء يجب في الشفر ارشه وفي الشفر الحكومة
لانه قطع الشفر وهو كامل المنفعة وقطع الجفن وهو ناقص المنفعة
فلا يجب الا الارش الناقص وهو الحكومة ولو قطع انفا مقطوع الارنبة
ففيه حكومة العدل لان المقصود من الانف الجمال وقد نقص جماله
بقطع الارنبة فينقص ارشه وكذلك اذا قطع كفا مقطوعة الاصابع
لان المقصود من الكف البطش وانه لا يحصل بدون الاصابع وكذلك
اذا قطع ذكرا مقطوع الحشفة لان منفعة الذكر تزول بزوالها فلا
يمكن ايجاب ارش مقدر ولا قصاص فيه فتجب الحكومة ولو قطع الذكر
والانثيين فان قطعهما معا بان قطعهما من جانب عرضا تجب ديتان
لانه فوت منفعة الجماع بقطع الذكر ومنفعة الانزال بقطع الانثيين
فقد وجد تفويت منفعة الجنس في قطع كل واحد منهما فيجب في كل واحد
منهما دية كاملة وان قطع احدهما بعد الاخر بان قطعهما طولا فان قطع
الذكر اولا تجب ديتان ايضا دية بقطع الذكر لوجود تفويت منفعة
الجماع ودية بقطع الانثيين لان بقطع الذكر لا تنقطع منفعة الانثيين
وهو الانزال لان الانزال يتحقق مع عدم الذكر وان بدا بقطع الانثيين
ثم الذكر ففي الانثيين الدية وفي الذكر حكومة العدل لان منفعة
الانثيين كانت كاملة وقت قطعهما ومنفعة الذكر تفوت بقطع الانثيين
اولا يتحقق الانزال بعد قطع الانثيين فنقص ارشه ولو حلق راسه
رجل فنبت ابيض فلا شي فيه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف فيه
حكومة عدل وان كان عبدا ففيه ما نقص وجه قول ابي يوسف ان
المقصود من الشعر الزينة والزينة معتبرة في الاحرار ولا زينة في
الشعر الابيض فلا يقوم النابت مقام الفايت وجه قول ابي حنيفة ان
الشيب في الاحرار ليس بعيب بل هو جمال وكمال فلا يجب به ارش
بخلاف العبيد فان الشيب فيهم عيب الا ترى انه ينقص الثمن فكان
مضمونا على الجاني وفيما دون الموضحة من الشجاج حكومة كذا روي عن
عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه انه قال ما دون الموضحة خدوش فيها
حكم عدل وكذلك روي عن ابراهيم النخعي وانه لا قصاص فيه والشرع
ما ورد فيه بارش مقدر فتجب فيه الحكومة والخلاف الذي ذكرنا في
المتلاحمة بين ابي يوسف ومحمد لا يرجع الى المعنى بل الى الاسم لان ابا
يوسف لا يمنع ان تكون الشجة التي تكون قبل الباضعة اقل منها ارشا
وكذلك محمد لا يمنع ان يكون ارشا لشجة التي ذهبت اللحم اكثر مما
ذهبت الباضعة فكان الاختلاف بينهما في العبارة وفيما سوى

الجفن صح

الجايفة من الجراحات التي في البدن انه اذا اندملت ولم يبق لها اثر لا شي
فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف فيه ارش الالم وعند
محمد اجرة الطبيب وقد مرت المسئلة وان بقي لها اثر ففيها حكومة
عدل وكذا في شعر ساير البدن اذا لم تنبت حكومة عدل وان نبت
لا شي فيه والله اعلم **فصل** واما تفسير الحكومة فان كان الجاني والمجني
عليه عبدا يقوم العبد مجنيا عليه وغير مجني عليه فيجب نقصان ما
بين القيمتين بلا خلاف وان كان الجاني والمجني عليه حرا فقد ذكر الطحاوي
انه يقوم المجني عليه لو كان عبدا ولا جناية به ويقوم وبه الجناية فينظر
كم بين القيمتين فعليه القدر من الدية وقال الكرخي يقرب هذه
الجناية الى ادنى الجنايات التي لها ارش مقدر فينظر ذوا عدل من اطبا
الجراحات كم مقدار هذه منها في قلة الجراحة وكثرتها بالحزر والظن فياخذ
القاضي بقولهما ويحكم من الارش بمقداره من ارش الجراحه المقدره
وجه ما ذكره الطحاوي ان القيمة في العبد كالدية في الحر فيقدر العبد حرا
فما اوجب نقصا في العبد يعتبر به الحر وكان الكرخي ينكر هذا القول
ويقول هذا يودي الى امر فظيع وهو ان يجب في قليل الشجاج اكثر مما
يجب في كثيرها لجواز ان يكون نقصان شجة السمحاق في العبد اكثر
من نصف عشر قيمته فلو اوجبنا مثل ذلك من دية الحر لاوجبنا في السمحاق
اكثر مما يوجب في الموضحة وهذا لا يصح والله اعلم **فصل** واما
الجناية فعلى ما هو نفس من وجه دون وجه وهو الجنين بان ضرب
على بطن حامل فالقت جنينا فيتعلق به احكام وجملة الكلام فيه ان
الجنين لا يخلوا اما ان يكون حرا بان كانت امه حرة او امة علقت من
مولاها او من مغرور واما ان يكون رقيقا ولا يخلوا اما ان القته ميتا
واما ان القته حيا فان كان حرا فالقته حيا ففيه الغرة والكلام في
الغرة في مواضع في بيان وجوبها وفي تفسيرها وتقديرها ۰ وفي بيان من
تجب عليه ۰ وفي بيان من تجب له ۰ اما الاول فالغرة واجبة استحسانا
والقياس ان لا شي على الضارب لانه يحتمل ان يكون حيا وقت الضرب ويحتمل
ان لم يكن بان لم تخلق فيه الحياة بعد فلا يجب الضمان بالشك ولهذا لا يجب
في جنين البهيمة شي الا نقصان البهيمة كذا هذا الا انهم تركوا القياس
بالسنة وهو ما روي عن المغيرة بن سعد انه قال كنت بين جارتين
فضربت احداهما الاخرى بمسطح فالقت جنينا وماتت فقضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين وروي ان عمر
رضي الله عنه اختصم اليه في املاص المراة الجنين فقال عمر رضي الله عنه
انشدكم الله هل سمعتم من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقام المغيرة
وقال كنت بين جارتين وذكر الخبر وقال فيه وقام عم الجنين فقال
انه اشعر وقام والد الضاربة فقال كيف ندي من لا صاح ولا استهل
ولا شرب ولا اكل ودم مثل ذلك بطل فقال النبي صلى الله عليه وسلم
اسجع كسجع الكهان وروي كسجع الاعراب فيه غرة عبد او امة

فقال

فقال عمر رضي الله عنه من يشهد معك بهذا فقام محمد بن سلمة فشهد فقال
عمر كدنا ان نقضي فيها برأينا وفيها سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
وروي هذه القضية ايضا حمل بن مالك بن النابغة ولان الجنين ان
كان حيا فقد فوت الضارب حيوته وتفويت الحياة قتل وان لم يكن
فقد منع من حدوث الحيوة فيه فيضمن كالمغرور لما منع من حدوث الرق
في الولد وجب عليه الضمان وسوا استبان خلقه او بعض خلقه لان النبي
صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة ولم يستفسر فدل ان الحكم لا يختلف وان
لم يستبن شي من خلقه فلا شي فيه لانه ليس بجنين انما هو مضغة
وسوا كان ذكرا او انثى لما قلنا ولان عند عدم استوا الخلقة يتعذر الفصل
بين الذكر والانثى فسقط اعتبار الذكورة والانوثة ۰ واما تفسير الغرة
فالغرة في اللغة عبد او امة كذا قال ابو عبيد من اهل اللغة وكذا فسرها
رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث الذي روينا فقال فيه غرة عبد
او امة فسر الغرة بالعبد والامة وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
قضى في الجنين بغرة عبد او امة او خمسماية وهذه الرواية خرجت
تفسيرا للرواية الاولى فصارت الغرة في عرف الشرع اسما لعبد او
امة تعدل خمسماية ثم تقدير الغرة بالخمسماية مذهب اصحابنا وعند
الشافعي هي مقدرة بستماية وهذا فرع اصل ذكرناه فيما تقدم لانهم
اتفقوا على ان الواجب نصف عشر الدية فالدية من الدراهم عندنا مقدرة
بعشرة الاف فكان نصفها نصف عشرها خمسماية وعنده مقدرة باثني
عشر الفا فكان نصف عشرها ستماية ثم ابتدا الدليل على صحة مذهبنا
انه في بعض الروايات ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين
بغرة عبد او امة او خمسماية وهذا نص في الباب ۰ واما بيان من
تجب عليه الغرة فالغرة تجب على العاقلة لما روينا في الحديث ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين
وروي ان عاقلة الضاربة قالوا اندي من لا صاح ولا استهل ولا شرب
ولا اكل ودم مثله بطل وهذا يدل على ان القضا بالدية كان عليهم حيث
اضافوا الدية الى انفسهم على وجه الانكار ولانها بدل نفس فكان على
العاقلة كالدية ۰ واما من تجب له فهي ميراث بين ورثة الجنين على
فرايض الله تعالى عند عامة العلما وقال مالك انها لا تورث وهي للام خاصة
وجه قوله ان الجنين في حكم جزء من اجزا الام فكانت الجناية على الام
فكان الارش لها كسائر اجزايها ولنا ان الغرة بدل نفس الجنين
وبدل النفس يكون ميراثا كالدية والدليل على انها بدل نفس الجنين
لا بدل جزء من اجزا الام ان الواجب في جنين ام الولد ما هو الواجب
في جنين الحرة ولا خلاف في ان جنين ام الولد جزء ولو كان هو في حكم
عضو من اعضا الام لكان جزء من الام حرا وبقية اجزايها امة وهذا لا
يجوز والدليل عليه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بدم الام
على العاقلة وبغرة الجنين ولو كان في معنى اجزا الام لما افرد الجنين

بحكم بل دخلت الغرة في دية الامة كما اذا قطعت يد الام فماتت انه يدخل دية
اليد في النفس وكذا لما انكرت عاقلة الضاربة حمل الدية اياهم فقال اندي من
لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل دمه بطل لم يقل لهم النبي صلى الله عليه وسلم
اني اوجبت ذلك بجناية الضاربة على المراة لا لجنايتها على الجنين ولو كان وجوب
الارش فيه لكونه جزوا من اجزا الام لدفع انكارهم بما قلنا فدل ان الغرة وجبت
بالجناية على الجنين لا بالجناية على الام فكانت معتبرة بنفسه لا بالام ولا يرث
الضارب من الغرة شي لانه قاتل بغير حق والقتل بغير حق من اسباب حرمان
الميراث ولا كفارة على الضارب لان النبي صلى الله عليه وسلم لما قضي بالغرة
على الضاربة لم يذكر الكفارة مع ان الحال حال الحاجة الي البيان فلو كانت
واجبة لبينها ولان وجوبها متعلق بالقتل واوصاف اخر لم يعرف وجودها
في الجنين من الايمان والكفر حقيقة اوحكما قال الله تعالي ومن قتل مومنا
خطا فتحرير رقبة مومنة وقال تعالي وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق
اي كان المقتول ولم يعرف قتله لانه لم يعرف حيوته وكذا ايمانه وكفره
حقيقة وحكما اما الحقيقة فلا شك في انتفايهما لان الايمان والكفر لا يتحققان
من الجنين وكذلك حكما لان ذلك بواسطة الحيوة ولم تعرف حيوته
ولان الكفارة من باب المقادير والمقادير لا تعرف بالراي والاجتهاد بل
بالتوقيف وهو الكتاب والسنة والاجماع ولم يوجد في الجنين الذي القي
ميتا شي من ذلك فلا تجب فيه الكفارة لان وجوبها متعلق بالنفس المطلقة
والجنين نفس من وجه دون وجه بدليل انه لا يجب فيه كمال الدية
مع ان الضرب لو وقع قتل نفس لكان قتلا تسبيبا لا مباشرة والقتل
تسبيبا لا يوجب الكفارة كحفر البير ونحو ذلك وذكر محمد رحمه الله وقال
ولا كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتا الا ان يشا ذلك فهو
افضل وليس ذلك عليه عندنا واجب وليتقرب الي الله تعالي بما شا ان استطاع
ويستغفر الله تعالي مما صنع وهذا قول ابي يوسف وقولنا كذا ذكر محمد لانه
ارتكب محظورا فيندب الي ان يتقرب بالكفارة لمحوه هذا اذا القته ميتا
فاما اذا القته حيا فمات ففيه الدية كاملة لا يرث الضارب منها شيا
وعليه الكفارة اما حرمان الميراث فلما قلنا واما وجوب الدية والكفارة
فلانه لما خرج حيا فمات علم انه كان حيا وقت الضرب فحصل الضرب قتل
النفس وانه في معني الخطا فيجب به الدية والكفارة هذا اذا القت جنينا
واحدا فاما اذا القت جنينين فان كانا ميتين ففي كل واحد منهما غرة
وان كانا حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما دية لوجود سبب الوجوب كل واحد
منهما وهو الاتلاف الا انه اتلفهما بضربة واحدة ومن اتلف شخصين بضربة
واحدة يجب عليه ضمان كل واحد منهما كما لو افرد كل واحد منهما بالضرب كما في
الكسرين فان القت احدهما ميتا والاخر حيا ثم مات فعليه في الميت الغرة
وفي الحي الدية لوجود سبب وجوب الغرة في الجنين الميت والدية في
الجنين الحي فيستوي فيه الجمع في الاتلاف والافراد فيه فان ماتت الام من
الضربة وخرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه ديتان دية في الام

ودية في الجنين لوجود سبب وجوبهما وهو قتل شخصين فان خرج بعد
موتها ميتا فعليه دية الام ولا شي عليه في الجنين وقال الشافعي يجب عليه
في الجنين الغرة وجه قوله انه اتلفهما جميعا فيواخذ بضمان كل واحد منهما
كما لو خرج الجنين ميتا ثم ماتت الام ولنا ان القياس يابي كون الجنين
مضمونا اصلا لما بينا من احتمال عدم الحيوة وازداد ههنا احتمال
اخر وهو انه يحتمل انه مات بالضرب ويحتمل انه مات بموت الام وانما
عرفنا الضمان فيه بالنص والنص ورد بالضمان في حالة مخصوصة وهو
ما اذا خرج ميتا قبل موت الام فسقط اعتبار احد الاحتمالين فيتعين
الثاني في نفي وجوب الضمان في غير هذه الحالة هذا اذا كان الجنين
حرا فاما اذا كان رقيقا فان خرج ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان
ذكرا وعشر قيمته ان كان انثي وروي عن ابي يوسف ان في جنين الام ما
نقص الام وقال الشافعي فيه عشر قيمة الام اما الكلام مع ابي يوسف فبنا
على اصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان ضمان الجناية الواردة على العبد ضمان
النفس ام على ضمان المال فعلي اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ضمان النفس
حتي قالا انه لا تزاد قيمته على دية الحر بل ينقص منها وكذا تحمله العاقلة وعلى اصل
ابي يوسف ضمانها ضمان المال حتي تبلغ قيمته بالغة ما بلغت ولا تحمله العاقلة
فصار جنينها كجنين البهيمة وهناك لا يجب الا نقصان الام كذا ههنا
واما الكلام مع الشافعي فبنا على ان الجنين معتبر بنفسه ام بامه وقد
ذكرنا الدلايل على انه معتبر بنفسه لا بامه فيما تقدم والدليل عليه ايضا
ان ضمان جنين الحرة موروث عنه على فرايض الله تعالي ولو كان معتبرا بامه
لسلم لها كما يسلم لها ارش عضوها فاذا ثبت الجنين معتبر بنفسه وان الواجب
فيه ضمانه فبهذا الاعتبار يوجب ان يكون في جنين الامة اذا كان رقيقا
نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثي لان الواجب في
الجنين الحر خمسماية ذكرا كان او انثي وهي نصف عشر دية الذكر وعشر دية
الانثي والقيمة في الرقيق كالدية في الحر فيلزم ان يكون في الجنين الرقيق
نصف عشر قيمته ان كان ذكرا اعتبارا بالحر وعشر قيمته ان كان انثي
ان كان انثي اعتبارا بالحرة وان خرج حيا ثم مات قيمته لما قلنا في الجنين
الحر فان القت جنينين ميتين او حيين ثم ماتا ففي كل واحد منهما
حالة الاجتماع ما فيه حالة الانفراد لما ذكرنا في الجنين الحر فان القت
احدهما ميتا والاخر حيا ثم مات ففي كل واحد منهما ما هو ضمانه حالة
الانفراد لما مر فان ماتت الام من الضرب وخرج الجنين بعد ذلك حيا
ثم مات فعليه قيمتان قيمة في الام وقيمة في الجنين وان خرج الجنين
ميتا بعد موت الام فعليه في الام القيمة ولا شي عليه في الجنين لما ذكرنا
والاصل ان في كل موضع يجب في الجنين الحر الغرة ففي الرقيق نصف عشر
قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان انثي وكل موضع يجب في المضروبة
اذا كانت حرة الدية وفي الامة القيمة وفي كل لا يجب في الجنين هناك شي
لا يجب ههنا شي ايضا لما ذكرنا من جانب من غير تفاوت الا ان الواجب

في جنين الامة يكون في مال الضارب يوخذ به حالا ولا تتحمله العاقلة والواجب
في جنين الحرة يكون على العاقلة لان تحمل العاقلة ثبت بخلاف القياس بالنص
والنص ورد بالتحمل في الغرة في جنين الحرة فبقي الحكم في جنين الامة
على اصل القياس والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

كتاب البيوع

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في مواضع
في بيان ركن البيع ٭ وفي بيان شرايط الركن ٭ وفي بيان اقسام
البيع ٭ وفي بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها ٭ وفي بيان
حكم البيع ٭ وفي بيان ما يرفع حكم البيع ٭ اما ركن البيع فهو مبادلة
شي مرغوب بشي مرغوب وذلك قد يكون بالقول وقد يكون بالفعل
اما القول فهو المسمى بالايجاب والقبول والثاني في صفة الايجاب
والقبول ٭ اما الاول الايجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي وقد
يكون بصيغة الحال اما بصيغة الماضي فهو ان يقول البايع بعت
ويقول المشتري اشتريت فيتم الركن لان هذه الصيغة وان كانت للماضي
وضعا لكنها جعلت ايجابا للحال في عرف الفقها اللغة والشرع والعرف
قاض على الوضع وكذا اذا قال البايع خذ هذا الشي بكذا او اعطيتكه بكذا
او هولك بكذا او بدلتكه بكذا وقال المشتري قبلت او اخذت او رضيت
او هويت ونحو ذلك فانه يتم الركن لان كل واحد من هذه الالفاظ يودي
معنى البيع وهو المبادلة والعبرة للمعنى لا للصورة واما صيغة الحال
فهو ان يقول البايع للمشتري ابيع منك هذا الشي بكذا ونوى الايجاب
وقال البايع بعت او قال البايع ابيعه منك بكذا وقال المشتري اشتريته
ونويا الايجاب يتم الركن وينعقد وانما اعتبرنا النية هاهنا وان صيغة
افعل للحال هو الصحيح لانه يستعملها للاستقبال اما حقيقة او مجازا
فوقعت الحاجة الى التعيين بالنية ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق
بان يقول المشتري للبايع اتبيع مني هذا الشي بكذا او بعته مني بكذا
فقال بعت لا ينعقد ما لم يقل المشتري اشتريت وكذا اذا قال
البايع للمشتري اشتري مني هذا الشي بكذا او اشتريته مني بكذا
فقال المشتري اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البايع بعت وهل ينعقد
بصيغة الاستقبال قال اصحابنا لا ينعقد ما لم يقل المشتري
اشتريت وكذا اذا قال البايع للمشتري اشتر مني هذا الشي بكذا
فقال المشتري اشتريت لا ينعقد ما لم يقل البايع بعت عندنا
وقال الشافعي ينعقد وجه قوله ان هذه الصيغة تصلح شطر العقد
في الجملة الا ترى ان من قال لاخر تزوج ابنتي فقال الخاطب تزوجت
او قال زوج ابنتك مني فقال زوجت ينعقد النكاح فاذا صلحت هذه
الصيغة شطرا في النكاح صلحت شطرا في البيع لان الركن في كل واحد
منهما هو الايجاب والقبول ولنا ان قوله بع او اشتري طلب الايجاب
والقبول وطلب الايجاب والقبول لا يكون ايجابا وقبولا فلم يوجد الا
احد الشطرين فلا يتم الركن ولهذا لا ينعقد بلفظة الاستفهام لكون

الاستفهام سوال الايجاب والقبول لا ايجابا وقبولا هذا هنا وهذا هو القياس
في النكاح الا انا استحسنا في النكاح بنص خاص وهو ما روي ابو يوسف رحمه
الله ان بلالا رضي الله عنه خطب الى قوم من الانصار فابوا ان يزوجوه فقال
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم امرني ان اخطب اليكم ثم اخطب فقالوا
له املكت ان بلالا ولم ينقل ان بلالا رضي الله عنه قال قبلت فتركنا القياس
هناك بالنص ولا نص في الفرع فوجب العمل بالقياس ولان هذه الصيغة مساومة
حقيقة فلا يكون ايجابا وقبولا حقيقة بل هي طلب الايجاب والقبول فلا بد
للايجاب والقبول من لفظ اخر يدل عليهما ويمكن حمل هذه الصيغة على المساومة
في باب النكاح لان المساومة لا توجد في النكاح عادة فحملت على الايجاب
والقبول على ان الضرورة توجب ان يكون قول القايل زوج ابنتك مني شطر
العقد فلو لم يجعل شطر العقد لتضرر الولي لجواز انه زوج ولا يقبل الخاطب
فيلحقه الشين فجعلت شطر الضرورة دفع الضرر عن الاولياء وهذا المعنى
في باب البيع منعدم فبقيت سوالا فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر
الاخر ٭ واما صفة الايجاب والقبول فهو ان احدهما لا يكون لازما قبل
وجود الاخر فاحد الشطرين بعد وجوده لا يلزم قبل وجود الشطر الاخر
حتى اذا وجد احد الشطرين من احد المتعاقدين فللاخر خيار القبول وله
خيار الرجوع قبل قبول الاخر لما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال البيعان بالخيار ما لم يفترقا عن بيعهما
والخيار الثابت لهما قبل التفرق عن بيعهما هو خيار القبول وخيار
الرجوع ولان احد الشطرين لو لزم قبل وجود الاخر لكان صاحبه مجبورا
في ذلك الشطر وهذا لا يجوز ٭ واما المبادلة بالفعل فهي التعاطي ويسمى
هذا بيع المراوضة وهذا عندنا وقال الشافعي لا يجوز البيع بالتعاطي
لان البيع في عرف الشرع كلام ايجاب وقبول فاما التعاطي فلم يعرف
في الشرع بيعا وذكر القدوري ان التعاطي يجوز في الاشيا الخسيسة ولا
يجوز في الاشيا النفيسة ورواية الجواز في الاصل مطلق عن هذا التفصيل
وهي الصحيحة لان البيع في اللغة والشرع اسم للمبادلة وهي مبادلة
شي مرغوب بشي مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والاعطا
وانما قول البيع والشرا دليل عليهما والدليل عليه قوله تعالى الا ان
تكون تجارة عن تراض منكم والتجارة عبارة عن جعل الشي للغير ببدل
وهو تفسير التعاطي وقال تعالى اولئك اشتروا الضلالة بالهدى
فما ربحت تجارتهم اطلق اسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع
وقال تعالى ان الله اشترى من المومنين انفسهم واموالهم بان لهم
الجنة سمى مبادلة الجنة بالقتال في سبيل الله شرا وبيعا بقوله تعالى
في اخر الاية فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم به وان لم يوجد لفظ
البيع واذا ثبت ان حقيقة المبادلة بالتعاطي وهو الاخذ والاعطا فهذا
يوجد في الاشيا الخسيسة والنفيسة جميعا فكان التعاطي في ذلك كله
بيعا فكان جايزا

فصل

واما شرايط الركن فلا يمكن الوصول

الي معرفتها الا بعد معرفة اقسام البياعات لان منها ما يعم البياعات
كلها ومنها ما يخص البعض دون البعض فنقول البيع في القسمة الاولي
ينقسم الي قسمين قسمة ترجع الي البدل وقسمة ترجع الي الحكم اما
الذي يرجع الي البدل فينقسم قسمين اخراوين احدهما ترجع الي البدلين
والاخري ترجع الي احدهما وهو اليمين اما الاول فنقول البيع في حق البدلين
ينقسم اربعة اقسام بيع العين بالعين وهو بيع السلع بالسلع ويسمي
بيع المقايضة وبيع العين بالدين وهو بيع السلع بالاثمان المطلقة وهي
الدراهم والدنانير وبيعها بالفلوس النافقة وبالمكيل الموصوف في الذمة
والموزون الموصوف والعددي المتقارب الموصوف وبيع الدين بالعين
وهو السلم وبيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق
وهو الصرف • فاما الذي يرجع الي احد البدلين وهو الثمن فينقسم
في حق البدل وهو الثمن خمسة اقسام بيع المساومة وبيع هو مبادلة
المبيع باي ثمن اتفق وبيع المرابحة وهو مبادلة المبيع بمثل الاول
وزيادة ربح وبيع التوليه وهو المبادلة بمثل الثمن الاول من غير
زيادة ولا نقصان وبيع الاشراك وهو التوليه لكن في بعض المبيع
ببعض الثمن وبيع الوضيعة وهو المبادلة بمثل الثمن الاول مع نقصان
شي منه • واما القسمة التي ترجع الي بيان فنذكرها في بيان حكم
البيع ان شا الله تعالي واذا عرفت اقسام البياعات فنذكر شرايطها
وهي انواع بعضها شرط الانعقاد وبعضها شرط النفاد وهو ما لا يثبت
الحكم بدونه وان كان قد ينعقد وينفذ بدونه التصرف بدونه • وبعضها
شرط الصحة وهو ما لا صحة له بدونه وان كان قد ينعقد وينفذ بدونه
وبعضها شرط اللزوم وهو ما لا يلزم البيع بدونه وان كان قد ينعقد وينفذ
ويصح بدونه • واما شرايط الانعقاد فانواع • بعضها يرجع الي
العاقد • وبعضها يرجع الي نفس العقد • وبعضها الي مكان العقد
وبعضها يرجع الي المعقود عليه • اما الذي يرجع الي العاقد فنوعان
احدهما ان يكون عاقلا فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل
لان اهلية التصرف شرط انعقاد التصرف والاهلية لا تثبت بدون
العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه فاما البلوغ فليس بشرط لانعقاد
البيع عندنا حتي لو باع الصبي العاقل مال نفسه ينعقد عندنا
موقوفا علي اجازة وليه وعلي اجازة نفسه بعد البلوغ وعند الشافعي
شرط فلا ينعقد تصرفات الصبي عنده اصلا وكذا ليس بشرط النفاذ
في الجملة حتي لو توكل عن غيره بالبيع والشرا ينفذ تصرفه عندنا
وعنده لا ينفذ وهي مسلة كتاب الماذون وكذا الحرية ليست بشرط
لانعقاد البيع ولا لنفاذه حتي ينفذ بيع العبد الماذون بالاجماع وينعقد
بيع العبد المحجور اذا باع مال مولاه موقوفا علي اجازته وكذا الملك
او الولاية ليس بشرط لانعقاد البيع عندنا بل هو شرط النفاد حتي
يتوقف بيع الفضولي وعنده شرط حتي لا يتوقف اصلا والمسلة تاتي

في موضعها ان شا الله تعالي وكذا اسلام البايع ليس بشرط لانعقاد البيع
ولا لنفاذه ولا لصحته بالاجماع فيجوز بيع الكافر وشراوه وقال الشافعي
اسلام المشتري شرط جواز لشرا الرقيق المسلم والمصحف حتي لا يجوز ذلك
من الكافر وجه قوله ان في تملك الكافر المسلم اذلالا بالمسلم وهذا لا يجوز
ولهذا يجبر علي بيعه عندكم ولنا عمومات البيع من غير فصل بين بيع المسلم
العبد من المسلم وبين بيعه من الكافر فهو علي العموم الا حيث ما خص بدليل
ولان الثابت للكافر بالشرا ليس الا الملك في المسلم والكافر من اهل
ان يثبت الملك له علي المسلم الا تري ان الكافر يرث العبد المسلم من
ابيه وكذا اذا كان له عبد كافر فاسلم بقي ملكه فيه وهو في الحقيقة ملك
مبتدا لان الملك عرض لا بقا له فدل ان الكافر من اهل ثبوت الملك له
في المسلم قوله فيه اذلال بالمسلم قلنا الملك عندنا لا يظهر فيما فيه
اذلال بالمسلم فانه لا يظهر في حق الاستخدام والوطي والاستمتاع
بالجارية المسلمة وانما يظهر فيما لا ذل فيه من الاعتاق والتدبير
والكتابة والبيع وبه تبين ان الجبر علي البيع ليس لدفع الذل اذ لا ذل
علي ما بينا ولكن لاحتمال وجود فعل لا يحل ذلك في الاسلام لعداوة بين
المسلم والكافر واذا جاز شرا الذمي للعبد المسلم فيجوز اعتاقه
وتدبيره واستيلاده وكتابته لان جواز هذه التصرفات مبني علي
الملك وقد وجد الا انه اذا دبره يسعي العبد في قيمته لانه لا سبيل
الي ابقايه علي ملكه ولا سبيل الي الازالة بالبيع لانه بيع المدبر وانه لا
يجوز فتعينت الازالة بالسعاية وكذا اذا كانت امة فاستولدها يسعي
في قيمتها لما قلنا ويوجع الذمي ضربا بوطيه المسلمة لانه حرام عليه
فيستحق التعزير واذا كاتبه لا يعترض عليه لانه ازال يده عنه حتي لو عجز
ورد في الرق يجبر علي بيعه وكذلك الذمي اذا ملك شقصا فالحكم في البعض
كالحكم في الكل ولو اشتراه مسلم من الكافر شرا فاسدا فانه يجبر علي الرد
لان رد الفساد واجب حقا للشرع ثم يجبر الكافر علي بيعه والله اعلم
وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشرا ولا لنفاذهما وصحتهما فيجوز
بيع الاخرس وشراوه اذا كانت الاشارة مفهومة في ذلك لانه اذا كانت
الاشارة مفهومة في ذلك قامت اشارته مقام عبارته هذا اذا كان
الخرس اصليا بان ولد اخرس فاما اذا كان عارضا بان طري عليه الخرس فلا
الا اذا دام به حتي وقع الناس عن كلامه وصارت الاشارة مفهومة
فيلحق بالاخرس الاصلي والثاني العدد في العاقد فلا يصلح الواحد عاقدا
من الجانبين في باب البيع الا الاب فيما يبيع مال نفسه من ولده
الصغير بمثل قيمته او بما يتغابن الناس فيه عادة او يشتري مال الصغير
لنفسه بذلك عند اصحابنا استحسانا والقياس ان لا يجوز ذلك اصلا
وهو قول زفر وجه القياس ان الحقوق في باب البيع ترجع الي العاقد وللبيع
حقوق متضادة من التسليم والتسلم والمطالبة فيودي الي ان يكون
الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومتسلما مطالبا ومطالبا وهذا

محال ولهذا لم يجز ان يكون الواحد وكيلا من الجانبين في باب البيع لما ذكرنا من
الاستحالة ويصلح رسولا من الجانبين لان الرسول لا يلزمه الحقوق فلا يودي الي
الاستحالة وكذا القاضي يتولي العقد من الجانبين لان الحقوق لا ترجع اليه
فكان بمنزلة الرسول وبخلاف الوكيل في باب النكاح لان الحقوق لا ترجع اليه
فكان سفيرا محضا بمنزلة الرسول وجه الاستحسان قوله تعالي ولا تقربوا مال
اليتيم الا بالتي هي احسن فيملكه الاب وكذا البيع والشرا بمثل قيمته وبما يتغابن
الناس فيه عادة قد يكون قربانا علي وجه الاحسن بحكم الحال والظاهر ان الاب لا
يفعل ذلك الا في تلك الحال لكمال شفقته فكان البيع والشرا بذلك قربانا
علي وجه الاحسن قوله يودي الي الاستحالة قلنا ممنوع فانه لو كان الصبي باع او
اشتري بنفسه وهو بالغ فتعدد العاقد حكما فلا يودي الي الاستحالة واما الوصي
اذا باع مال نفسه من الصغير او اشتري مال الصغير لنفسه فان لم يكن
فيه نفع ظاهر لا يجوز بالاجماع وان كان فيه نفع ظاهر جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد لا يجوز لان القياس يابي جوازه اصلا من الاب والوصي جميعا لما ذكرنا
من الاستحالة الا ان الاب لكمال شفقته جعل شخصه المتحد حقيقة متعددا ذاتا
ورايا وعبارة والوصي لا يساويه في الشفقة فبقي الامر فيه علي اصل القياس ولابي
حنيفة وابي يوسف ان تصرف الوصي اذا كان فيه نفع ظاهر لليتيم قربان ماله
علي وجه الاحسن فيملكه بالنص قوله لا يمكن الحاق الوصي بالاب لقصور شفقته
قلنا الوصي له شبهان شبه بالاب وشبه بالوكيل اما شبهه بالوكيل فلكونه اجنبيا
وشبهه بالاب فلكونه موصي الاب فالظاهر انه ما رضي به الا لوفور شفقته علي
الصغير فاثبتنا له الولاية عند ظهور النفع عملا بشبهة الاب وقطعنا ولايته
عند عدمه عملا لشبه الوكيل عملا بالوكيل بقدر الامكان والله اعلم فصل
واما الذي يرجع الي نفس العقد فهو ان يكون المقبول موافقا للايجاب بان يقبل
المشتري ما اوجبه البايع وبما اوجبه فان خالفه بان قبل غير ما اوجبه او بعض
ما اوجبه او بغير ما اوجبه او ببعض ما اوجبه لا ينعقد من غير ايجاب مبتدا
موافق بيان هذه الجملة اذا اوجب البيع في العبد فقبل في الجارية لا ينعقد وكذا
اذا اوجب في العبدين فقبل في احدهما بان قال بعت منك هذين العبدين هذين
العبدين بالف درهم فقال المشتري قبلت في هذا العبد واشار الي واحد معين
لا ينعقد لان القبول في احدهما تفريق الصفقة علي البايع والصفقة اذا وقعت
مجتمعة من البايع لا يملك المشتري تفريقها قبل التمام لان من عادة التجار
ضم الردي الي الجيد ترويجا للردي بواسطة الجيد فلو ثبت للمشتري ولاية
التفريق لقبل في الجيد دون الردي فيتضرر به البايع والضرر منفي ولان
غرض الترويج لا يحصل الا بالقبول فيهما جميعا فلا يكون راضيا بالقبول في احدهما
ولان القبول في احدهما يكون اعراضا عن الجواب بمنزلة القيام من المجلس وكذلك
لو اوجب البيع في كل العبد فقبل المشتري في نصفه لا ينعقد لان البايع يتضرر
بالتفريق لانه يلزمه عيب الشركة ثم اذا قبل المشتري بعض ما اوجبه البايع
كان هذا شرا مبتدا فان اتصل به الايجاب من البايع في المجلس ينظر ان كان للبعض
الذي قبل المشتري حصة معلومة من الثمن جاز والا فلا بيانه اذا قال

كان صح

بعت منك هذين الكرين بعشرين درهما فقبل المشتري في احدهما واوجب البايع
جاز لان الثمن ينقسم علي المبيع باعتبار الاجزا فيما له مثل فكان بيع الكرين بعشرين
بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين وكذلك اذا قال بعتك هذين العبدين بالف
درهم فقبل المشتري في احدهما وبين ثمنه وقال البايع بعت يجوز فاما اذا لم يبين
ثمنه لا يجوز وان ابتدا البايع الايجاب بخلاف مسلة الكرين وساير الاشيا المتماثلة
لما ذكرنا ان الثمن في المثليات ينقسم علي المبيع باعتبار الاجزا فيما له مثل فكان بيع
الكرين بعشرين بيع كل كر بعشرة لتماثل قفزان الكرين وكذلك اذا قال بعتك هذين
العبدين بالف فقبل المشتري في احدهما وبين ثمنه فقال البايع بعت يجوز فاما
اذا لم يبين ثمنه لا يجوز وان ابتدا البايع الايجاب بخلاف مسلة الكرين وساير
الاشيا المتماثلة لما ذكرنا ان الثمن في المثليات ينقسم علي المبيع باعتبار الاجزا فكان حصة
كل واحد معلوما وفيما لا مثل له لا ينقسم الثمن علي المبيع باعتبار الاجزا فاذا لم ينقسم
بقيت حصة كل واحد منهما من الثمن مجهولة وجهالة الثمن تمنع صحة المبيع هذا اذا
لم يبين البايع حصة كل واحد من العبدين بان قال بعت منك هذين العبدين
بالف درهم فاما اذا بين بان قال بعتك هذين العبدين هذا بالف وهذا بخمسماية
فقبل المشتري في احدهما دون الاخر جاز لانعدام تفريق الصفقة من المشتري بل
البايع هو الذي فرق الصفقة حيث سمي لكل واحد منهما ثمنا علي حدة وعلم لا ضرر له
فيه ولو كان فهو ضرر مرضي به وانه غير مدفوع وكذا اوجب البيع في شي بالف فقبل
فيه بخمسماية لا ينعقد وكذا لو اوجب بجنس ثمن فقبل بجنس اخر الا اذا رضي البايع به
في المجلس وعلي هذا اذا خاطب البايع رجلين فقال بعتكما هذا العبد او هذين العبدين
فقبل احدهما دون الاخر لا ينعقد لانه اضاف الايجاب في العبدين او عبد واحد
اليهما جميعا فلا يصلح كلام احدهما جوابا للايجاب وكذا لو خاطب المشتري رجلين فقال
اشتريت منكما هذا العبد بكذا فاوجب في احدهما لم ينعقد لما قلنا والله اعلم
فصل واما الذي يرجع الي مكان العقد فواحد وهو اتحاد المجلس بان كان الايجاب
والقبول في مجلس واحد وان اختلف المجلس لا ينعقد حتي لو اوجب احدهما البيع فقام الاخر
عن المجلس قبل القبول او اشتغل بعمل اخر يوجب اختلاف المجلس ثم قبل لا ينعقد لان
القياس ان لا يتاخر احد الشطرين عن الاخر في المجلس لانه كما وجد احدهما انعدم في
الثاني في زمان وجوده فوجد الثاني والاول منعدم ولا ينتظم الركن الا ان اعتبار
ذلك يودي الي انسداد باب البيوع فتوقف احد الشطرين علي الاخر حكما وجعل
المجلس جامعا للشطرين مع تفرقهما للضرورة وحق الضرورة يصير مقضيا عند اتحاد
المجلس واذا اختلف لا يتوقف وهذا عندنا وقال الشافعي الفور مع ذلك شرط
لا ينعقد الركن بدونه وجه قوله ما ذكرنا ان القياس ان لا يتاخر احد الشطرين
عن الاخر والتاخر لمكان الضرورة وانها تندفع بالفور ولنا ان في ترك اعتبار
الفور ضرورة لان القابل يحتاج الي التامل ولو اقتصر علي الفور لا يمكنه التامل
وعلي هذا اذا تبايعا وهما يمشيان او يسيران علي دابتين او دابة واحدة في محمل واحد
فان خرج الايجاب والقبول منهما متصلين انعقد وان كان بينهما فصل وسكوت
وان قل لا ينعقد لان المجلس تبدل بالمشي والسير وان قل الا تري انه لو قرا اية
السجدة وهو يمشي علي الارض او يسير علي الدابة لا يصلي عليها مرارا يلزمه لكل قراة سجدة

وكذا لو خير امراته وهو يمشي على الارض او يسير على دابة لا يصلي عليها فمشت او
سارت يبطل خيارها لتبدل المجلس وان اختارت نفسها متصلا بتخيير
الزوج صح اختيارها لان المجلس لم يتبدل فكذا هاهنا ولو تبايعا وهما واقفان
انعقد لاتحاد المجلس ولو اوجب احدهما وهما واقفان فسار الاخر قبل
القبول او سارا جميعا ثم قبل لا ينعقد لانه لما سار او سارا فقد تبدل
المجلس قبل القبول فلم يجتمع الشطران في مجلس واحد ولو وقفا فخير امراته
ثم سار الزوج وهي واقفة فالخيار في يدها ولو سارت هي والزوج واقف
بطل خيارها فالعبرة لمجلسها لا لمجلس الزوج وفي باب البيع يعتبر مجلسهما جميعا
لان التخيير من قبل الزوج لازم الا ترى انه لا يملك الرجوع عنه ولا يبطل
بالاعراض واحد الشطرين في باب البيع لا يلزم قبل قبول الاخر فاحتمل البطلان
بالاعراض ولو تبايعا وهما في سفينة ينعقد سوا كانت واقفة او جارية
خرج الشطران متصلين او منفصلين بخلاف المشي على الارض والسير على
الدابة لان جريان السفينة لا يملك وقفها فلم يكن جريانها مضافا اليه
فلم يختلف المجلس فاشبه بخلاف المشي والسير اما المشي فظاهر لانه فعله
وكذا سير الدابة مضاف اليه الا ترى انه لو سيرها سارت ولو وقفها
وقفت فاختلف المجلس بسيرها ولهذا لو كرر اية السجدة في السفينة وهي
جارية لا يلزمه الا سجدة واحدة كما لو كررها في بيت واحد وكذا اذا خير
امراته في السفينة وهي جارية فهي على خيارها ما لم يوجد منها دليل الاعراض
وعلى هذا اذا اوجب احدهما والاخر غايب فبلغه فقبل لا ينعقد والاصل
ان احد الشطرين من احد العاقدين في باب البيع يتوقف على الاخر في المجلس
ولا يتوقف على الشطر الاخر من العاقد الاخر فيما ورا المجلس بالاجماع الا اذا كان
عنه قابل او كان بالرسالة او بالكتابة اما الرسالة فهو ان يرسل رسولا الى رجل
ويقول للرسول اني بعت عبدي هذا من فلان الغايب بكذا فاذهب اليه
وقل له ان فلانا ارسلني اليك وقال لي قل له اني بعت عبدي هذا من فلان
بكذا فذهب الرسول وبلغ الرسول وبلغ الرسول فقال المشتري في مجلسه
ذلك قبلت انعقد البيع لان الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل
ناقل كلامه الى المرسل اليه فكانه حضر بنفسه فاوجب البيع وقبل الاخر
في المجلس واما الكتابة فهو ان يكتب الرجل الى رجل اما بعد فقد بعت عبدي
فلانا منك بكذا فبلغه الكتاب فقال في مجلسه اشتريت لان خطاب
كتابة فكانه حضر بنفسه وخاطب بالايجاب وقبل الاخر في المجلس ولو
كتب شطر العقد ثم رجع صح رجوعه لان الكتابة لا تكون فوق الخطاب
ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الاخر صح رجوعه فهاهنا اولى وكذا لو ارسل
رسولا ثم رجع لان الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة وذا محتمل
للرجوع فهاهنا اولى وسوا علم الرسول رجوع المرسل او لم يعلم به بخلاف ما
اذا وكل انسانا ثم عزله بغير علمه لا يصح عزله لان الرسول يحكي كلام
المرسل وينقله الى المرسل اليه فكان سفيرا ومعبرا محضا فلم يشترط
علم الرسول بذلك فاما الوكيل فانما يتصرف عن تفويض الموكل اليه بشرط

علمه بالعزل صيانة له عن التغرير على ما ذكرنا في كتاب الوكالة وكذلك هذا
في الاجارة والكتابة ان اتحاد المجلس شرط للانعقاد ولا يتوقف احد الشطرين
من احد المتعاقدين على وجود الشطر الاخر اذا كان غايبا الا ان كل واحد
منهما عقد معاوضة الا اذا كان عن الغايب قابل او بالرسالة او بالكتابة
كما في البيع واما في النكاح فهل يتوقف بان يقول رجل للشهود اشهدوا اني
قد تزوجت فلانة بكذا فبلغها فاجازت او قالت امراة اشهدوا اني قد
زوجت نفسي من فلان بكذا فبلغه فاجاز عند ابي حنيفة ومحمد لا يتوقف
ايضا الا اذا كان عن الغايب قابل وعند ابي يوسف يتوقف وان لم يقبل
عنه احد وكذا الفضولي من الجانبين بان قال زوجت فلانة من فلان وهما
غايبان فبلغهما فاجازا لم يجز عندهما وعند ابي يوسف يجوز وهي مسالة
كتاب النكاح والفضولي من الجانبين في باب البيع اذا بلغهما فاجازا لم
يجز بالاجماع واما الشطر في باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالاجماع
حتى لو قال خالعت امراتي فلانة الغايبة على كذا فبلغها الخبر فقبلت جاز
واما من جانب المراة فلا يتوقف بالاجماع حتى لو قالت اختلعت من زوجي
فلان الغايب على كذا فبلغه الخبر فاجاز لم يجز ووجه الفرق ان الخلع في جانب
الزوج يمين لان تعليق الطلاق بقبول المال فكان يمينا ولهذا لا يملك
الرجوع عنه وتصح فيه الاضافة الى الوقت والتعليق بالشرط بان يقول
الزوج خالعتك على كذا واذا كان يمينا فغيبة المراة لا تمنع صحة اليمين
كما في التعليق بدخول الدار وغير ذلك واما من جانب المراة فهو معاوضة
ولهذا لا يصح تعليقه بالشرط من جانبها ولا تصح اضافته الى وقت وتملك
الرجوع قبل اجازة الزوج واذا كان معاوضة فالشطر في المعاوضات
لا يتوقف كما في البيع وغيره وكذلك الشطر في اعتاق العبيد على مال
من جانب المولى يتوقف اذا كان العبد غايبا ومن جانب العبد لا يتوقف
اذا كان المولى غايبا لانه من جانبه تعليق العتق بالشرط ومن جانب العبد
معاوضة والاصل ان في كل موضع لا يتوقف الشطر على ما ورا المجلس يصح
رجوعه عنه ولا يصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما في البيع والاجارة
والكتابة وفي كل موضع يتوقف الشطر على ما ورا المجلس لا يصح الرجوع عنه
ويصح تعليقه بالشرط واضافته الى الوقت كما في الخلع من جانب الزوج
والاعتاق على مال من جانب المولى والله اعلم فصل واما الذي يرجع
الى المعقود عليه فانواع منها ان يكون موجودا فلا ينعقد بيع
المعدوم وما له خطر العدم كبيع نتاج النتاج بان قال بعت ولد ولد
هذه الناقة وكذا بيع الحمل لانه ان باع الولد فهو بيع المعدوم وان
باع الحمل فله خطر العدم وكذا بيع اللبن في الضرع لان له خطر لاحتمال
انتفاخ الضرع وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لانهما معدوم وان
كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو صلاحهما اذا لم يشترط الترك
ومن مشايخنا من قال لا يجوز الا اذا صار بحال ينتفع به بوجه من الوجوه
فان كانت كان بحيث لا ينتفع به اصلا لا ينعقد واحتجوا بما روي عن

النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ولانه اذا لم
يبد وصلاحها لم يكن منتفعا به فلا يكون مالا فلا يجوز بيعها وهذا خلاف
الرواية فان محمدا رحمه الله ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر انه باع الثمار
في اول ما تطلع وتركها بامر البايع حتى ادركت فالعشر على المشتري ولو لم يجز
بيعها حتى طلعت لما وجب عشرها على المشتري والدليل على جواز بيعه ما روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع نخلا موبرة فثمرته على للبايع
الا ان يشترطها المبتاع جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما
اذا بدا صلاحها او لا دل انها محل للبيع كيف ما كانت والمعنى فيه وهو
انه باع ثمرة موجودة وهي ان تصير منتفعا بها في الثاني وان لم يكن منتفعا
به في الحال فيجوز بيعها كبيع جرو الكلب على اصلنا وبيع المهر والجحش والارض
والارض السبخة والنهي محمول على بيع الثمار مدركة قبل ادراكها بان باعها تمرا
وهي بسر او باعها عنبا وهي حصرم دليل صحة هذا التاويل قوله صلى الله عليه
وسلم في سياق الحديث ارايت ان منع الله الثمرة ثم يستحل احدكم مال
صاحبه ولفظة المنع يقتضي ان لا يكون ما وقع عليه المنع موجودا الان المنع
منع الوجود وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والباذنجان
فيجوز بيع ما ظهر منه ولا يجوز بيع ما لم يظهر وهذا قول عامة العلما
وقال مالك اذا ظهر فيه الخارج الاول يجوز بيعه لان فيه ضرورة لانه
لا يظهر الكل دفعة واحدة بل على التعاقب بعضها بعد بعض فلو لم يجز بيع
الكل عند ظهور البعض وقع الناس في الحرج ولنا ان ما لم يظهر منه معدوم
فلا يحتمل البيع ودعوى الضرورة والحرج ممنوعة فانه يمكنه ان يبيع الاصل
بما فيه من الثمر وما يحدث منه بعد ذلك يكون على ملك المشتري وقد
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحبل وحبل الحبل وروي
حبل الحبلة وهو بمعنى الاول وانما زيادة الها للتاكيد والمبالغة وروي حبل
بحفظ التامن الكلمة الاخيرة والحبلة هي الحبل فكان نهيا عن بيع ولد الحبلى
وروي انه عن بيع اللبن في الضرع وبيع عسيب الفحل لان عسب الفحل
ضرابه وهو عند العقد منعدم وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
نهى عن عسب الفحل ولا يمكن حمل النهي على نفس العسب وهو الضراب لان
ذلك جايز بالاعارة فيحمل على البيع والاجارة الا انه حذف ذلك واضمر فيه
كما في قوله تعالى واسئل القرية وغير ذلك ولا يجوز بيع الدقيق في الحنطة
والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن
في اللبن ويجوز بيع الحنطة وساير الحبوب في سنابلها لان بيع الدقيق في
الحنطة والزيت في الزيتون ونحو ذلك بيع المعدوم لانه لا دقيق في
الحنطة ولا زيت في الزيتون لان الحنطة اسم للمركب والدقيق للمتفرق
فلا دقيق في حال كونه حنطة ولا زيت في حال كونه زيتونا فكان هذا بيع
المعدوم فلا ينعقد بخلاف بيع الحنطة في سنبلها لان ما في السنبل حنطة
اذ هي اسم للمتركب وهي في سنبلها على تركبها فكان بيع الموجود حتى لو
باع تبن الحنطة في سنبلها دون الحنطة لا ينعقد لانه لا يصير تبنا الا

بالعلاج

با لعلاج وهو الدق فلم يكن تبنا قبله فكان بيع المعدوم فلا ينعقد بخلاف
بيع الجذع في السقف والاجر في الحايط وذراع من كرباس او ديباج انه
ينعقد حتى لو نزع وقطع وسلم الى المشتري يجبر على الاخذ وها هنا لا ينعقد
اصلا حتى لو طحن وعصر وسلم لا يجبر المشتري على القبول لان عدم النفاذ
هناك ليس لخلل في الركن ولا في العاقد والمعقود عليه بل للمضرة تلحق العاقد
بالنزع والقطع فاذا نزع وقطع فقد زال المانع فينفذ اما ها هنا فالمعقود
عليه معدوم حالة العقد ولا يتصور انعقاد العقد بدونه فلم ينعقد
العقد اصلا فلا يحتمل النفاذ فهو الفرق وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح
لانه بمنزلة الزيت في الزيتون وبيع النوى في التمر وكذلك بيع اللحم
في الشاة الحية لانها انما تصير لحما بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم
فلا ينعقد وكذا بيع الشحم الذي فيها والبيتها واكارعها وراسها لما قلنا وكذا
بيع البحير في السمسم لانه انما يصير بحيرا بعد العصر وعلى هذا يخرج ما
اذا بعتك هذا الياقوت بكذا فاذا هو زجاج او قال بعتك هذا الفص
على انه ياقوت بكذا فاذا هو زجاج او قال بعتك هذا الثوب الهروي بكذا
فاذا هو مروي او قال بعتك هذا على انه مروي فاذا هو مروي لا ينعقد
البيع في هذه المواضع لان المبيع معدوم والاصل في هذا ان الاشارة مع
التسمية اذا اجتمعتا في باب البيع فيما يصلح محل البيع ينظر ان كان المشار اليه
من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق العقد بالمسمى وان كان من
جنسه لكنه يخالفه في الصفة فان تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية
ايضا عندنا ويلحقان بمختلفي الجنس وان قل التفاوت فالعبرة للمشار اليه
ويتعلق العقد به واذا عرف هذا فنقول الياقوت مع الزجاج جنسان
مختلفان وكذا الهروي مع المروي نوعان مختلفان فيتعلق العقد فيه بالمسمى
وهو معدوم فيبطل ولا ينعقد ولو قال بعتك هذا العبد فاذا هو جارية
لا ينعقد عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز وجه قوله ان المسمى
ها هنا من جنس المشار اليه اعني العبد والجارية وانما يختلفان في صفة
الذكورة والانوثة وهذا لا يمنع تعلق العقد بالمشار اليه كما اذا قال
بعتك هذه الشاة على انها نعجة فاذا هي كبش ولنا انهما جنسان مختلفان
في المعنى لاختلاف جنس المنفعة المطلوبة اختلافا فاحشا فيلحقا بمختلفي
الجنس حقيقة بخلاف النعجة مع الكبش لانهما اتفقا جنسا ذاتا
ومعنى اما ذاتا فظاهر ولان اسم الشاة يتناولهما واما معنى فلان المطلوب
من كل واحد منهما منفعة الاكل فتجانسا ذاتا ومنفعة فتعلق العقد
بالمشار اليه وهو موجود محل للبيع فجاز بيعه ولكن المشتري بالخيار
لانه فاتته صفة مرغوبة فاوجب ذلك خللا في الرضى فيثبت له الخيار
وكذا لو باع دارا على ان بناها اجر فاذا هو لبن لا ينعقد لانهما
يتفاوتان في المنفعة تفاوتا فاحشا فكانا كالجنسين المختلفين وكذا
لو باع ثوبا على انه مصبوغ بعصفر فاذا هو مصبوغ بزعفران لا ينعقد
لان العصفر مع الزعفران مختلفان في اللون اختلافا فاحشا وكذا

لو باع حنطة في جوالق فاذا هو دقيق او شرط الدقيق فاذا هو خبز لا ينعقد
لان الحنطة مع الدقيق جنسان مختلفان وكذا الدقيق مع الخبز الا ترى ان
من غصب من اخر حنطة فطحنها ينقطع حق المالك دل انها بالطحن تصير
شيا اخر فكان بيع المعدوم فلا ينعقد وان قال بعتك هذه الشاة على انها
ميتة فاذا هي ذكية جاز بالاجماع لان الميتة ليست بمحل للبيع فلغت التسمية
وبقيت الاشارة الى الذكية ولو قال بعتك هذا الثوب القز فاذا هو
ملحم ينظر ان كان سداه من القز ولحمته من غيره لا ينعقد وان كان لحمته
من القز فالبيع جايز لان الاصل في الثوب هو اللحمة لانه انما يصير ثوبا
بها فاذا كانت لحمته من غير القز فاختلف الجنس فكانت العبرة للتسمية
والمسمى معدوم فلم ينعقد البيع واذا كانت من القز فالجنس لم يختلف فتعتبر
الاشارة والمشار اليه موجود فكان محلا للبيع الا انه يثبت الخيار للمشتري
لان كون السدا منه امر مرغوب فيه وقد فات فيوجب الخيار وكذلك اذا
قال بعتك هذا الثوب الخز بكذا فاذا هو ملحم فهو على التفصيل الا ان لحمته
اذا كانت خزا وسداه من غيره حتى جاز البيع فقد قيل انه ينبغي ان لا يثبت
الخيار للمشتري هاهنا لان الخز هكذا ينسج بخلاف القز ولو باع جبة على ان
بطانتها وظهارتها كذا وحشوها كذا فان كانت الظهارة من غير ما شرط
لا ينعقد البيع وان كانت البطانة والحشو مما شرط لان الاصل هو الظهارة
الا ترى انه ينسب الثوب اليها ويختلف الاسم باختلافها واما البطانة
تجري مجرى التابع لها وكذا الحشو فكان المعقود عليه هو الظهارة
وما سواها جاريا مجرى الوصف لها ففواته لا يمنع الجواز ولكنه يوجب
الخيار لانه فات شي مرغوب فيه ولو قال بعتك هذه الدار على ان فيها
بنا فاذا لا بنا فيها فالبيع جايز والمشتري بالخيار ان شا اخذ بجميع الثمن وان شا
ترك فرق بين هذا وبين ما اذا قال بعتك هذه الدار على ان بناها اجر فاذا
هو لبن لا ينعقد ووجه الفرق ان الاجر مع اللبن ينفاوتان في المنفعة تفاوتا
فاحشا فيلحقا بمختلفي الجنس على ما بينا فيما تقدم ومنها ان يكون مالا لان
البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد بيع الحر لانه ليس بمال وكذا بيع
ام الولد لانها حرة من وجه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال اعتقها ولدها وروي عنه عليه السلام انه قال في ام الولد لا تباع
ولا توهب وهي حرة من الثلث نفي جواز بيعها مطلقا وسماها حرة فلا
تكون مالا على الاطلاق خصوصا على قول ابي حنيفة رحمه الله لان الاستيلاد
يوجب سقوط المالية عنده حتى لا يضمن بالغصب والبيع الفاسد
والاعتاق وانما تضمن بالقتل لا غير لان ضمان القتل ضمان الدم لا ضمان
المال والمسلة تاتي في موضعها ان شا الله تعالى ولا بيع المدبر المطلق عندنا
وقال الشافعي بيع المدبر جايز واحتج بما روي عن جابر رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه وسلم اجاز بيع المدبر وعن عايشة رضي الله عنها
انها دبرت مملوكة لها فغضبت عليها فباعتها ولان التدبير تعليق العتق
بالموت والمعلق عدم قبل وجود الشرط فلم يكن العتق ثابتا اصلا قبل

الموت فيجوز بيعه كما اذا علق عتق عبده بدخول الدار ونحو ذلك ثم باعه قبل
ان يدخل الدار كما في المدبر المقيد ولنا ما روى ابو سعيد الخدري وجابر ابن
عبد الله الانصاري رضي الله عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع
المدبر ومطلق النهي محمول على التحريم وروي عن عبد الله بن عمر عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث
وهذا نص في الباب ولانه حر من وجه فلا يجوز بيعه كام الولد والدليل
على انه حر من وجه الاستدلال بضرورة الاجماع وهو انه يعتق بعد
الموت بالاجماع والحرية لا بد لها من سبب وليس ذلك الا الكلام السابق
وليس هو تحرير بعد الموت لان التحرير فعل اختياري ولا يتحقق من
الميت فكان تحريرا من حين وجوده فكان ينبغي ان يثبت به الحرية من
كل وجه للحال فلا يكون مالا مطلقا فلا يجوز بيعه الا انها تاخرت من وجه
الى اخر جزء من اجزا حيوته بالاجماع ولا اجماع على التاخر من وجه فبقيت
الحرية من وجه ثابتة للحال فلا يكون مالا مطلقا فلا يجوز بيعه وحديث
جابر وعايشة رضي الله عنهما حكاية فعل يحتمل انه اجاز بيع مدبر مقيد او باع
مدبرا مقيدا ويحتمل ان المراد منه الاجارة لان الاجارة بلغة اهل المدينة
تسمى بيعا ويحتمل انه كان في ابتدا الاسلام حين كان بيع المدبر مشروعا
ثم نسخ فلا يكون حجة مع الاحتمال واما المدبر المقيد فهناك لا يمكن ان
يجعل الكلام السابق من حين وجوده لانه علق عتقه بموت موصوف
بصفة واحتمل ان يموت من ذلك المرض والسفر او لا فكان الخطر قايما
فكان تعليقا فلم يكن ايجابا ما دام الخطر قايما ومتى اتصل به الموت يظهر
انه كان تحريرا من وجوده من حين وجوده لكن لا يتعلق به حكم والله اعلم
ولا بيع المكاتب لانه حر يدا فلا يثبت يد تصرف الغير عليه ولا بيع معتق
البعض موسرا كان المعتق او معسرا عند اصحابنا الثلثة لانه بمنزلة
المكاتب عند ابي حنيفة وعندهما هو حر عليه دين فاما عند الشافعي
فان كان المعتق معسرا فللشريك الساكت بيع نصيبه بنا على اصله ان
المعتق ان كان معسرا فالاعتاق متجز فبقي نصيب شريكه على ملكه فيجوز
له بيعه وكل جواب عرفته في هولاء فهو الجواب في الاولاد من هولا لان الولد
يحدث على وصف ولهذا كان ولد الحرة حرا وولد الامة رقيقا وكما لا ينعقد
بيع المكاتب وولده المولود في الكتابة لا ينعقد بيع ولد المشترى في
الكتابة ووالديه لانهم تكاتبوا بالشرا واما من سواهم من ذوي الارحام
اذا اشتراهم يجوز بيعهم عند ابي حنيفة لانهم لم يتكاتبوا بالشرا وعند
ابي يوسف ومحمد لا يجوز لانهم تكاتبوا وهي مسلة كتاب المكاتب ولا ينعقد
بيع الميتة والدم لانه ليس بمال وكذلك ذبيحة المجوسي والمرتد والمشرك
لانها وكذا متروك التسمية عمدا عندنا خلافا للشافعي وهي مسلة كتاب
الذبايح وكذا ذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل لانها في معنى الميتة
وكذا ما ذبح من صيد الحرم محرما كان الذابح او حلالا وما ذبحه المحرم
من الصيد كان صيد الحرم او الحل لان ذلك ميتة ولا ينعقد بيع صيد

الحرم محرما كان البايع اوحلالا لانه حرام الانتفاع به في حقه فلا يكون مالا
في حقه ولو وكل محرم حلالا ببيع صيد فباعه فالبيع جايز عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف ومحمد باطل وهو على الخلاف في مسلم وكل ذميا يبيع خمر
فباعها وجه قولهما ان البايع هو الموكل معنى لان حكم البيع يقع له والمحرم ممنوع
من تمليك الصيد وتملكه وجه قول ابي حنيفة ان البايع في الحقيقة هو
الوكيل لان بيعه كلامه القايم به حقيقة ولهذا يرجع حقوق العقد اليه
الا ان الموكل يقوم مقامه شرعا في نفس الحكم مع اقتصار نفس التصرف على
مباشرة حقيقة والمحرم من اهل ثبوت الملك في الصيد حكما لا يتملكه حقيقة
الا ترى انه يرثه وهذا لان المنع انما يكون عما للعبد فيه صنع ولا صنع له
فيما يثبت حكما فلا يحتمل المنع ولو باع حلال حلالا صيدا ثم احرم احدهما
قبل القبض ينفسخ البيع لان الاحرام كما يمنع البيع والشرا يمنع التسليم
والقبض لانه عقد من وجه على ما عرف فيلحق به في حق الحرمة احتياطا
ولو وكل حلال حلالا ببيع صيد فباعه ثم احرم الموكل قبل قبض المشتري
فعلى قياس قول ابي حنيفة جاز البيع وعلى قياس قولهما يبطل لان الاحرام القايم
لا يمنع من جواز التوكيل عنده فالطاري لا يبطله وعندهما القايم يمنع
فالطاري يبطل ٭ حلالان تبايعا صيدا في الحل وهما في الحرم جاز عند ابي
حنيفة وعند محمد لا يجوز وجه قول محمد ان كون الحرم مامنا يمنع
من التعرض للصيد سوا كان المتعرض في الحرم او الحل بعد ان كان
المتعرض في الحرم الا ترى انه لا يحل للحلال الذي في الحرم ان يرمي الى
الصيد الذي في الحل كما يحل له ان يرمي اليه اذا كان في الحرم وجه قول ابي
حنيفة رحمه الله ان كونه في الحرم يمنع من التعرض لصيد الحل لكن حسا
لا شرعا بدليل ان الحلال في الحرم اذا امر حلالا اخر بذبح صيد في الحل
جاز ولو ذبح حل اكله ومعلوم ان الامر في الذبح في معنى التعرض للصيد فوق
البيع والشرا فلما لم يمنع من ذلك فلان يمنع من هذا اولى وهذا لان
المنع من التعرض انما كان احتراما للحرم فكل ما فيه احترام يجب صيانة
الحرم عنه وذلك بمباشرة سبب الايذا في الحرم ولم يوجد في البيع والله
اعلم ولا يبيع لحم السبع لانه لا يباح الانتفاع به شرعا فلم يكن مالا
وروي عن ابي حنيفة انه يجوز بيعه اذا ذبح لانه صار طاهرا بالذبح واما
جلد السبع والحمار والبغل فان كان مدبوغا او مذبوحا يجوز بيعه لانه
مباح الانتفاع به شرعا فكان مالا وان لم يكن مدبوغا ولا مذبوحا لا ينعقد
بيعه لانه اذا لم يدبغ ولم يذبح بقيت رطوبات الميتة فيه فكان حكمه
حكم الميتة ولا ينعقد بيع جلد الخنزير كيف ما كان لانه نجس العين
بجميع اجزايه وقيل ان جلده لا يحتمل الدباغ واما عظم الميتة وعصبها
وشعرها وصوفها ووبرها وريشها وخفها وظلفها وحافرها فيجوز بيعها
والانتفاع بها عندنا وعند الشافعي لا يجوز بنا على ان هذه الاشيا
طاهرة عندنا وعنده نجسة واحتج بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة وهذه
من اجزا الميتة فتكون حراما فلا يجوز بيعها وقال صلى الله عليه وسلم

لا

لا تنتفعوا من الميتة باهاب ولا عصب ولنا قوله تعالى والله جعل لكم من
بيوتكم سكنا الى قوله تعالى ومن اصوافها واوبارها واشعارها الاية اخبر
انه جعل هذه الاشيا لنا ومن علينا بذلك من غير فصل بين الذكية والميتة
فيدل على تاكد الاباحة ولان حرمة الميتة ليست لموتها لان الموت موجود
في السمك والجراد وهما حلالان قال النبي صلى الله عليه وسلم احلت لنا
ميتتان ودمان بل لما فيها من الرطوبات السيالة والدما النجسة
لانجمادها بالموت ولهذا يطهر الجلد بالدباغ حتى يجوز بيعه لزوال الرطوبات
عنه ولا رطوبة في هذه الاشيا فلا يكون حراما ولا حجة له في الحديث
لان الاهاب اسم لغير المدبوغ لغة والمراد من العصب حالة الرطوبة تحمل
عليه توفيقا بين الدلايل واما عظم الخنزير وعصبه فلا يجوز بيعه
لانه نجس العين واما شعره فقد روي انه طاهر يجوز بيعه والصحيح
انه نجس لا يجوز بيعه لانه جزء منه الا انه رخص استعماله للخرازين
للضرورة واما عظم الادمي وشعره فلا يجوز بيعه لا لنجاسته لانه
طاهر في الصحيح من الرواية لكن احتراما له والابتذال بالبيع يشعر بالاهانة
وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله الواصلة والمستوصلة
واما عظم الكلب وشعره ففيه اختلاف بين مشايخنا على الاصل الذي ذكرنا
وروي عن ابي حنيفة وابي يوسف انه قال لا باس ببيع عظم الفيل والانتفاع
به وقال محمد عظم نجس لا يجوز بيعه ولا الانتفاع به ذكره في العيون
ويجوز بيع كل ذي مخلب من الطير معلما كان او غير معلم بلا خلاف واما بيع
كل ذي ناب من السباع سوى الخنزير كالكلب والفهد والاسد والنمر
والذيب والهر فجايز عند اصحابنا وعند الشافعي لا يجوز ثم عندنا لا فرق
بين المعلم وغير المعلم في رواية الاصل فيجوز بيعه كيف ما كان وروي عن
ابي يوسف انه لا يجوز بيع الكلب العقور احتج الشافعي بما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال ومن السحت مهر البغي وثمن الكلب ولو جاز
بيعه لما كان ثمنه سحتا ولانه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير الا انه رخص
الانتفاع به لجهة الحراسة والاصطياد للحاجة والضرورة وهذا لا يدل
على جواز البيع كما في شعر الخنزير ولنا ان الكلب مال فكان محلا للبيع كالصقر
والبازي والدليل على انه مال منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به
شرعا على الاطلاق فكان مالا ولا شك انه منتفع به حقيقة والدليل
على انه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق ان الانتفاع به لجهة الحراسة
والاصطياد مطلق شرعا في الاحوال كلها فكان محلا للبيع لان البيع اذا صادف
محلا منتفعا به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق مست الحاجة
الى شرعه لان شرعه يقع سببا ووسيلة للاختصاص القاطع للمنازعة
اذ الحاجة الى قطع المنازعة فيما يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق لا فيما
يجوز واما الحديث فيحتمل انه كان في ابتدا الاسلام لانهم كانوا الفوا
اقتنا الكلاب فامر بقتلها ونهى عن بيعها مبالغة في الزجر او يحمل
على هذا توفيقا بين الدلايل بل قوله انه نجس العين قلنا هذا ممنوع

فانه يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق اصطيادا وحراسة ونجس العين
لا يباح الانتفاع به شرعا الا في حالة الضرورة كالخنزير ولا ينعقد بيع
الخنزير من المسلم لانه ليس بمال في حق المسلمين واما اهل الذمة فلا
يمنعون من بيع الخمر والخنزير اما على قول بعض المشايخ فلانه مباح الانتفاع
به شرعا لهم كالخل وكالشاة لنا فكان مالا في حقهم فيجوز بيعه وروي ان عمر
رضي الله عنه كتب الى عشاره بالشام ان ولوهم بيعها وخذوا العشر من
اثمانها ولو لم يجز بيع الخمر منهم لما امرهم بتوليتهم البيع وعن بعض مشايخنا
حرمة الخمر والخنزير ثابتة على العموم في حق المسلم والكافر لان الكفار
مخاطبون بشرايع هي محرمات هو الصحيح من مذهب اصحابنا فكانت الحرمة
ثابتة في حقهم لكنهم لا يمنعون عن بيعها لانهم لا يعتقدون حرمتها
ويتمولونها ونحن امرنا بتركهم وما يدينون ولو اشترى عصيرا
فتخمر قبل القبض للمشتري ان يفسخ البيع لانه لان للقبض شبها بالعقد
فوقع العجز عن التسليم والقبض فينفسخ كما اذا تعيب قبل القبض ولو باع
ذمي من ذمي خمرا او خنزيرا ثم اسلما او اسلم احدهما قبل القبض
يفسخ البيع لانه بالاسلام حرم البيع والشرا فيحرم القبض والتسليم
ايضا لانه يشبه الانشا وانشا من وجه فيلحق به في باب الحرمات
احتياطا واصله قوله تعالى يا ايها الذين امنوا اتقوا الله وذروا ما
بقي من الربا ان كنتم مومنين والامر بترك ما بقي من الربوا هو
النهي عن قبضه يويده في قوله تعالى في اخر الاية وان تبتم فلكم روس
اموالكم واذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقا العقد فايدة فيبطله
القاضي كمن باع عبدا ابق قبل القبض ولو اسلاهما او اسلام احدهما
بعد القبض مضى البيع لان الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض
في حالة الكفر وانما يوجد بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا
ينافي ذلك فان من تخمر عصيره لا يومر بابطال ملكه فيها ولو اقرض الذمي
ذميا خمرا ثم اسلم احدهما فان اسلم المقرض سقطت الخمر ولا شي له من
قيمة الخمر على المستقرض اما سقوط قيمة الخمر فظاهر واما القيمة فلان
العجز عن قبض المثل جا من قبله فلا شي له وان اسلم المستقرض روى ابو
يوسف عن ابي حنيفة انه يسقط الخمر وليس عليه قيمة الخمر ايضا كما لو اسلم
المقرض وروى محمد وزفر وعافيه القاضي عن ابي حنيفة ان عليه قيمة
الخمر وهو قول محمد وجه هذه الرواية ان امتناع التسليم من المستقرض
انما جا لمعنى من قبله وهو اسلامه فكانه استهلك عليه خمره والمسلم
اذا استهلك خمر الذمي يضمن قيمته وجه رواية ابي يوسف انه لا
سبيل الى تسليم المثل يمنع منه ولا الى القيمة لان ذلك يوجب ملك
المستقرض والاسلام يمنع منه والله اعلم   واما القرد فعن ابي
حنيفة روايتان وجه رواية عدم الجواز انه غير منتفع به شرعا فلا
يكون مالا كالخنزير وجه رواية الجواز انه ان لم يكن منتفعا به بذاته
يمكن الانتفاع بجلده والصحيح هو الاول لانه لا يشترى للانتفاع بجلده

عادة بل للتلهي به وهو حرام فكان هذا بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز ويجوز
بيع الفيل بالاجماع لانه منتفع به حقيقة مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق
فكان مالا ولا ينعقد بيع الحية والعقرب وجميع هوام الارض كالوزغة
والضب والسلحفاة والقنفذ ونحو ذلك لانها محرمة الانتفاع بها شرعا
لكونها من الخبايث فلم تكن اموالا فلم يجز بيعها وذكر في الفتاوى انه يجوز
بيع الحية التي ينتفع بها للادوية وهذا غير سديد لان المحرم شرعا لا يجوز
الانتفاع به للتداوي كالخمر والخنزير وقال النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل
شفاكم فيما حرم عليكم فلا تقع الحاجة الى شرع البيع ولا ينعقد بيع شي مما يكون
في البحر كالضفدع والسرطان الا السمك وما يجوز الانتفاع بجلده او عظمه
لان ما لا يجوز لان ما لا يجوز الانتفاع به ولا بعظه لا يكون مالا فلا يكون محلا
للبيع وقد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم سيل عن الضفدع يجعل في دوا
فنهى عنه وقال خبيثة من الخبايث وذكر ابو بكر الاسكاف انه لا يجوز وذكر
في الفتاوى انه يجوز لان الناس ينتفعون به ولا ينعقد بيع النحل الا اذا
كان في كوارة عسل فباع الكوارة بما فيها من العسل والنحل وروى هشام
عن محمد انه يجوز بيعه مفردا من غير كوارة اذا كان مجموعا وهو قول الشافعي
لان النحل حيوان منتفع به فيجوز بيعه ولنا انه ليس بمنتفع به بنفسه
فلم يكن مالا بنفسه بل بما يحدث منه وهو معدوم حتى لو باعه مع
الكوارة وفيها عسل يجوز بيعه تبعا للعسل ويجوز ان يكون الشي محلا
بنفسه مفردا ويكون محلا له مع غيره كالشرب وانكر الكرخي هذا وقال
انما يدخل فيه تبعا اذا كان من حقوقه كما في الشرب مع الارض وهذا
ليس من حقوقه فلا يدخل وعلى هذا بيع دود القز لا ينعقد الا اذا كان
معه قز وروي عن محمد انه يجوز بيعه مفردا والحج على نحو ما ذكرنا في النحل
ولا ينعقد بيع بزر الدود عند ابي حنيفة كما لا ينعقد بيع الدود
وعندهما يجوز بيعه ووجه الكلام على نحو ما ذكرنا في بيع النحل والدود
ويجوز بيع السرقين والبعرة لانه مباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق
فكان مالا ولا ينعقد بيع العذرة الخالصة لانه لا يباح الانتفاع بها
بحال فلا يكون مالا الا اذا كان مخلوطا بالتراب والتراب غالب فيجوز
بيعه لانه يجوز الانتفاع به وروي عن ابي حنيفة انه قال كل شي افسده
الحرام والغالب عليه الحلال فلا باس ببيعه ويتبين ذلك وما كان
الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا يبته كالفارة اذا وقعت في العجين
والسمن المايع وكذلك قال محمد في الزيت اذا وقع فيه فارة لان الحلال
اذا كان هو الغالب يجوز الانتفاع به استصباحا ودبغا على ما ذكرنا
في كتاب الطهارات فكان مالا فيجوز بيعه واذا كان الحرام هو الغالب
لم يجز الانتفاع به بوجه فلم يكن مالا فلا يجوز بيعه ويجوز بيع الات
الملاهي من البربط والطبل والمزمار والدف ونحو ذلك عند ابي
حنيفة رحمه الله لكنه يكره وعند ابي يوسف ومحمد لا ينعقد بيع هذه
الاشيا لانها الات معدة للتلهي بها موضوعة للفسق والفساد فلا

فلا تكون اموالا فلا يجوز بيعها ولابي حنيفة رحمه الله انه يمكن الانتفاع بها
شرعا من جهة اخرى بل تجعل ظروفا لاشيا ونحو ذلك من المصالح فلا تخرج
عن كونها اموالا وقولهما انها الات التلاهي والفسق بها قلنا نعم لكن
هذا لا يوجب سقوط ماليتها كالمغنيات والقيان وبدن الفاسق
وحيوته وماله وهذا لانها كما تصلح للتلهي تصلح لغيره على ماليتها لجهة اطلاق
الانتفاع بها لا لجهة الحرمة ولو كسرها انسان ضمن عند ابي حنيفة
وعندهما لا يضمن وعلى هذا بيع الخلاف بيع النرد والشطرنج والصحيح
قول ابي حنيفة لان كل واحد منهما منتفع به شرعا من وجه اخر بان
تجعل سنجات الميزان فكان مالا من هذا الوجه فكان محلا للبيع مضمونا
بالاتلاف ويجوز بيع ما سوى الخمر من الاشربة المحرمة كالسكر ونقيع
الزبيب والمنصف ونحوها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا
يجوز لانه اذا حرم شربها لم تكن مالا فلا تكون محلا للبيع كالخمر ولان
ما حرم شربه لم تكن مالا فلا تكون محلا للبيع كالخمر ولان ما حرم شربه
لا يجوز بيعه لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لعن الله
اليهود حرمت عليهم الشحوم فحملوها وباعوها وان الله تعالى اذا حرم
شيا حرم بيعه واكل ثمنه ولابي حنيفة رحمه الله ان حرمة هذه الاشربة
ما ثبتت بدليل متيقن به مقطوع به لكونها محل الاجتهاد والمالية
قبل حدوث الشدة بيقين فلا تبطل بحرمة ثابتة بالاجتهاد فبقيت
اموالا وبه تبين ان المراد من الحديث محرم ثبتت حرمته بدليل
مقطوع به ولم يوجد هاهنا بخلاف الخمر لان حرمتها ثبتت بدليل مقطوع به
فبطلت ماليتها والله اعلم ولا ينعقد بيع الملاقيح والمضامين الذي ورد
النهي عنه لان المضمون في صلب الذكر والملقوح ما في رحم الانثى وذلك بمال
وعلى هذا ايضا تخرج بيع عسب الفحل لان العسب هو الضراب وانه ليس
بمال ولا ينعقد بيع لبن امراة في قدح عندنا وقال الشافعي يجوز بيعه
وجه قوله ان هذا مشروب طاهر فيجوز بيعه كلبن البهايم والما ولنا
ان اللبن ليس بمال فلا يجوز بيعه والدليل على انه ليس بمال اجماع
الصحابة والمعقول اما اجماع الصحابة فما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما
انهما حكما في ولد المغرور بالقيمة وبالعقر بمقابلة الوطي وما حكما بوجوب
قيمة اللبن بالاستهلاك ولو كان مالا لحكما لان المستحق يستحق بدل اتلاف
ماله بالاجماع وكان ايجاب الضمان بمقابلته اولى من ايجابه بمقابلة منافع
البضع لانها ليست بمال فكانت حاجة المستحق الى ضمان المال اولى وكان
ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فلم ينكر عليهما احد فيكون اجماعا
واما المعقول فهو انه لا يباح الانتفاع به شرعا على الاطلاق بل للضرورة
تغذية الاطفال وما كان حرام الانتفاع به شرعا الا لضرورة لا يكون
مالا كالخمر والخنزير والدليل عليه ان الناس لا يعدونه مالا ولا يباع
في سوق ما من الاسواق دل انه ليس بمال فلا يجوز بيعه ولانه جزء
من الادمي والادمي بجميع اجزايه محترم مكرم وليس من الكرامة والاحترام

ابتداله

ابتداله بالبيع والشرا ثم لا فرق بين لبن الحرة وبين لبن الامة في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه يجوز بيع الامة لانه جزء من ادمي هو مال فكان محلا
للبيع كسائر اجزايه ولنا ان الادمي لم يجعل محلا للبيع الا بحلول الرق فيه والرق
لا يحل الا في الحي واللبن لا حيوة فيه فلا تحله الرق فلا يكون محلا محلا
للبيع • سفل وعلو بين رجلين انهدما فباع صاحب العلو علوه لم يجز
لان الهوا ليس بمال ولو جمع ما هو مال وبين ما ليس بمال بان جمع بين حر
وعبد او بين عصير وخمر او بين ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة
فان لم يبين حصة كل واحد منهما من الثمن لم ينعقد العقد به اصلا
بالاجماع وان بين فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في العصير
والعبد والذكية ويبطل في الحر والخمر والميتة ولو جمع بين قن ومدبر
او ام ولد او مكاتب او بين عبده وعبد غيره وباعهما صفقة واحدة
جاز البيع في عبده بلا خلاف وجه قولهما بقدر المفسد لان الحكم يثبت
بقدر العلة والمفسد خص احدهما فلا يتعمم الحكم مع خصوص العلة
فلو جا الفساد انما يجي من قبل جهالة الثمن فاذا بين حصة كل واحد منهما
من الثمن فقد زال هذا المعنى ايضا ولهذا جاز بيع القن اذا جمع بينه
وبين المدبر او المكاتب او ام الولد وباعهما صفقة واحدة كذا هذا
ولابي حنيفة ان الصفقة واحدة وقد فسدت في احدهما فلا تصح في
الاخر والدليل على ان الصفقة واحدة تتكرر والبيع واحد والمشتري
واحد وتفريق الثمن وهو التسمية لكل واحد منهما لا يمنع اتحاد
الصفقة دل ان الصفقة واحدة وقد فسدت في احدهما بيقين
لخروج الحر والخمر والميتة عن محلية البيع بيقين فلا تصح في الاخر
لاستحالة كون الصفقة الواحدة صحيحة وفاسدة ولهذا لم يصح اذا
لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فكذا اذا سمي لان التسمية وتفريق الثمن لا
يوجب تعدد الصفقة لاتحاد البيع والعاقدان بخلاف الجمع بين
العبد والمدبر لان هناك الصفقة ما فسدت في احدهما بيقين بل
بالاجتهاد والذي يحتمل الصواب والخطا فاحتمل هذا الاحتمال في
تصحيح الاضافة الى المدبر ليظهر في حق القن ان لم يمكن اظهاره في حقه
ولانه لما جمع بينهما في الصفقة فقد جعل قبول العقد في احدهما
سقوط القبول في الاخر بدليل انه لو قبل العقد في احدهما دون
الاخر لا يصح والحر لا يحتمل قبول العقد فيه فلا يصح القبول في الاخر
بخلاف المدبر لانه محل القبول العقد فيه في الجملة فصح قبول العقد
فيه الا انه تعذر اظهاره فيه بنوع اجتهاد فيجب اظهاره في القن ولان
في تصحيح العقد في احدهما تفريق الصفقة على البايع قبل التمام لانه
اوجب البيع فيهما فالقبول في احدهما يكون تفريقا وهذا لا يجوز
بخلاف ما اذا جمع بين القن والمدبر لان المدبر محل لقبول البيع
فيه لكونه مملوكا له الا انه لم ينفذ للحال مع احتمال النفاذ في الجملة
بقضا القاضي لحق المدبر وهذا يمنع محلية القبول في حق نفسه

لاني صاحبه فيجعل محلا في حق صاحبه والدليل على التفرقة بين الفصلين
ان الحكم هاهنا يختلف بين ان يسمي لكل واحد منهما ثمنا او لا يسمي وهناك لا يختلف
دل ان الفرق بينهما لا يختلف لما ذكرنا وعلى هذا الخلاف اذا جمع بين شاة
ذكية وبين متروك التسمية عمدا ثم اذا اجاز البيع في احدهما عندهما
هل يثبت الخيار فيه ان علم بالحرام ثبت بان الصفقة تفرقت عليه
وان لم يعلم لا لانه رضي بالتفرق ۞ ومنها ان يكون مملوكا لان البيع
تمليك فلا ينعقد فيما ليس بمملوك كمن باع الكلا في ارض مملوكة لا له
والما الذي في نهر او في بيره لان الكلا وان كان في ارض مملوكة فهو
مباح وكذا الما ما لم يوجد الاحراز قال النبي صلى الله عليه وسلم الناس
شركا في ثلاث والشركة هي الاباحة وسوا خرج الكلا بما السما من غير مونة
او ساق الما الى ارضه ولحقته مونة لان سوق الما اليه ليس باحراز فلم يوجد
سبب الملك فيه فبقي مباحا كما كان وكذلك بيع الكماة وبيع صيد لم يوجد
في ارضه لا ينعقد لانه مباح غير ماكول لانعدام سبب الملك فيه وكذا
بيع الحطب والحشيش والصيود التي في البراري والطير الذي لم يصد
في الهوا والسمك فيه لم يوجد في الما وعلى هذا يخرج بيع رباع مكة واجارتها
انه لا يجوز عند ابي حنيفة وروي عنه انه يجوز وبه اخذ الشافعي لعموات
البيع من غير فصل بين ارض الحرم وغيرها ولان الاصل في الاراضي كلها ان
تكون محلا للتمليك الا انه امتنع تملك بعضها شرعا لعارض الوقف كالمساجد
ونحوها ولم يوجد في الحرم فيبقى محلا للتمليك ولنا ما روي عن بن عباس
رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله حرم مكة يوم
خلقها لم تحل لاحد قبلي ولا تحل لاحد بعدي وانما احلت لي ساعة من نهار
ولا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها ولا ينفر صيدها ولا يحتش حشيشها
اخبر ان مكة حرام وهي اسم للبقعة والحرام لا يكون محلا للتمليك وروي
عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال مكة حرام وبيع رباعها حرام وهذا نص في الباب ولان الله تعالى
وضع للحرم حرمة وفضيلة ولذلك جعله مامنا قال الله تعالى اولم يروا
انا جعلنا حرما امنا وابتذاله بالبيع والشرا والتمليك امتهان له وهذا
لا يجوز بخلاف ساير الاراضي وقيل ان بقعة مكة وقف حرم ابراهيم
صلوات الله عليه ولا حجة في العمومات لانه خص منها الحرم بالحديث
المشهور ويجوز بيع بنا مكة في الموسم من الحاج والمعتمر فاما من المعتمر
والمجاور فلا باس بذلك وهو قول محمد ويجوز بيع ارض الخراج والقطيعة
والمزارعة والاجارة والاكارة والمراد من الخراج ارض سواد العراق
التي فتحها عمر رضي الله عنه لانه من عليهم واقرهم على اراضيهم فكانت مبقاة
على ملكهم فجاز لهم بيعها وارض القطيعة هي الارض التي اقطعها الامام
لقوم وخصهم بها فملكوها فجعل بيعها وارض المزارعة ان يدفع الانسان
ارضه الى من يزرعها ويقوم بها وهذا لا يخرج عن كونها مملوكة وارض
الاجارة هي الارض التي ياخذها الانسان من صاحبها ليعمرها

بيوت صح

ويزرعها

ويزرعها وارض الاكارة التي يجوز في بيع الاكرة فيجوز بيع هذه الارض
لانها مملوكة لاصحابها واما ارض الموات التي احياها رجل بغير اذن
الامام فلا يجوز بيعها عند ابي حنيفة لانها لا تملك بدون اذن الامام
وعندهما يجوز بيعها لانها تملك بنفس الاحيا والمسلة تذكر في كتاب احيا
الموات وذكر القدوري انه لا يجوز بيع دور بغداد وحوانيت السوق
التي للسلطان عليها غلة لانها ليست بمملوكة لما روي ان المنصور اذن
للناس في بنايها ولم يجعل البقعة ملكا لهم والله اعلم ۞ ومنها وهو شرط
انعقاد البيع ان يكون مملوكا عند البيع فان لم يكن لا ينعقد وان ملكه بعد
ذلك بوجه من الوجوه الا السلم خاصة وهذا بيع ما ليس عنده ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم
ولو باع المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه لان سبب الملك قد
تقدم فتبين انه باع ملك نفسه وهاهنا تاخر سبب الملك فيكون بايعا
ما ليس عنده فيدخل تحت النهي والمراد منه بيع ما ليس عنده ملكا لان قصة
الحديث تدل عليه فانه روي ان حكيم ابن حزام كان يبيع الناس اشيا لا
يملكها وياخذ الثمن منهم ثم يدخل السوق فيشتري ويسلم اليهم فبلغ ذلك
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا تبع ما ليس عندك ولان بيع
ما ليس عنده بطريق الاصالة عن نفسه فاما ما يبيعه بطريق النيابة عن
غيره ينظر ان كان البايع وكيلا وكفيلا فيكون المبيع مملوكا للبايع ليس بشرط
وان كان فضوليا فليس بشرط للانعقاد عندنا بل هو من شرايط النفاذ فان
بيع الفضولي عندنا ينعقد موقوف على اجازة المالك فان اجاز ينفذ وان رد
بطل وعند الشافعي هو شرط الانعقاد لا ينعقد بدونه وبيع الفضولي عنده
وسنذكر المسلة ان شا الله تعالى ۞ ومنها ان يكون مقدور التسليم عند
العقد فان كان معجوز التسليم عنده لا ينعقد وان كان مملوكا له كبيع الابق
في ظاهر الروايات حتى لو ظهر يحتاج الى تجديد الايجاب والقبول الا اذا
تراوضا فيكون بيعا مبتدا بالتعاطي وان لم يتراوضا وامتنع البايع من
التسليم لا يجبر على التسليم ولو سلم وامتنع المشتري من القبض لا يجبر
على القبض وذكر الكرخي انه ينعقد الابق حتى لو ظهر وسلم يجوز ولا يحتاج
الى تجديد البيع الا اذا كان القاضي فسخه بان رافعه المشتري الى القاضي
وطالبه بالتسليم وعجز عن التسليم ففسخ القاضي البيع بينهما ثم ظهر العبد
وجه قول الكرخي ان الاباق لا يوجب زوال الملك الا ترى انه لو اعتقه
او دبره ينفذ ولو وهبه من ولده الصغير يجوز وكان ملكا له فقد باع
مالا مملوكا له الا انه لم ينفذ للحال للعجز عن التسليم فاذا سلم زال
المانع لما قلنا وهذا وجه ظاهر الروايات ان القدرة على التسليم لذا العقد
شرط انعقاد العقد لانه لا ينعقد الا لفايدة ولا يفيد اذا لم يكن قادرا
على التسليم والعجز عن التسليم ثابت حال العقد وفي حصول القدرة
بعد ذلك شك واحتمال قد يحصل وقد لا يحصل وما لم يكن منعقدا بيقين
لا ينعقد لفايدة تحتمل الوجود والعدم على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا

بيقين لا يثبت بالشك والاحتمال بخلاف ما اذا ابق بعد البيع قبل القبض انه
لا ينفسخ لان القدرة على التسليم كانت ثابتة لذا العقد ثم فانعقد ثم زالت
على وجه يحتمل عودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين والثابت بيقين
لا يزول بالشك فهو الفرق بخلاف بيع المغصوب من الغاصب انه ينعقد
موقوفا على التسليم حتى لو سلم ينفذ ولان هناك المالك قادر على التسليم
بقدرة السلطان والقاضي وجماعة المسلمين الا انه لم ينفذ للحال لقيام
يد الغاصب صورة فاذا سلم زال المانع فينفذ بخلاف الابق لانه معجوز
التسليم على الاطلاق اذ لا يصل اليه يد احد لما لا يعرف مكانه فكان العجز
متقررا والقدرة محتملة موهومة فلا ينعقد مع الاحتمال فاشبه بيع
الابق بيع الطير الذي لم يوجد في الهوا وبيع السمك الذي لم يوجد في الما
وذلك باطل كذا هذا ولو جا انسان الى مولى العبد فقال ان عبدك عند
فلان فبعه مني فانا اقبضه فصدقه فباعه منه لا ينفذ لما فيه من غرر
القدرة على التسليم لكونه ينعقد حتى لو قبضه ينفذ بخلاف الفصل المتقدم
لان القدرة على القبض هاهنا ثابتة في زعم المشتري الا ان احتمال المنع قايم
فانعقد موقوفا على قبضه فاذا قبضه تحقق ما زعمه فينفذ بخلاف الفصل
الاول لان العجز عن التسليم للحال متحقق فيمنع الانعقاد ولو اخذه رجل
فجا الى مولاه فاشتراه منه جاز الشرا لان المانع هو العجز عن التسليم
ولم يوجد في حقه وهذا البيع لا يدخل تحت النهي لان النهي عن بيع الابق
وهذا ليس بابق في حقه ثم اذا اشتري منه لا يخلوا اما ان احضر العبد
مع نفسه واما ان لم يحضره فان احضره صار قابضا له عقيب العقد بلا فصل
وان لم يحضره مع نفسه ينظر ان كان اخذه ليرده على صاحبه واشهد على
ذلك يصير قابضا له ما لم يصل اليه لان قبضه قبل امانة وقبض الامانة
لا ينوب عن قبض الضمان فلا بد من التجديد بالوصول اليه لان قبضه
قبض امانة وقبض الامانة حتى لو هلك العبد قبل الوصول اليه يهلك
يهلك على البايع ويبطل العقد لانه مبيع هلك قبل القبض واذا وصل اليه
صار قابضا له بنفس الوصول اليه ولا يشترط القبض بالتراحم لان معنى القبض
هو التمكن والتخلي وارتفاع الموانع عرفا وعادة وحقيقة وان كان اخذه لنفسه
لا ليرده على صاحبه صار قابضا له عقيب العقد بلا فصل حتى لو هلك قبل
الوصول اليه يهلك على المشتري لان قبضه قبض ضمان وقبض الشرا
ايضا قبض الضمان فتجانس القبضان فتناوبا وان كان اخذه ليرده
ولكنه لم يشهد على ذلك فهو على الاختلاف المعروف بين ابي حنيفة وصاحبيه
عند ابي حنيفة يصير قابضا له عقيب العقد لان هذا قبض ضمان عنده
وعندهما لا يصير قابضا الا بعد الوصول اليه لان هذا قبض امانة
عندهما وهي من مسايل كتاب الاباق واللقطة وعلى هذا بيع الطاير الذي
كان في يده فطار انه لا ينعقد في ظاهر الرواية وعلى قياس ما ذكره الشافعي
ينعقد وعلى هذا بيع السمكة التي اخذها ثم القاها في حظيرة سوا
استطاع الخروج عنها او لا بعد ان كان لا يمكنه اخذها بدون الاصطياد

عقيب صح

وان

وان كان يمكنه اخذها من غير اصطياد يجوز بيعها بلا خلاف لانه مقدور
التسليم لذا البيع والله اعلم وعلى هذا ايضا يخرج اللبن في الضرع لان
اللبن لا يجتمع في الضرع دفعة واحدة بل شيا فشيا فيختلط المبيع بغيره
على وجه يتعذر التمييز بينهما فكان المبيع معجوز التسليم عند البيع
فلا ينعقد وكذا بيع الصوف على ظهر الغنم في ظاهر الرواية لانه ينمي
ساعة فساعة فيختلط الموجود عند العقد بالحادث بعده على وجه
لا يمكن التمييز بينهما فصار معجوز التسليم بالجز والنتف استخراج
اصله وهو غير مستحق بالعقد وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وروي
عن ابي يوسف انه يجوز بيعه والصلح عليه لانه يجوز جزه قبل الذبح فيجوز بيعه
كبيع القصيل في الارض ووجه الفرق بين الصوف والقصيل لظاهر الرواية
ان الصوف لا يمكن جزه من اصله من غير ضرر يلحق الشاة بخلاف القصيل
ولا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لان الدين اما ان يكون عبارة عن
مال حكمي في الذمه واما ان يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه
وكل ذلك غير مقدور التسليم في حق البايع ولو شرط التسليم على المديون
لا يصح ايضا لانه شرط التسليم على غير البايع فيكون شرطا فاسدا فيفسد البيع
ويجوز بيعه ممن عليه لان المانع العجز عن التسليم ولا حاجة الى التسليم هاهنا
ونظيره بيع المغصوب انه يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب
منكرا ولا بينة للمالك ولا يجوز في المسلم فيه لان المسلم فيه مبيع ولا يجوز
بيع الجمد فنقول لا خلاف في انه اذا سلم الجمد اولا الى المشتري انه
يجوز اما اذا باع ثم سلم قال بعض مشايخنا لا يجوز لانه الى ان يسلم
يسلم يذوب بعضه فلا يقدر على تسليم جميعه الى المشتري وقال بعضهم
يجوز وقال الفقيه ابو جعفر الهندواني اذا سلم باعه وسلم من يومه
ذلك يجوز وان سلمه بعد ايام لا يجوز وبه اخذ الفقيه ابو الليث
لانه في اليوم لا ينقص نقصانا له حصة من الثمن والله اعلم
واما الذي يرجع الى النفاذ فنوعان احدهما الملك او الولاية
اما الملك فهو ان يكون المبيع مملوكا للبايع فلا ينفذ بيع الفضولي لانعدام
الملك والولاية لكنه ينعقد موقوفا على اجازة المالك وعند الشافعي هو
شرط الانعقاد ايضا حتى لا ينعقد بدونه واصل هذا ان تصرفات
الفضولي التي لها مجيز حالة العقد منعقدة موقوفة على اجازة المجيز
من البيع والاجارة والنكاح والطلاق ونحوها فان اجاز ينفذ والا فبطل
وعند الشافعي تصرفاته باطلة وجه قول الشافعي ان صحة التصرفات
الشرعية بالملك الذي وضع له شرعا تعقل للصحة معنى سوى هذا فاما
الكلام الذي لا حكم له لا يكون صحيحا شرعيا والحكم الذي وضع له شرعا
وهو الملك لا يثبت حال وجوده لعدم شرطه وهو الملك او الولاية فلم
يصح ولهذا لم يصح شراوه فكذا بيعه ولنا عمومات البيع من نحو قوله تعالى
واحل الله البيع وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينهم بالباطل

الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا في الارض
وابتغوا من فضل الله شرع البيع والتجارة وابتغا الفضل من غير فصل بين ما اذا
وجد من المالك بطريق الاصالة وبين ما اذا وجد من الموكل في الابتدا او بينما
اذا وجدت الاجازة من المالك في الانتها وبين وجود الرضا في التجارة عند
العقد او بعده فيجب العمل باطلاقها الا ما خص بدليل وروي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام رضي الله عنه وامره ان
يشتري له اضحية فاشترى شاتين ثم باع احداهما بدينار فجا بدينار
وشاة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له بالبركة وقال بارك الله في
صفقة يمينك ومعلوم انه لم يكن حكيم ماموراً ببيع الشاة فلو لم ينعقد
تصرفه لما باع ولما دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والبركة على
ما فعل ولا انكر عليه لان الباطل ينكر ولان تصرف العاقل محمول على الوجه الاحسن
ما امكن وقد امكن حمله هاهنا وهو قصد البر به والاحسان اليه بالاعانة
على ما هو للمالك في زعمه لعلمه بحاجته الى ذلك لكن لم يتبين الى هذه الحالة
لموانع وقد يغلب على ظنه زوال المانع فاقدم عليه نظر الصديقه واحسانا
اليه لبيان المحمدة والثنا بتحمل مونة مباشرة التصرف الذي هو محتاج
اليه والثواب من الله بالاعانة على البر والاحسان قال الله تعالى وتعاونوا
على البر والتقوى وقال تعالى واحسنوا ان الله يحب المحسنين الا ان في
هذه التصرفات ضررا في الجملة لان للناس رغايب في الاعيان وقد يقدم
الرجل على شي ظهرت له الحاجة عنه بازالته عن ملكه لحصول غرضه بدون
ذلك ونحو ذلك فيوقف على اجازة المالك حتى لو كان الامر على ما ظنه مباشر
التصرف اجازه وحصل له النفع من جهته فينال الثواب والثنا والا فلا يجيزه
ويثني عليه بقصد الاحسان وايصال النفع اليه فلا يجوز القول باهدار
هذا التصرف والحاق كلامه وقصده بكلام المجانين وقصدهم مع ندب
الله تعالى الى ذلك وحثه عليه بما تلونا من الايات قوله صحة التصرف
عبارة عن اعتباره في حق الحكم قلنا نعم وعندنا هذا التصرف مفيد في الجملة
وهو ثبوت الملك فيما لا يتضرر المالك بزواله موقوفا على الاجازة اما من
كل وجه او من وجه لكن لا يظهر شي من ذلك عند العقد وانما يظهر عند
الاجازة وهو تفسير التوقف عندنا ان يتوقف في الجواب في الحال
انه صحيح في حق الحكم ام لا ولا يقطع القول به للحال بل القول بصحته عند
الاجازة وهذا جايز وله ان نظاير في الشرع وهو البيع بشرط الخيار للبايع
او للمشتري على ما عرف واما شرا الفضولي ففيه تفصيل نذكره في موضعه
ان شا الله تعالى ثم الاجازة انما تلحق تصرف الفضولي عندنا بشرايط
منها ان يكون له مجيز عند وجوده فما لا مجيز له عند وجوده لا تلحقه الاجازة
لان ما له مجيز متصور منه الاذن للحال بعد وجود التصرف فكان
الانعقاد للحال لينفذ عند الاذن القايم مفيدا فينعقد وما
لا مجيز له لا يتصور الاذن به للحال والاذن في المستقبل قد يحدث وقد لا
يحدث فان حدث كان الانعقاد مفيدا وان لم يحدث لم يكن مفيدا فلا

على الاحسن صح

ينعقد

ينعقد مع الشك لحصول الفايدة على الاصل المعهود ان ما لم يكن ثابتا بيقين
لا يثبت مع الشك واذا لم ينعقد لا تلحقه الاجازة لان الاجازة للمنعقد
وعلى هذا يخرج ما اذا طلق الفضولي امراة البالغ او اعتق عبده او وهب
ماله او تصدق به انه ينعقد موقوفا على الاجازة لان البالغ يملك هذه
التصرفات بنفسه فكان لها مجيز حال وجودها فتوقف على اجازة المالك
وبمثله لو فعل ذلك على الصبي لا ينعقد لان الصبي ليس من اهل هذه التصرفات
بنفسه الا ترى لو فعل ذلك بنفسه لا ينعقد فلم يكن لها مجيز حال وجودها
فلم تنعقد وكذلك الصبي المحجور اذا باع مال نفسه او اشترى او تزوج
امراة او زوج امته او كاتب عبده او فعل بنفسه ما لو فعله عليه وليه
لجاز عليه يتوقف على اجازة وليه ما دام صغيرا وعلى اجازته بنفسه بعد
البلوغ ان لم يوجد من وليه في حال صغره حتى لو بلغ الصبي قبل اجازة
الولي فاجاز بنفسه جاز ولا يتوقف على نفس البلوغ من غير اجازة لان
هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها الا ترى انه لو فعلها وليه جازت
فاحتمل التوقف على الاجازة وانما توقف على اجازته بنفسه ايضا بعد
البلوغ كما توقف على اجازة وليه في حال صغره لانه لما بلغ فقد ملك الانشا
فالاولى ان يملك الاجازة ولا ولايته على نفسه فوق ولاية وليه عليه في حال
صغره فلما جاز باجازة وليه فلان يجوز باجازة نفسه اولى ولا يجوز بمجرد
البلوغ لان الاجازة لها حكم الانشا من وجه وانه فعل فاعل مختار والبلوغ
ليس صنعه فلا يعقل اجازة وكذلك اذا وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات
ففعل الوكيل قبل بلوغ الصبي او بعده يوقف على اجازته بعد البلوغ الا
التوكيل بالشرا فانه لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل لان الشرا وجد نفاذا
على الوكيل فلا يتوقف الا اذا بلغ الصبي قبل ان يشتري الوكيل فاجاز
التوكيل ثم اشترى الوكيل بعد ذلك فيكون الشرا للصبي لا للوكيل
لان اجازة الوكالة منه بعد البلوغ بمنزلة انشا التوكيل ولو وكله ابتدا
لكان الشرا له لا للوكيل كذا هذا وبمثله اذا طلق الصبي امراته او خلعها
او اعتق عبده على غير مال او على مال او وهب ماله او تصدق به او زوج
عبده امراة او باع ماله بمحاباة او اشترى شيا باكثر من قيمته
قدر ما لا يتغابن الناس في مثله عادة او غير ذلك من التصرفات مما لو
فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينعقد حتى لو اجاز وليه
او الصبي بعد البلوغ لا يجوز لان هذه التصرفات لها مجيز حال وجودها
فلا يحتمل التوقف على الاجازة الا اذا اجازه الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح
للانشا بان يقول بعد البلوغ اوقعت ذلك الطلاق او ذلك العتاق
فيجوز ويكون ذلك انشا لا اجازة ولو وكل الصبي وكيلا بهذه التصرفات
ففعل الوكيل ينظر ان فعل قبل البلوغ لا يتوقف وهو باطل لان فعل الوكيل
كفعل الموكل ولو فعل الصبي بنفسه لا يتوقف فكذا اذا فعل الوكيل
وان فعل بعد البلوغ يتوقف على اجازته بمنزلة الفضولي على البالغ وان
بلغ الصبي فاجاز التوكيل بعد البلوغ قبل ان يفعل الوكيل شيا ثم فعل

جاز لان اجازة التوكيل منه بمنزلة انشائه وكذا وصية الصبي لا تنعقد لانها تصرف
لا مجيز له حال وجوده الا ترى لو فعل الولي لا يجوز عليه فلا يتوقف وسوا اطلق
الوصية او اضافها الي حال البلوغ لما قلنا حتي لو اوصي ثم مات قبل البلوغ او بعده
لا تجوز وصيته الا اذا بلغ فاجاز تلك الوصية بعد البلوغ فيجوز لان الاجازة
منه بمنزلة انشا الوصية ولو انشا الوصية بعد البلوغ صح كذا هذا وعلي هذا
تصرف المكاتب والعبد الماذون ان ماله مجيز حال وجوده يتوقف علي اجازة
المولي وما لا مجيز له حال وجوده يبطل ولا يتوقف لما ذكرنا من الفقه الا ان بين
المكاتب والعبد الماذون والصبي فرقا من وجه وهو ان المكاتب او الماذون
اذا فعل ما توقف علي الاجازة بان زوج نفسه امراة ثم عتق ينفذ بنفس الاعتاق
وفي الصبي لا ينفذ بنفس البلوغ ما لم توجد الاجازة ووجه الفرق ان العبد بعد
الاذن يتصرف بمالكية نفسه علي ما عرف فكان ينبغي ان ينفذ للحال الا انه توقف
لحق المولي فاذا عتق فقد زال المانع فينفذ بخلاف الصبي فان في اهليته قصورا
لقصور عقله فانعقد موقوفا علي الاجازة والبلوغ ليس باجازة علي ما مر والله اعلم
واما حكم شرا الفضولي فجملة الكلام فيه ان الفضولي اذا اشتري شيا لغيره فلا
يخلوا اما ان اضاف العقد الي نفسه واما ان اضافه الي الذي اشتري له فان
اضافه الي نفسه كان المشترا له سوا وجدت الاجازة من الذي اشتري له او لم توجد
لان الشرا اذا وجد نفاذا علي العاقد نفذ عليه ولا يتوقف لان الاصل ان يكون تصرف
الانسان لنفسه لا لغيره قال الله تعالي لها ما كسبت وقال تعالي وان ليس للانسان الا ما
سعي وشرا الفضولي كسبه حقيقة فالاصل ان يكون له الا اذا جعله لغيره او لم يجد
نفاذا عليه لعدم الاهلية فيتوقف علي اجازة الذي اشتري له فان كان الفضولي صبيا
محجورا او عبدا محجورا فاشتري لغيره يتوقف علي اجازة ذلك الغير لان الشرا لم
يجد نفاذا عليه فيوقف علي اجازة الذي اشتري له ضرورة فان اجاز نفذ وكانت
العهدة عليه لا عليهما لانهما ليسا من اهل لزوم العهدة وان اضاف العقد الي
الذي اشتري له بان قال الفضولي للبايع بع عبدك هذا من فلان بكذا فقال بعت
وقبل الفضولي البيع فيه لاجل فلان او قال البايع بعت هذا العبد من فلان بكذا وقبل
المشتري الشرا منه لاجل فلان يتوقف علي اجازة المشتري له لان تصرف الانسان
وان كان له علي اعتبار الاصل الا ان يجعله لغيره بحق الوكالة وغير ذلك وها هنا جعله
لغيره فينعقد موقوفا علي اجازته ولو قال الفضولي للبايع اشتريت منك هذا
العبد بكذا لاجل فلان فقال بعت او قال البايع للفضولي بعت منك هذا العبد
بكذا لاجل فلان فقال اشتريت لا يتوقف وينفذ الشرا عليه لانه لم توجد الاضافة
الي فلان في الايجاب والقبول وانما وجد في احدهما واحدهما شطر العقد فلا يتوقف
لما قلنا ذكرنا ان الاصل لا يتوقف وانما توقف لضرورة الاضافة من الجانبين فاذا
لم توجد يجب العمل بالاصل وهذا بخلاف الوكيل بالشرا انه اذا اشتري شيا يقع
شراوه للموكل وان اضاف العقد الي نفسه لا الي الموكل لانه لما امره بالشرا فقد
انابه مناب نفسه فكان تصرف الوكيل كان المشتري والله اعلم ولو اشتري
الفضولي شيا لغيره ولم يضف المشتري الي غيره حتي كان الشرا له فظن المشتري
والمشترا له ان المشترا يكون للمشتري له فسلم اليه بعد القبض بالثمن الذي

اشتراه

اشتراه به وقبل المشترا له صح ذلك ويجعل توليه كانه ولاه منه بما اشتري ولو علم
المشتري بعد ذلك ان الشرا نفذ عليه فاراد ان يسترد من صاحبه بغير رضاه
لم يكن له ذلك لان التولية منه قد صحت فلا يملك الرجوع كمن اشتري منقولا فطلب
جاره الشفعة فظن المشتري ان له شفعة فسلم اليه ثم اراد احدهما ان ينقض
ذلك من غير رضي الاخر لم يكن له ذلك لانه لما سلم اليه صار ذلك بيعا بينهما ولو
اختلفا فقال المشترا له كنت امرتك بالشرا وقال المشتري اشتريته لك بغير
امرك فالقول قول المشترا له لان المشتري لما قال اشتريته لك كان ذلك اقرارا منه
بانه اشتراه بامره لان الشرا له لا يكون الا بامره عادة فكان القول قوله ثم ان اخذه
بقضا القاضي لا يحل له ذلك الا اذا كان صادقا في كلامه فيما بينه وبين الله تعالي وان
اخذه بغير قضا طاب له لانه اخذه برضاه فصار ذلك بيعا بينهما بتراضيهما والله اعلم
ومنها قيام البايع والمشتري حتي لو هلك احدهما قبل الاجازة من المالك لا يلحقه
الاجازة ومنها قيام المالك حتي لو هلك المالك قبل اجازته لا يجوز باجازة ورثته
ومنها قيام المبيع حتي لو هلك قبل اجازة المالك لا يجوز باجازة المالك غير انه ان هلك في
يد المالك يهلك بغير شي وان هلك بعد التسليم الي المشتري فالمالك بالخيار ان شا
ضمن البايع وان شا ضمن المشتري لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما
وهو التسليم من البايع والقبض من المشتري لان تسليم مال الغير وقبضه بغير اذن
صاحبه كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان وايهما اختار تضمينه بري الاخر ولا
سبيل له عليه بحال لانه لما ضمن احدهما فقد ملكه المضمون فلا يملك تمليكه من غيره
لما فيه من الاستحالة وهو تمليك شي واحد في زمان واحد من اثنين علي الكمال
فان اختار تضمين المشتري رجع المشتري بالثمن علي البايع وبطل البيع وليس له ان يرجع
عليه بما ضمن كما في المشتري من الغاصب وان اختار تضمين البايع ذكر الطحاوي
انه ينظر ان كان قبض البايع قبض ضمان بان كان مغصوبا في يده نفذ بيعه لانه
لما ضمنه فقد ملك المغصوب من وقت الغصب فتبين انه باع مال نفسه فينفذ
وان كان قبضه قبض امانة بان كان وديعة عنده فباعه وسلم الي المشتري لا ينفذ
بيعه لان الضمان انما وجب عليه بسبب متاخر عن البيع وهو التسليم فيملك المضمون
من ذلك الوقت لا من وقت البيع فيكون بايعا مال غيره بغير اذنه فلا ينفذ وذكر
محمد رحمه الله في ظاهر الرواية وقال يجوز البيع بتضمين البايع قيل هذا محمول علي ما
اذا سلمه البايع اولا ثم باعه لانه اذا سلمه اولا فقد صار مضمونا عليه بالتسليم
فيقدم سبب الضمان البيع فتبين انه باع مال نفسه فينفذ ثم ان كان قيام الاربعة
التي ذكرنا شرط للحوق الاجازة لان الاجازة انما تلحق القايم وقيام العقد بهذه الاربعة
لان الاجازة لها حكم الانشا من وجه ولا يتحقق الانشا بدون العاقدين والمعقود له
عليه لذلك كان قيامها شرطا للحوق الاجازة فان وجد صحت الاجازة وصار البايع بمنزلة
الوكيل اذ الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة ويكون الثمن للمالك ان كان
قايما لانه بدل ملكه وان هلك في يد البايع يهلك امانة كما اذا كان وكيلا في الابتدا
وهلك الثمن في يده ولو فسخه البايع قبل الاجازة انفسخ واسترد المبيع ان كان قد
سلم ويرجع المشتري بالثمن علي البايع ان كان قد نقده وكذا اذا فسخه المشتري
ينفسخ وكذا اذا فسخه الفضولي فمحمد رحمه الله يحتاج الفرق بين البيع والنكاح فان

الفضولي من جانب المراة في باب النكاح اذا زوجت المراة نفسها لا تملك الفسخ عنه
ووجه الفرق له ان البيع الموقوف لو انضلت اليه الاجازة فالحقوق ترجع الي
العاقد فهو بالفسخ يدفع العهدة عن نفسه فله ذلك بخلاف النكاح لان الحقوق
في باب النكاح لا ترجع الي العاقد بل هو سفير ومعبر فاذا فرغ من السفارة والعبارة
التحق بالاجانب واما قيام الثمن في يد البايع هل هو شرط لصحة الاجازة فالامر
لا يخلو اما ان كان الثمن دينا كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة والمكيل
الموصوف والموزون الموصوف في الذمة واما ان كان عينا كالعروض فان كان
دينا فقيامه في يد البايع ليس بشرط للحوق الاجازة فصار الحاصل ان قيام الاربعة
شرط صحة الاجازة اذا كان الثمن دينا واذا كان عينا فقيام الخمس شرط فان
وجدت الاجازة عند قيام الخمس جاز ويكون الثمن للبايع لا للمالك لان الثمن اذا
كان عينا كان البايع مشتريا من وجه والشرا لا يتوقف علي الاجازة بل ينفذ علي
المشتري اذا وجد نفاذا عليه بان كان اهلا وهو اهل والمالك يرجع عليه
بقيمة ماله ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه عقد لنفسه ونقد
الثمن من مال غيره فتوقف النقد علي الاجازة فاذا اجازه مالكه نقد الثمن ويرجع
عليه بمثله او بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن دينا لانه اذا كان دينا كان العاقد
بايعا من كل وجه ولا يكون مشتريا لنفسه اصلا فتوقف علي اجازة المالك فاذا
اجاز كان مجيزا للعقد فكان بدله له ولو هلك العين في يد الفضولي بطل العقد
ولا تلحقه الاجازة ويرد المبيع الي صاحبه ويضمن للمشتري مثله ان كان له مثل
وقيمته ان لم يكن له مثل لانه قبضه بعقد فاسد ولو تصرف الفضولي في العين
قبل الاجازة ينظر ان تصرف فيه قبل القبض فتصرفه باطل لان الملك في العقد
الفاسد يقف علي القبض وان تصرف فيه بعد ما قبض باذن المشتري صريحا
او دلالة يصح تصرفه لانه تصرف في ملك نفسه وعليه مثله او قيمته لان المقبوض
بالبيع الفاسد مضمون به ولا يلحقه الاجازة لانه هلك بجواز تصرفه فيه فلا
يحتمل الاجازة بعد ذلك ولو تصرف المشتري في المبيع قبل الاجازة لا يجوز تصرفه
سوا كان قبض المبيع او لم يقبضه لعدم اذن مالكه والله اعلم ٭ واما
الولاية فالولاية في الاصل نوعان نوع يثبت بتولية المالك ونوع يثبت شرعا
لا بتولية المالك ٭ اما الاول فهو ولاية الوكيل فينفذ تصرف الوكيل وان لم
يكن المحل مملوكا له لوجود الولاية المستفادة من الموكل ٭ واما الثاني
فهو ولاية الاب والجد اب الاب والوصي والقاضي وهو نوعان ايضا وهو
ولاية النكاح وولاية غيره من التصرفات اما ولاية النكاح فموضع بيانها
كتاب النكاح ٭ واما ولاية غيره من المعاملات ٭ فالكلام فيه يقع في
مواضع ٭ في بيان سبب هذه الولاية ٭ وفي بيان شرايطها ٭ وفي
بيان ترتيب الولاية ٭ اما الاول فسبب هذا النوع من الولاية في
التحقيق شيان احدهما الابوة والثاني القضا لان الجد من قبل الاب
اب لكن بواسطة ووصي الاب والجد استفاد الولاية منهما فكان ذلك
ولاية الابوة من حيث المعني ووصي القاضي يستفيد الولاية من القاضي
فكان ذلك ولاية القضا معني اما الابوة فانها داعية الي كمال النظر في

حق

حق الصغير لوفور شفقة الاب وهو قادر علي ذلك لكمال رايه وعقله والصغير
عاجز عن النظر لنفسه بنفسه وثبوت ولاية النظر للقادر علي العاجز عن النظر
امر معقول ومشروع لانه من باب الاعانة علي البر ومن باب الاحسان
ومن باب اعانة الضعيف واعانة اللهفان وكل ذلك حسن عقلا وشرعا ولان
ذلك من باب شكر النعمة وهي نعمة القدرة اذ شكر كل نعمة علي حسب النعمة
فشكر نعمة القدرة معونة العاجز وشكر النعمة واجب عقلا وشرعا
فضلا عن الجواز ووصي الاب قايم مقامه لانه وصيه ومختاره فالظاهر انه
ما اختاره من بين ساير الناس الا لعلمه بان شفقته علي ورثته مثل شفقته عليهم
لولا ذلك لما ارتضاه فكان الوصي خلفا عن الاب وخلف الشي قايم مقامه
كانه هو والجد له كمال الراي ووفور الشفقة الا ان شفقته دون شفقة
الاب فلا جرم تاخرت ولايته عن ولاية الاب وولاية وصيه ووصي وصيه
ايضا الا ان تلك ولاية الاب من حيث المعني علي ما ذكرنا ووصي الجد قايم مقامه
لانه استفاد الولاية من جهته وكذا وصي وصيه واما القاضي فلان القاضي
لاختصاصه بكمال العلم والعقل والورع والتقوي والخصال الحميدة اشفق
علي اليتامي وقد قال صلي الله عليه وسلم السلطان ولي من لا ولي له الا ان شفقته
دون شفقة الاب والجد لان شفقتهما تنشا عن قرابة وشفقته لا وكذا وصيه
فتاخرت ولايته عن ولايتهما

فصل

واما شرايطها فانواع ٭ بعضها يرجع
الي الولي ٭ وبعضها يرجع الي المولي عليه ٭ وبعضها يرجع الي المولي فيه ٭ اما
الذي يرجع الي الولي فاشيا ٭ منها ان يكون حرا فلا يثبت ولاية العبد لقوله
تعالي ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر علي شي ولانه لا ولاية له علي نفسه
فكيف تثبت له الولاية علي غيره ٭ ومنها ان يكون عاقلا فلا ولاية للمجنون
لما قلنا ٭ ومنها اسلام الولي اذا كان المولي عليه مسلما فان كان كافرا لا تثبت
له عليه الولاية لقوله تعالي ولن يجعل الله للكافرين علي المومنين سبيلا
ولان تنفيذ الولاية للكافر علي المسلم يشعر بالذل به وهذا لا يجوز
واما الذي يرجع الي المولي عليه فالصغر فلا تثبت الولاية علي الكبير لانه يقدر
رفع حاجته بنفسه فلا حاجة الي اثبات الولاية عليه لغيره وهذا لان الولاية
علي الحر تثبت مع قيام المنافي للضرورة ولا ضرورة حالة المقدورة واما
الذي يرجع الي المولي فيه فهو ان يكون من التصرفات الضارة بالمولي
عليه لقوله صلي الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار في الاسلام وقال
عليه السلام من لم يرحم صغيرنا فليس منا والاضرار بالصغير ليس من
المرحمة في شي فليس للاب ان يهب مال الصغير من غيره بعوض[٢] لانه ازالة
ملكه من غير عوض فكان ضررا محضا وكذا ليس له ان يهب بعوض عند
ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له ذلك وجه قوله ان الهبة بعوض
معاوضة المال بالمال فكان في معني البيع فملكها كما يملك البيع ولهما
انها هبة ابتدا بدليل ان الملك فيها يقف علي القبض وذلك من احكام
الهبة وانما يصير معاوضة في الانتها وهو لا يملك الهبة فلا ينعقد
هبة فلا يتصور ان يصير معاوضة بخلاف البيع لانه معاوضة ابتدا

[٢] لعله بغير عوض

وانتها وهو يملك المعاوضة وليس له ان يتصدق بماله ولا ان يوصي به لان
التصدق والوصية ازالة الملك من غير عوض مالي فكان ضررا فلا يملكه
وليس له ان يطلق امراته لان الطلاق من التصرفات الضارة المحضة وليس
له ان يعتق عبده سوا كان بغير عوض او بعوض اما بغير عوض فلانه ضرر
محض وكذا بعوض لانه لا يقابله العوض للحال لان العتق معلق بنفس القبول
واذا عتق بنفس القبول يبقي الدين في ذمة المفلس وقد يحصل وقد لا يحصل
فكان الاعتاق ضررا محضا للحال وكذا ليس له ان يقرض ماله لانه ازالة
الملك من غير عوض وهو معني قولهم القرض تبرع وهو لا يملك ساير التبرعات
كذا هذا بخلاف القاضي فانه يقرض مال اليتيم ووجه الفرق ان الاقراض
من القاضي من باب حفظ الدين لان توا الدين بالافلاس او بالانكار والظاهر
ان القاضي يختار املي الناس واوثقهم وله ولاية التفحص عن احوالهم فيختار
من لا يتحقق افلاسه ظاهرا وغالبا وكذا القاضي يقضي بعلم نفسه فلا يتحقق
التوي بالانكار وليس لغير القاضي هذه الولاية فبقي الاقراض منه ازالة
الملك من غير ان يقابله عوض للحال فكان ضررا فلا يملكه وله ان يدين
ماله من غيره وصورة الاستدانة ان يطلب انسان من غير الاب او الوصي
ان يبيعه شيا من امواله للصغير بمثل قيمته حتي يجعل اصل الشي ملكه وثمن
المبيع دينا عليه ليرده فان باعه منه بزيادة علي قيمته فهو عينة وانما ملك
الادانة ولم يملك القرض لان الادانة بيع ماله بمثل قيمته وليس له ان
يزوج عبده لانه يتعلق المهر برقبته وفيه ضرر وليس له ان يبيع ماله
باقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة ولا باع لا ينفذ بيعه
لانه ضرر في حقه وكذا ليس له ان يؤاجر نفسه او ماله باقل من اجر المثل
قدر ما لا يتغابن الناس فيه عادة لما قلنا ولو اشتري ينفذ عليه ويكون
المشترا له لان الشرا وجد نفاذا علي المشتري وله ان يقبل الصدقة
والهبة والوصية لان ذلك نفع محض فيملكه الولي وقال صلى الله عليه وسلم
خير الناس من ينفع الناس وهذا يجري مجري الحث علي النفع والحث علي
النفع ممن لا يملك النفع عبث وله ان يزوج امته لانه نفع وله ان يبيع
ماله باكثر من قيمته ويشتري له شيا باقل من قيمته لما قلنا وله ان يبيعه
بمثل قيمته او باقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس فيه عادة وله ان
يشتري شيا بمثل قيمته وباكثر من قيمته قدر ما يتغابن الناس فيه عادة
وكذا له ان يؤاجر نفسه وماله باكثر من اجر مثله او باجر مثله او باقل منه
قدر ما يتغابن الناس فيه عادة وكذا له ان يستاجر له شيا باقل من اجر
المثل او باجر المثل او باكثر منه قدر ما يتغابن الناس فيه عادة ولو اجر
نفسه او ماله ثم بلغ الصبي في المدة فله الخيار في اجارة النفس ان شا
مضي عليها وان شا ابطلها ولا خيار له في اجارة المال ووجه الفرق ان
اجارة مال الصغير تصرف في ماله علي وجه النظر فيقوم الاب فيه مقامه
فلا يثبت له خيار الابطال بالبلوغ فاما اجارة نفسه فتصرف علي نفسه
بالاضرار وكان ينبغي ان لا يملكه الاب الا انه ملكها من حيث انها نوع

رياضة وتهذيب للصغير وتاديب له والاب يلي تاديب الصغير فوليها علي
انها تاديب فاذا بلغ فقد انقطع ولاية التاديب فهو الفرق وله ان يسافر بماله
وله ان يدفع ماله مضاربة وله ان يبضع وله ان يوكل بالبيع والشرا والاجارة
والاستيجار لان هذه الاشيا من توابع الاجارة فكل من ملك التجارة يملك ما هو من
توابعها ولهذا ملكها الماذون وله ان يعير ماله استحسانا والقياس ان لا
يجوز وجه القياس ان الاعارة تمليك المنفعة بغير عوض فكان ضررا وجه
الاستحسان ان هذا من توابع التجارة وضروراتها فيملك بملك التجارة
ولهذا ملكها الماذون وله ان يودع ماله لان الايداع من ضرورات التجارة
وله ان ياذن بالتجارة عندنا اذا كان يعقل البيع والشرا لان الاذن بالتجارة
دون التجارة فاذا ملك التجارة بنفسه فلان يملك الاذن بالتجارة اولي
وله ان يكاتب عبده لان المكاتبة عقد معاوضة فكان في معني البيع
وله ان يرهن ماله بدينه لان الرهن من توابع التجارة لان التاجر يحتاج
اليه لانه قضا الدين وهو يملك قضا دينه من ماله فيملك الرهن بدينه
ايضا وله ان يرهن ماله بدين نفسه ايضا لان غير المرهون في يد المرتهن
الا انه اذا هلك يضمن مقدار ما صار مؤديا من ذلك دين نفسه وله ان
يجعل ماله مضاربة عند نفسه وينبغي ان يشهد علي ذلك في الابتدا ولو لم
يشهد يحل له الربح فيما بينه وبين الله تعالي ولكن القاضي لا يصدقه وكذلك
اذا شارك وراس ماله اقل من مال الصغير فان اشهد فالربح علي ما شرط
وان لم يشهد يحل فيما بينه وبين الله تعالي لكن القاضي لا يصدقه ويجعل
ويجعل الربح علي قدر راس مالهما وما عرفت من الجواب في الاب فهو الجواب في وصيه
حال عدمه وفي الجد ووصيه حال عدم الاب الا ان بين الاب وبين الجد
ووصيه فرقا من وجوه مخصوصة منها ان الاب والجد اذا اشتري مال
الصغير لنفسه او باع مال نفسه من الصغير بمثل قيمته او باقل جاز ولا
فلا ● ومنها ان لهما ولاية الاقتصاص لاجل الصغير في النفس وما دونها
وللوصي ولاية الاقتصاص فيما دون النفس وليس له ولاية الاقتصاص
في النفس ● ومنها ولاية الصلح في النفس وما دونها علي قدر الدية من غير
حط بلا خلاف وليس لهما ولاية العفو وفي جواز الصلح من الوصي روايتان
وقد ذكرنا الوجه في ذلك في كتاب الصلح ثم ولي اليتيم هل ياكل من مال
اليتيم فنقول لا خلاف في انه اذا كان غنيا لا ياكل لقوله تعالي ومن كان
غنيا فليستعفف فاما اذا كان فقيرا فهل له ان ياكل علي سبيل الاباحة
او ليس له ان لا ياكل الا قرضا اختلف فيه الصحابة رضي الله عنهم روي
عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما ان له ان ياكل علي سبيل الاباحة
لكن بالمعروف من غير اسراف وهو قول عايشة رضي الله عنها وروي عن
عمر رضي الله عنه انه ياكل قرضا فاذا ايسر قضي وهو احدي الروايتين
عن ابن عباس رضي الله عنهما احتج هولا وهو بقوله تعالي فاذا دفعتم اليهم
اموالهم فاشهدوا عليهم امر بالاشهاد علي الايتام عند دفع المال اليهم
ولو كان المال في ايدي الاوليا بطريق الامانة لكان لا حاجة الي الاشهاد

لان القول قول الولي اذا قال دفعت المال الي اليتيم عند انكاره وانما الحاجة
الي الاشهاد عند الاخذ قرضا لياكل منه لانه في قضا الدين القول قول صاحب الدين
لا قول من يقضي الدين وعن سعيد بن جبير انه فسر قوله تعالي ومن كان
فقيرا فلياكل بالمعروف قال قرضا واحتج الاولون بظاهر قوله تعالي فلياكل
بالمعروف اطلق الله تعالي لولي اليتيم ان ياكل مال اليتيم بالمعروف وهو
الوسط من غير اسراف وروي ان رجلا سال رسول الله صلي الله عليه وسلم
فقال ليس لي مال ولي يتيم فقال كل من مال يتيمك من مسرف ولا متاثل
مالك بماله وذكر محمد مالك رحمه الله في الموطا ان الافضل هو الاستعفاف
من ماله لما روي ان رجلا اتي عبد الله بن مسعود رضي الله عنه فقال له
اوصي الي يتيم فقال عبد الله لا تشتري من ماله شيا ولا تستقرض من ماله
شيا والله اعلم فصل واما ترتيب الولاية فاولي الاوليا الاب ثم وصيه ثم وصي
وصيه ثم القاضي ثم من نصبه القاضي وهو وصي القاضي وانما تثبت الولاية
علي هذا الترتيب لان الولاية علي الصغار باعتبار النظر لهم لعجزهم عن التصرف
بانفسهم والنظر علي هذا الترتيب لان ذلك مبني علي الشفقة وشفقة الاب
فوق شفقة الكل وشفقة وصيه فوق شفقة الجد لانه وصي الاب ومختاره
فكان خلف الاب في الشفقة وخلف الشي قايم مقامه كانه هو وشفقة
الجد فوق شفقة القاضي لان شفقته تنشا عن القرابة والقاضي اجنبي
ولا شك ان شفقة القريب علي قريبه فوق شفقة الاجنبي وكذا شفقة
وصيه لانه مرضي الجد وخلفه فكان شفقته مثل شفقته واذا كان ما
جعل له الولاية علي هذا الترتيب كانت الولاية علي هذا الترتيب ضرورة
لان ترتيب الحكم علي حسب ترتيب العلة والله الموفق ◦ وليس لمن سوي
هولا من الام والاخ والعم وغيرهم ولاية التصرف علي الصغير في ماله
لان الاخ والعم قاصرا الشفقة وفي التصرفات تجري جنايات لا يهتم لها
الا ذو الشفقة الوافرة والام وان كانت لها وفور الشفقة لكن ليس
لها كمال الراي لقصور عقل النسا عادة فلا يثبت لهن ولاية التصرف في المال
ولا لوصيهم لان الوصي خلف الموصي فلا يثبت قايم مقامه فلا يثبت له
الا قدر ما كان للموصي وهو قضا الدين والحفظ لكن عند عدم هولا ولوصي
الام والاخ ان يبيع المنقول والعقار لقضا دين الميت والباقي ميراث
للصغير ثم ينظر ان كان واحد ممن ذكرنا حيا حاضرا فليس له ولاية
التصرف اصلا في مال الصغير لان الموصي كان لا يملكه في حال حيوته
فكذا الوصي وان لم يكن فله ولاية الحفظ لا غير الا انه يبيع المنقول لما
ان بيع المنقول من الحفظ لان حفظ الثمن ايسر وليس له ان يبيع العقار
لاستغنايه عن الحفظ لكونه محفوظا بنفسه وكذا لا يبيع الدراهم والدنانير
لانها محفوظة وليس له ان يشتري شيا علي سبيل التجارة وله ان يشتري
ما لا بد منه للصغير من طعامه وكسوته وما استفاد الصغير من
المال من جهة اخري سوي الارث بان وهب له شي او اوصي له به فليس
ولاية التصرف فيه اصلا عقارا كان او منقولا لانه لم يكن للموصي

عليه

عليه ولاية فكذا الوصي واما وصي المكاتب فله ان يبيع المنقول والعقار لقضا
ديون المكاتب ولقضا دين الكتابة لان المكاتب كان يملكه بنفسه فكذا وصيه
وما فضل من كسبه يكون ميراثا لورثته واما الاحرار منهم فلا شك وكذا الولد
المولود في الكتابة ومن كوتب معه لانه عتق في اخر جز من اجزا حيوته
بعتق ابيه واذا صار الفاضل من كسبه ميراثا لورثته وهو يملك التصرف
في مالهم ذكر في الزيادات انه لا يملك الا الحفظ وجعله بمنزلة وصي الام
والاخ والعم وفي كتاب القسمة الحقه بوصي الاب فان اجاز قسمته في العقارات
والقسمة في معني البيع فمن جازت قسمته يجوز بيعه فكان فيه روايتان وهذا
اذا مات قبل اذا بدل الكتابة فاما اذا ادي بدل كتابته حال حيوته وعتق
ثم مات كان وصيه كوصي الحر بلا خلاف والله اعلم ◦ والثاني ان لا يكون المبيع حق
لغير البايع فان كان لا ينفذ كالمرهون والمستاجر لان فيه ابطال حق المرتهن
والمستاجر وهذا لا يجوز وقد اختلفت عبارات الكتب في هذه المسلة في
بعضها ان البيع فاسد وفي بعضها انه موقوف وهو الصحيح لان ركن البيع صدر
من اهله الي مال متقوم مملوك مقدور التسليم من غير ضرر يلزمه والدليل
علي انه مقدور التسليم انه يمكنه ان يفتك الرهن بقضا الدين فيسلمه الي
المدين وكذا احتمال الاجازة من المرتهن والمستاجر ثابت في البابين جميعا
الا انه لم ينفذ للحال لتعلق حقهما فيوقف ويمكن التوفيق بين الروايتين
بان يحمل قوله فاسد علي انه لا حكم له ظاهر وهو تفسير الموقوف عندنا
واذا توقف علي اجازتهما فان اجازا جاز ونفذ وهل يملكان المطالبة بالفسخ
ذكر القدوري في شرحه وقال اما المستاجر فلا يملك واما المرتهن فيجوز
ان يقال يملك فرق بينهما من حيث ان حق المستاجر في المنفعة لا في العين
اذ الاجارة عقد علي المنفعة لا علي العين والبيع عقد علي العين فلم يكن
البيع تصرفا في محل حق المستاجر فلا يثبت له الخيار وحق المرتهن في العين
لانه يستوفي من بدل العين بالبيع عند عدم الافتكاك من الراهن ولهذا
لو اجاز البيع كان الثمن رهنا عنده فكان البيع تصرفا في محل حقه فيثبت له الخيار
وهل يثبت للمشتري خيار الفسخ فان لم يعلم انه مرهون او مواجر يثبت
لان العقد المطلق يقتضي التسليم للحال وقد فات فيثبت له خيار الفسخ وان
علم فلا خيار له لانه رضي بتاخر التسليم في الجملة ولو باع عبده الذي وجب عليه
القود نفذ لانه لا حق لولي القتيل في نفس القاتل وانما له ولاية استيفا
القصاص ولانها لا تبطل بالبيع مختارا للفدا سوا علم بالجناية اولم يعلم
لان حق الولي في القصاص والبيع لا يبطل القصاص وكذلك لو اعتقه
او دبره او كاتب امة فاستولدها لما قلنا وكذا لو باع عبده الذي هو حلال
الدم بالردة لان الردة توجب اباحة الدم لا غير والبيع لا يبطلها وكذا
لو اعتقه او دبره او كانت امة فاستولدها وكذا لو باع عبده الذي قطع
يده بالسرقة او وجب عليه من الحد وكحد الزنا والشرب والقذف
لان الواجب بهذه الجنايات ولاية استيفا القطع والحد والبيع لا يبطلها
وكذا لو اعتقه او دبره او كانت امة فاستولدها لما قلنا ولو باع عبده

الذي وجب دفعه بالجناية بجوز علم المولى بالجناية اولا ولا سبيل لولي
الجناية على العبد ولا على المشتري لانه لا حق له في نفس العبد وانما نخاطب
المولى بالدفع الا ان يختار الفدا غير انه ان كان عالما بالجناية يلزمه ارش
الجناية بالغا ما بلغ لان اقدامه على البيع بعد العلم بالجناية اختيار الفدا
اذ الو لم يختر لما باعه لما فيه من ابطال حق ولي الجناية في الدفع والظاهر انه
لا يرضى به وعلى تقدير الاختيار كان البيع ابطالا لحقهم الى بدل وهو
الفدا فكان الاقدام على البيع اختيارا للفدا بخلاف ما اذا كان عليه قتل
او قطع بسبب السرقة او حد لان البيع لا يوجب بطلان هذه الحقوق
فلم يكن الاقدام على البيع اختيارا للفدا فلا تسقط هذه الحقوق بل بقيت
على حالها وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية
لانه اذا لم يكن عالما بالجناية كان البيع استهلاكا للعبد من غير اختياره
فعليه الاقل من قيمته ومن الارش لانه ما اتلف على ولي الجناية الا قدر
الارش الا اذا كان اقلهما عشرة الاف درهم فينقص منها عشرة لان قيمة
قتل العبد خطا اذا بلغ عشرة الاف درهم ينقص منها عشرة منها دراهم
وكذلك لو اعتقه المولى او دبره او كانت امة فاستولدها جاز ولا سبيل
لولي الجناية على العبد والمدبر وام الولد غير انه ان علم بالجناية كان ذلك
منه اختيارا للفدا وان لم يعلم فعليه الاقل من قيمته ومن المدبر
وما زاد على هذا نذكره في كتاب جنايات العبد في اخر كتاب الجنايات ان شا
الله تعالى **فصل** واما شرايط الصحة فانواع تعم البياعات كلها وبعضها
يخص البعض دون البعض . اما الشرايط العامة فمنها ما ذكرنا من شرايط
الانعقاد والنفاذ لان ما لا ينعقد ولا ينفذ البيع بدونه لا يصح بدونه
ضرورة اذ الصحة امر زايد على الانعقاد والنفاذ فكل ما كان شرط الانعقاد
والنفاذ عندنا فان البيع الفاسد ينعقد وينفذ عند اتصال القبض
به عندنا وان لم يكن صحيحا . ومنها ان يكون المبيع معلوما وثمنه معلوما
علما يمنع من المنازعة فان كان احدهما مجهولا جهالة لا تفضي الى المنازعة
لا تفسد لان الجهالة اذا كانت مفضية الى المنازعة كانت مانعة من
التسليم والتسلم فلا يحصل مقصود البيع واذا لم تكن مفضية الى
المنازعة لا يمنع من ذلك فيحصل المقصود . وبيانه في مسايل اذا قال
بعت شاة من هذا القطيع او ثوبا من هذا العدل فالبيع فاسد
لان الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة مفضية
الى المنازعة لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب وثوب
فيوجب فساد البيع فان عين البايع شاة وثوبا وسلمه اليه ورضي به
جاز ويكون ذلك ابتدا بيع بالمراضاة ولان البياعات للتوسل
الى استيفا النفوس الى انقضا اجالها والتنازع يفضي الى التفاني
فيتناقض ولان الرضا شرط البيع والرضا لا يتعلق الا بالمعلوم
فالكلام في هذا الشرط في موضعين . احدهما ان العلم بالمبيع
والثمن علما مانعا من المنازعة شرط صحة البيع . والثاني في بيان

ما يحصل به العلم بهما . اما الاول فبيانه في مسايل وكذا اذا قال بعتك احد
هذه الاثواب الاربعة بكذا وذكر خيار التعيين او سكت عنه او قال بعتك
احد هذين الثوبين او احد هذه الاثواب الثلاثة بكذا وسكت عن الخيار فالبيع
فاسد لان المبيع مجهول ولو ذكر الخيار بان قال على انك بالخيار تاخذ ايها شيت
بثمن كذا وترد الباقي فالقياس ان يفسد البيع وفي الاستحسان لا يفسد وجه
القياس ان المبيع مجهول لانه باع واحدا غير عين وهو غير معلوم فكان
المبيع مجهولا فيمنع صحة البيع كما لو باع احد الاثواب الاربعة وذكر الخيار
وجه الاستحسان الاستدلال بخيار الشرط والجامع بينهما مساس الحاجة
الى دفع الغبن وكل واحد من الخيارين طريق دفع الغبن وورود الشرع
هناك يكون ورودا ها هنا دلالة والحاجة تندفع بالتحري في ثلثه لاقتصار
الاشيا على الجيد والوسط والردي فبقي الحكم في الزيادة مردودا الى اصل القياس
ولان الناس تعاملوا هذا البيع لحاجتهم الى ذلك فان كل احد لا يمكنه ان يدخل
السوق خصوصا الاكابر والنسا فيحتاجون الى ان يامر غيره ولا تندفع حاجته
بشرا شي واحد معين من ذلك الجنس لما عسى لا يوافق الامر فيحتاج الى ان
يشتري احد اثنين من ذلك الجنس فيحملهما جميعا الى الامر فيختار ايهما شا
بالثمن المذكور ويرد الباقي فجوز ذلك لتعامل الناس ولا تعامل فيما زاد على
الثلث فبقي الحكم فيه على اصل القياس وقوله المعقود عليه مجهول قلنا هذا
ممنوع فانه اذا شرط الخيار بان قال على ان تاخذ ايهما شيت فقد انعقد العقد
موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم مع ما
ان هذه جهالة لا تفضي الى المنازعة لانه فوض الامر الى اختيار المشتري ياخذ
ايهما شا فلا تقع المنازعة وهل يشترط بيان المدة في هذا الخيار اختلف
المشايخ فيه لاختلاف الفاظ محمد رحمه الله في هذه المسلة في الكتب فذكر في
الجامع الصغير على ان ياخذ المشتري ايهما شا وهو فيه بالخيار ثلثة ايام وذكر
في الاصل على ان ياخذ ايهما شا بالف ولم يذكر الخيار فقال بعضهم لا يجوز
هذا البيع الا بذكر مدة خيار الشرط وهو ثلثة ايام فما دونها عند ابي حنيفة
وعندهما الثلاث وما زاد عليها بعد ان يكون معلوما وهو قول الكرخي
والطحاوي وقال بعضهم يصح من غير ذكر المدة وجه قول الاولين ان المبيع
لو كان ثوبا واحدا معينا وشرط فيه الخيار كان بيان المدة شرط الصحة
بالاجماع فكذا اذا كان واحدا غير معين والجامع بينهما ان ترك التوقيت
تجهيل لمدة الخيار وانه مفسد للبيع لان المشتري ان يردهما جميعا
والثابت بخيار التعيين رد احدهما وهذا حكم خيار الشرط فلا بد
من ذكر مدة معلومة وجه قول الاخرين ان توقيت الخيار في المعين
انما كان شرطا لان الخيار فيه يمنع ثبوت الحكم للحاجة الى دفع الغبن
بواسطة التامل فكان في معنى الاستثنا فلا بد من التوقيت ليصح
استثنا ذلك في الوقت عن ثبوت حكم البيع فيه وخيار التعيين لا يمنع
ثبوت الحكم بل يثبت الحكم في احدهما غير عين وانما يمنع تعين المبيع
لا غير فلا يشترط له بيان المدة والله اعلم والدليل على التفرقة بينهما

ان خيار الشرط لا يورث سهم على اصل اصحابنا وخيار التعيين يورث بالاجماع
الا ان للمشتري ان يردهما جميعا لا كما بخيار الشرط المعهود لبشترط له بيان
المدة بل لان البيع المضاف الى احدهما غير لازم فكان محلا للفسخ كالبيع بشرط خيار
معهود على ما نذكر ان شاء الله تعالى وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى ثوبين او عبدين
او دابتين على ان المشتري او البايع بالخيار في احدهما ثلثة ايام ولم يعين
الذي فيه الخيار من الذي لا خيار فيه ولا بين حصة كل واحد منهما من الثمن
ان البيع فاسد فيهما جميعا لجهالة المبيع والثمن اما جهالة المبيع فلان العقد في
احدهما بات وفي الاخر خيار ولم يعين احدهما في الاخر فكان المبيع مجهولا
فايهما واما جهالة الثمن فلانه اذا لم يسم لكل واحد منهما ثمنا فلا يعرف ذلك
الا بالحزر والظن فكان مجهولا والمبيع مجهولا وجهالة احدهما تمنع صحة البيع
فجهالتهما اولى وكذلك اذا عين الذي فيه الخيار لكن لم يبين حصة كل واحد
منهما من الثمن لان الثمن مجهول وكذلك اذا بين ثمن كل واحد منهما لكن
لم يعين الذي فيه الخيار من صاحبه لان المبيع مجهول ولو عين وبين
جاز البيع فيهما جميعا لان المبيع والثمن معلومان ويكون البيع في احدهما
باتا من غير خيار وفي الاخر فيه خيار لان هكذا فعل واذا اجاز من له الخيار
البيع فيما له فيه الخيار او مات او مضت مدة الخيار من غير فسخ حتى تم البيع
ولزم المشتري ثمنهما ليس له ان ياخذ احدهما او كلاهما ما لم ينقد ثمنهما
جميعا لان الخيار لما سقط ولزم العقد صار كانه اشتراهما جميعا شراء باتا
ولو كان الامر كذلك كان الامر على ما وصفنا فكذا هذا ولو اشترى ثوبا
واحدا او دابة واحدة بثمن معلوم على ان البايع او المشتري بالخيار في
نصفه ونصفه بات جاز البيع لان النصف معلوم وثمنه معلوم ايضا
والله اعلم ولو باع عددا من جملة من المعدودات المتفاوتة كالبطيخ
والرمان بدرهم والجملة اكثر مما سمى فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة
مفضية الى المنازعة فان عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك او تراضيا
عليه فهو جايز لان ذلك بيع مبتدا بطريق التعاطي واليه اشار في الكتاب
فقال وانما وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا وهذا نص على جواز
البيع بالمراوضة ولو قال بعت هذا العبد بقيمته فالبيع فاسد لانه جعل
ثمنه قيمته وانها تختلف باختلاف المتقومين فكان الثمن مجهولا وكذلك
لو اشترى من هذا اللحم ثلثة ارطال بدرهم ولم يبين الموضع فالبيع
فاسد وكذلك ان بين الموضع بان قال زن لي من هذا الجنب رطلا بكذا
او من هذا الفخذ على قياس قول ابي حنيفة وعلى قياس قولهما يجوز وكذا
روي عن محمد انه يجوز وكذا اذا باع بحكم المشتري او بحكم فلان لانه لا يدري
بماذا يحكم فلان فكان الثمن مجهولا وكذا اذا قال بعتك هذا بقفيز حنطة
او بقفيزي شعير لان الثمن مجهول وقيل هو البيعان في بيع وقد روي ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعين في بيع وكذا اذا قال بعتك
هذا العبد بالف درهم الى سنة او بالف وخمسماية الى سنتين لان
الثمن مجهول وقيل هو الشرطان في بيع وقد روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم

عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع ولو باع شيا بربح ده يازده ولم يعلم المشتري
راس ماله كان المشترا مجهولا الثمن مجهولا وجهالة الثمن تمنع صحة البيع واذا
ورضي به جاز البيع لان المانع من الجواز هو الجهالة عند العقد وقد زالت في المجلس
وله حكم حالة العقد فصار كانه معلوما عند العقد وان لم يعلم به حتى افترقا
تقرر الفساد بالهلاك لانه بالهلاك خرج البيع عن احتمال الاجازة والرضا
لان الاجازة انما تلحق القايم دون الهالك فتقرر الفساد ولزمه القيمة
وروي بن شجاع عن محمد ان البيع جايز ومعناه انه موقوف على الاجازة
واليه اشار ابو يوسف فانه قال صح وهذه امارة البيع الموقوف فان
مات البايع قبل ان يرضى المشتري وقد قبض او لم يقبض انتقض البيع
ولو كان المبيع عبدا فقبضه ثم باعه او اعتقه او مات قبل العلم جاز
العتق والبيع وعليه قيمته لوجود الهلاك حقيقة بالموت وبالاعتاق
في المبيع فخرج البيع عن احتمال الاجازة فتاكد الفساد فيلزمه القيمة
ولو اعتقه بعد ما علم براس المال فعليه الثمن لان اقدامه على الاعتاق
دليل الاجازة ولو اعتق بالقرابة قبل العلم بالثمن بعد القبض فعليه قيمته
لانه لا صنع له في القرابة فلم يوجد دليل الاجازة فكان العتق بها بمنزلة
هلاك العبد قبل العلم وهناك تجب القيمة كذا هاهنا وكذا لو باع الشي
برقمه او راس ماله ولم يعلم المشتري رقمه وراس ماله فهو كما لو باع شيا
بربح ده يازده ولم يعلم ما اشترى به ولو قال بعتك قفيزا من هذه
الصبرة صح وان كان قفيزا من صبرة مجهولا لكن هذه جهالة لا تفضي الى
المنازعة لان الصبرة الواحدة متماثلة القفزان بخلاف الشاة من
القطيع وثوب من الاربعة لان بين شاة وشاة تفاوتا فاحشا وكذا
بين ثوب وثوب والله اعلم ولو باع شيا بعشرة دراهم او بعشرة
دنانير وفي البلد نقود مختلفة انصرف الى النقد الغالب لان مطلق
الاسم ينصرف الى المتعارف خصوصا اذا كان به صحة العقد وان
كان في البلد نقود غالبة فالبيع فاسد لان الثمن مجهول اذ البعض
ليس باولى من البعض وعلى هذا يخرج اصل ابي حنيفة ان جملة الثمن
اذا كانت مجهولة عند العقد في بيع مضاف الى الجملة فالبيع فاسد
الا في القدر الذي جهالته لا تفضي الى المنازعة وجملة الكلام فيه ان
المبيع لا يخلوا اما ان يكون من المثليات من المكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة واما ان يكون من غيرها من الذرعيات
والعدديات المتقاربة ولا يخلوا اما ان سمى جملة الكيل والوزن والعدد
والذرع في البيع واما ان لم يسم اما المكيلات فان لم يسم جملتها بان
قال بعت منك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم لم يجز البيع الا في قفيز
منها بدرهم ويلزم فيه عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يجوز في الباقي الا
اذا علم المشتري جملة القفزان قبل الافتراق بان كان لها فله الخيار
ان شا اخذ كل قفيز بدرهم وان شا ترك وان لم يعلم حتى افترقا عن
المجلس تقرر الفساد وعند ابي يوسف ومحمد يلزمه البيع في كل الصبرة

كل قفيز منها بدرهم سوا علم او يعلم وعلى هذا الخلاف الوزني الذي لا ضرر
في تبعيضه كالزيت وتبر الذهب والفضة والعددي المتقارب كالجوز
واللوز اذا لم يسم جملتها واما الذرعيات فان لم يسم جملة الذرعان
بان قال بعت منك هذا الثوب او هذه الارض او هذه الخشبة كل ذراع
منه بدرهم فالبيع فاسد في الكل عند ابي حنيفة الا اذا علم المشتري
جملة الذرعان في المجلس فله الخيار ان شا اخذ وان شا ترك وان لم يعلم
حتى تفرقا تقرر الفساد وعند ابي يوسف ومحمد يجوز البيع في الكل ويلزمه
كل ذراع منه بدرهم وعلى هذا الخلاف اذا قال كل ذراعين بدرهمين
او كل ثلثة اذرع بثلثة دراهم وعلى هذا الخلاف العدديات المتفاوته
كالاغنام والعبيد بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم كل شاة منها
بعشرة دراهم ولم يسم جملة الشياة وعلى هذا الخلاف الوزني الذي في
تبعيضه ضرر كالمصنوع من الاواني والقلب ونحو ذلك وجه قولهما
في مسايل الخلاف ان جملة البيع معلومة وجملة الثمن ممكن الوصول
الى العلم بالكيل والوزن والعد والذرع فكانت هذه جملة جهالة ممكن
الرفع والازالة ومثل هذه الجهالة لا تمنع صحة البيع كما اذا باع بوزن
هذا الحجر ذهبا ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه جملة الثمن مجهولة حالة
العقد جهالة مفضية الى المنازعة فتوجب فساد العقد كما اذا باع
كل قفيز من الصبرة بدرهم وجملة القفزان ليست بمعلومة حالة العقد
فلا تكون جملة الثمن معلومة ضرورة وكذلك هذا في الموزون
والمعدود والمذروع وقولهما يمكن رفع هذه الجهالة مسلم لكنها ثابتة
للحال الى ان يرفع وعندنا اذا ارتفعت في المجلس ينقلب العقد الى الجواز
لان المجلس وان طال فله حكم ساعة العقد والبيع بوزن هذا الحجر
ذهبا ممنوع على اصل ابي حنيفة وانما اختلف جواب ابي حنيفة بين
المثليات وغيرها من وجه حيث جاز البيع في واحد في باب الامثال
ولم يجز في غيرها اصلا لان المانع من الصحة جهالة الثمن لكونها مفضية
الى المنازعة وجهالة قفيز من صبرة غير مانعة من الصحة لانها لا تفضي
الى المنازعة الا ترى لو اشتري قفيزا من هذه الصبرة ابتدا جاز
فاذا تعذر العمل بعموم كلمة كل صرفت الى الخصوص لانه ممكن على الاصل
المعهود في صيغة العام اذا تعذر العمل بعمومها يصرف الى الخصوص
عند امكان الصرف اليه بخلاف الاشيا المتفاوته لان جهالة شاة
من قطيع وذراع من ثوب جهالة مفضية الى المنازعة الا ترى ان بيع
ذراع من ثوب وذراع من قطيع لا يجوز ابتدا فتعذر العمل بعموم
كلمة كل فيفسد البيع في الكل ولو قال بعت منك هذا القطيع من
الغنم كل شاتين بعشرين درهما فالبيع فاسد في الكل بالاجماع ولو
علم المشتري عدد الجملة في المجلس واختار البيع فرق بين المعدود
المتفاوت وبين المذروع والمكيل والموزون والعددي المتقارب
ان الواحد والاثنين هناك على الاختلاف واذا علم في المجلس واختار

البيع

البيع يجوز بلا خلاف وهنا لا يجوز في الاثنين بلا خلاف وان علم واختار البيع
ووجه الفرق ان المانع هناك جهالة الثمن وهي مرتفعة ثم بالعلم في المجلس
فكان المانع محتمل الزوال والجهالة هاهنا لا تحتمل الارتفاع اصلا لان ثمة
كل واحد منها مجهول لا يدري كم هو وقال بعت منك هذه الصبرة بماية
درهم كل قفيز بماية بدرهم ولم يسم جملة الصبرة ولكنه سمى جملة الثمن
لم يذكر هذا في الاصل وذكر الطحاوي انه يجوز وهو صحيح لان المانع جهله
ولم يوجد حيث سماها فصار تسمية جملة الثمن بمنزلة تسمية جملة
المبيع لجاز على ما نذكر كذا هنا هذا الذي ذكرنا اذا لم يسم جملة المبيع من
المكيلات والموزونات والمذروعات فاما اذا سماها بان قال بعت منك
هذه الصبرة على انها ماية قفيز بدرهم او قال على انها ماية قفيز بماية درهم
وسمى لكل واحد من القفزان ثمنا على حده او سمى للكل ثمنا واحدا بما سوا
فلا شك في جواز البيع لان جملة المبيع معلومة وجملة الثمن معلومة ثم
ان وجدها كما سمى فالامر ماض ولا خيار للمشتري وان وجدها ازيد من
ماية قفيز فالزيادة لا تسلم للمشتري بل ترد للبايع الى البايع ولا يكون للمشتري
الا قدر ما سمى وهو ماية قفيز ولا خيار له وان وجدها اقل من ماية قفيز
فالمشتري بالخيار ان شا اخذها بحصتها من الثمن وطرح حصة النقصان
وان شا تركها والاصل هنا ان الزيادة فيما لا ضرر في تبعيضه لا تجري مجرى
الصفة بل هي اصل فلا بد وان يقابله الثمن ولا ثمن للزيادة فلا يدخل في البيع
فكان ملك البايع فيرد اليه والنقصان فيه نقصان الاصل لا نقصان الصفة
فاذا وجدها انقص مما سمى نقص من الثمن حصة النقصان وان شا ترك لان
الصفقة تفرقت عليه لانها وقعت على ماية قفيز ولم يسلم له فاوجب خللا
في الرضا فثبت له خيار الترك وكذلك الجواب في الموزونات التي ليس
في تبعيضها ضرر لان الزيادة فيها لا تجري مجرى الصفة بل هي اصل بنفسها
وكذلك المعدودات المتقاربة واما المذروعات من الثوب والارض
والخشب وغيرها فان سمى لجملة الذرعان ثمنا واحدا ولم يسم لكل ذراع
منها على حده بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة اذرع بعشرة
دراهم فالبيع جايز لان المبيع وثمنه معلومان ثم ان وجده مثل ما سمى لزمه
الثوب بعشرة دراهم ولا خيار له وان وجده احد عشر ذراعا فالزيادة
سالمة للمشتري وان وجده تسعة اذرع لا يطرح لاجل النقصان شيا
من الثمن وهو بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا ترك فرق بينهما
وبين المكيلات والموزونات اي ليس في تبعيضها ضرر والعدديات المتقاربة
ووجه الفرق ان زيادة في الذرعيات جارية مجرى الصفة كصفة الجودة
والكتابة والخياطة ونحوها والثمن يقابل الاصل لا الصفة والدليل على انها
جارية مجرى الصفة ان وجودها يوجب جودة في الباقي وفواتها يسلب
صفة الجودة ويوجب الرداة فتلحق الزيادة بالجودة والنقصان بالرداة
حكما والجودة والرداة صفة والصفة ترد على الاصل دون الصفة الا ان
الصفة تملك تبعا للموصوف لكونها تابعة له قايمة به فاذا ازداد صار كانه

الذرع صح

اشتراه رديا فاذا هو جيد وكما اذا اشترى عبدا على انه ليس بكاتب او ليس
بخياط فوجده كاتبا او خياطا او اشترى عبدا على انه ليس بكاتب او ليس بخياط
اعور فوجده سليم العينين او اشترى جارية على انها ثيب فوجدها بكرا
تسلم له ولا خيار للبايع كذا هذا واذا نقص صار كانه اشتراه على انه جيد
فوجده رديا او اشترى عبدا على انه كاتب او خباز او صحيح العينين فوجده
غير كاتب ولا خباز ولا اعور او اشترى على جارية على انها بكر فوجدها ثيبا
لا يطرح شي من الثمن ولكن يثبت له الخيار كذا بخلاف المكيلات والموزونات
التي لا ضرر في تبعيضها والعدديات المتقاربة لان الزيادة فيها غير
ملحقة بالاوصاف لانها اصل بنفسها حقيقة والعمل بالحقيقة واجب ما
امكن الا انها الحقت بالصفة في المذروعات ونحوها لان وجودها يوجب
الجودة والكمال للباقي وفواتها يوجب النقصان والرداة له وهذا المعنى هاهنا
منعدم فبقيت اصلا بنفسها حقيقة وان لم يسم لكل ذراع منها ثمنا على حده
بان قال بعت منك هذا الثوب على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فالبيع
جايز لما قلنا ثم ان وجده مثل ما سمى فالامر ماض ولزمه الثوب كل ذراع بدرهم
وان وجده احد عشر ذراعا فهو بالخيار ان شا اخذ كله باحد عشر درهما
وان شا ترك وان وجده تسعة اذرع فهو بالخيار ان شا طرح حصة النقصان
واخذه بتسعة دراهم وان شا ترك لتفرق الصفقة عليه وهذا يشكل على
الاصل الذي ذكرنا ان زيادة الذرع في المذروعات تجري مجرى الصفة
لها لان الثمن يقابل الاصل دون الوصف فينبغي ان تكون الزيادة سالمة
للمشتري ولا خيار له ولا يطرح لاجل النقصان شيا كما في الفصل الاول
لان الثمن يقابل الاصل دون الصفة بمنزله زيادة الجودة ونقصان
الرداة على ما ذكرنا وحل هذا الاشكال ان الذرع في المذروعات انما تجري
مجرى الصفة على الاطلاق اذا لم يفرد كل ذراع بثمن على حده فاما اذا افرد
به فلا يجري مجرى الصفة مطلقا بل يكون اصلا من وجه صفة من وجه
فمن حيث ان التبعيض فيها يوجب تعييب الباقي كانت الزيادة صفة بمنزلة
صفة الجودة ومن حيث انه سمى لكل ذراع ثمنا على حده كان كل ذراع معقودا
عليه فكانت الزيادة اصلا من وجه صفة من وجه فمن حيث انها صفة كانت
للمشتري لان الثمن يقابل الاصل لا الصفة وانما يدخل في البيع تبعا على ما بينا
ومن حيث انها اصل لا يسلم له الا بزيادة ثمن اعتبار للجهتين جميعا بقدر
الامكان وله الخيار في اخذ الزيادة وتركها لانه لو لزمه الاخذ لا محالة
يلزمه زيادة ثمن لم يكن لزومها ظاهرا عند العقد واختل رضاه فيثبت
الخيار وفي الخيار ان شا طرح قدر النقصان واخذ الباقي اعتبار الجهة
الاصالة وان شا ترك لان الصفقة تفرقت عليه واوجب خللا في الرضا
وذا يوجب الخيار واذا كانت الزيادة والنقصان ذراعا تاما فاما اذا (هذا مع)
كانت دون ذراع لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر في غير الاصول اختلاف
اقاويل اصحابنا الثلاثة في كيفية الخيار فيه وابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله فرقا بين الزيادة والنقصان غير ان ابا حنيفة رحمه الله جعل زيادة

نصف

نصف ذراع بمنزلة ذراع كامل فقال ان شا اخذه باحد عشر درهما وان شا
ترك ولا يطرح من الثمن شيا ومحمد رحمه الله جعل على القلب من ذلك فجعل
زيادة نصف ذراع كلا زيادة وقال ياخذ المشتري بجميع الثمن ولا خيار له
وجعل نقصان نصف ذراع كلا زيادة وقال ياخذ المشتري كنقصان ذراع
كامل وقال ان شا اخذه بتسعة دراهم وان شا ترك وابو يوسف رحمه الله
فسوى بين الزيادة والنقصان فقال في زيادة نصف ذراع يزاد على الثمن
نصف درهم وله الخيار ان شا اخذه بعشرة دراهم ونصف وان شا ترك
وقال في نقصان نصف ذراع ينقص من الثمن نصف درهم وله الخيار ان شا
اخذه بتسعة دراهم ونصف وان شا ترك والقياس ما قاله ابو يوسف
رحمه الله وهو الجزء بالكل الا انهما كانهما استحسنا لتعامل الناس فجعل
ابو حنيفة زيادة نصف ذراع بمنزله زيادة ذراع تام ونقصان
نصف ذراع كلا نقصان لان الناس في العادات في بياعاتهم واشريتهم
لا يعدون نقصان نصف ذراع نقصانا بل يحسبونه ذراعا تاما فبنى
الامر على القلب في ذلك على تعامل الناس وجعل محمد رحمه الله الامر في ذلك
على القلب من ذلك لما ان الباعة يسامحون في زيادة نصف على القدر
المسمى في البيع عادة ولا يعدونه زيادة فكانت تلك الزيادة ملحقة بالعدم
كانه لم يرد وكذا يسامحون فيعدون نصف ذراع في العادات نقصان
ذراع كامل فترك القياس بتعامل الناس ويجوز ان يكون اختلاف جوابهما
لاختلاف عادات الناس والله اعلم وعلى هذا جميع المذروعات من
الارض والخشب وغيرهما انه ان لم يسم لكل ذراع ثمنا بان قال بعت منك
هذا الثوب هذه الارض على انها الف ذراع بالف درهم فالبيع جايز
لما قلنا ثم ان وجدها مثل ما سمى فالامر ماض ويلزمه الارض كل ذراع بدرهم
وان وجدها ازيد فالزيادة سالمة له ولا خيار وان وجدها انقص فهو
بالخيار ان شا اخذها بجميع الثمن وان شا ترك لما قلنا ان زيادة الذرع
في الذرعيات جارية مجرى الصفات والثمن مقابل الاصل دون الصفة
وان سمى لكل ذراع ثمنا على حده بان قال كل ذراع بكذا فالبيع جايز لما ذكرنا
ثم ان وجدها مثل ما سمى فالامر ماض وان وجدها ازيد فهو بالخيار ان
شا اخذ الزيادة بثمنها وان شا ترك لانه يلزمه زيادة ثمن لم يلتزمه
بهذا العقد وان وجده انقص يسقط حصته من الثمن وله الخيار لتفرق
الصفقة على ما ذكرنا في الثوب وعلى هذا الخشب وغيره من الذرعيات
وعلى هذا الموزونات التي في تبعيضها ضرر بان قال بعت منك هذه
السبيكة من الذهب على انها مثقال الا ان بكذا فالامر ماض وان وجده
وان وجده ازيد او انقص فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الذرعيات
وعلى هذا اذا باع مصوغا من نحاس او صفر او ما اشبه ذلك على ان فيه
كذا منا بكذا درهما فوجده اكثر او اقل فهو على التفصيل الذي ذكرنا
لان الوزن في مثله يكون ملحقا بالصفة بمنزلة الذرع في الذرعيات
لان تبعيضه يوجب تعييب الباقي وهذا اخذ الصفة في هذا الباب

ولو باع مصوغا من الفضة على ان وزنه مائة بدينار ولم يسم لكل عشرة ثمنا
على حدة بان قال عشرة دنانير ولم يقل كل وزن عشرة بدينار وتقابضا وافترقا
فالبيع جائز ثم ان وجده على ما سمى فلا مرماض ولا خيار وان وجده ازيد بان
كان مائتي درهم مثلا فالكل للمشتري بعشرة دنانير ولا يزاد في الثمن شي
لان الزيادة فيه بمنزلة الصفة والصفة المحضة لا يقابلها الثمن وان
وجده تسعين او ثمانين فهو بالخيار على ما ذكرنا وان سمى لكل عشرة ثمنا
على حدة بان قال بعت منك على ان وزنه مائة بعشرة دنانير كل وزن عشرة بدينار
وتقابضا فالبيع جائز ثم ان وجده على ما سمى فلا مرماض ولا خيار وان وجد
وزنه ازيد بان كان مائة وخمسين نظر في ذلك ان علم ذلك قبل التفرق
فله الخيار ان شا زاد في الثمن خمسة دنانير واخذه كله بخمسة عشر دينارا وان
وان شا ترك لان ساعات المجلس لها حكم ساعة العقد وان علم بعد التفرق بطل
البيع في ثلث المصوغ لانعدام التقابض فيه وله الخيار في الباقي ان شا رضي به
بعشرة دنانير وان شا رد الكل واسترد الدنانير لان الشركة في الاعيان
عيب وان وجده خمسين وعلم ذلك قبل التفرق او بعده فله الخيار ان شا
رده وان شا رضي به واسترد من الثمن خمسة دراهم دنانير وكذلك
لو باع مصوغا من ذهب بدراهم فهو على التفصيل ولو باع مصوغا من الفضة
بجنسها او باع مصوغا من الذهب بجنسه مثل وزنه على ان وزنه مائة بمائة
ثم وجده ازيد مما سمى فان علم بالزيادة قبل التفرق فله الخيار ان شا زاد في
الثمن قدر وزن الزيادة واخذ الكل وان شا ترك لان المجلس له حكم حالة
العقد وان علم بها بعد التفرق بطل البيع في الزيادة لان التقابض شرط
بقا الصرف على الصحة ولم يوجد في قدر الزيادة وان وجده اقل مما سمى
فله الخيار ان شا رضي بحصته من الثمن واسترد فضل الثمن وان شا
رد الكل واسترد جميع الثمن سوا سمى الجملة او سمى لكل وزن درهم
درهما لان عند اتحاد الوزن والجنس لا يجوز البيع الا سوا بسوا فصار
كانه سمى ذلك وان لم يسم حقيقة الا الجملة ۞ واما العدديات المتفاوتة
كالغنم والبقر والعبيد ونحوها فان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم على انها
مائة شاة بكذا فان وجده على ما سمى فالبيع جائز وان وجد ازيد فالبيع فاسد في
الكل سوا ذكر للكل ثمنا واحدا بان قال بعت منك هذا القطيع من الغنم
على انها مائة شاة بالف درهم او ذكر لكل شاة فيها ثمنا على حدة بان قال كل شاة
بعشرة دراهم لان كل شاة اصل في كونها معقودا عليها والزيادة لم تدخل
تحت العقد لانه لا يقابلها ثمن فلم تكن مبيعة وهي مجهولة فكان الباقي مجهولا
ضرورة جهالة الزيادة فيصير بايعا مائة شاة من مائة شاة وواحدة
فكان البيع مجهولا وجهالة المبيع تمنع صحة البيع سمى له ثمنا او لم يسم
وان وجده اقل مما سمى فان لم يسم لكل واحدة منها ثمنا فالبيع فاسد لان
الثمن مجهول لانه يحتاج الى طرح ثمن شاة واحدة من جملة الثمن
المسماة وهو مجهول لتفاوت فاحش بين شاة وشاة فصار ثمن الباقي
مجهولا ضرورة جهالة حصة الشاة الناقصة وان سمى لكل واحدة منها

ثمن

ثمنا على حدة فالبيع جائز لحصة الباقي منها لان حصة الزائدة معلومة وحصة
الباقي معلوم فالفساد من اين ۞ من اصحابنا من قال هذا مذهبنا فاما
عند ابي حنيفة فالبيع فاسد في الكل بناء على ان المذهب عنده ان الصفقة
اذا اضيفت الى ما يحتمل العقد والى ما لا يحتمله فالفساد يشيع في الكل
واكثر اصحابنا على هذا بلا خلاف هكذا ذكر في الاصل ولم يذكر الخلاف
وهو الصحيح لان العقد المضاف الى موجود يجوز ان يفسد لمعنى يوجب
الفساد ثم يتعدى الفساد الى غيره واما المعدوم فلا يحتمل العقد
اصلا لانه ليس بشي فلا يوصف العقد المضاف اليه بالفساد ليتعدى
الى غيره بل لم يصح الاضافة اليه فبقي مضافا الى الموجود فيصح لكن للمشتري
الخيار ان شا اخذ الباقي بما سمى من الثمن وان شا ترك لتفرق الصفقة
عليه وعلى هذا جميع العدديات المتفاوتة ولو قال بعت منك هذا
القطيع من الغنم على انها مائة شاة كل شاتين منها بعشرين درهما فالبيع
فاسد وان وجده على ما سمى لان ثمن كل واحدة من الشاتين مجهول لانه لا
يعرف حصة كل شاة منها من الثمن الا بعد ضم شاة اخرى
اليها ولا يعلم اية شاة تضم اليها ليعلم حصتها لانه ان ضم اليها اردى منها
كانت حصتها اكثر وان ضم اليها اجود منها كانت حصتها اقل لذلك فسد
البيع والله اعلم ۞ وعلى هذا يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله فيمن باع
عشرة اذرع من هذه الدار او من هذه الحمام او من هذه الارض ان البيع
فاسد وقال ابو يوسف ومحمد ان البيع جائز ولو باع عشرة اذرع
من مائة سهم جاز بالاجماع والكلام فيه يرجع الى معرفة معنى الذراع
فقالا انه اسم في العرف للسهم الشايع ولو باع عشرة اسهم من مائة سهم
من هذه الاشيا جاز فكذا هذا وابو حنيفة رحمه الله يقول الذراع
في الحقيقة اسم لما يذرع به وانما سمي المذروع ذراعا مجازا اطلاقا
لاسم الفعل على المفعول فكان بيع عشرة اذرع من مائة ذراع معناه
بيع قدر عشرة اذرع مما يحله الذراع الحقيقي لانه لا يحل الا محلا
معينا فكان المبيع قدر عشرة اذرع معين من الذراع وهو الذي
يحله الذراع الحقيقي وذلك مجهول في نفسه قبل الحلول فكان المبيع
مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فيوجب فساد البيع بخلاف
السهم لانه اسم للشايع وهو جزء معلوم من الثلث والربع والعشر ونحو
ذلك فبيع عشرة اسهم من مائة سهم من الدار هو بيع عشرة اجزا
من مائة جزء منها وهو بيع عشرها فقد باع جزءا معلوما منها فيجوز
بخلاف الذراع فانه قدر عشرة اذرع لا يجوز معلوما الا بالحلول
على ما مر فقبله يكون مجهولا فكان المبيع مجهولا فلم يصح فوضح الفرق
بينهما لابي حنيفة وعلى هذا يخرج ضربة الغايص وهو ان يقول
الغايص للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا وهو فاسد
لان البيع وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ضربة
الغايص وعلى هذا يخرج اجناس هذه المسايل والله اعلم ۞ وبيع الطريق

ومنه مفردا جايز وبيع مسيل الما ومنه مفردا فاسد ووجه الفرق ان
الطريق معلوم الطول والعرض فكان المبيع معلوما فجاز بيعه بخلاف
المسيل فانه مجهول القدر لان القدر الذي يشتغل الما من النهر غير معلوم فكان
المبيع مجهولا فلم يجز والله اعلم ۞ واما العلم باوصاف المبيع والثمن فهل
هو شرط لصحة البيع بعد العلم بالذات والجهل بها هل هو مانع من الصحة
قال اصحابنا ليس بشرط الصحة والجهل بها ليس بمانع من الصحة لكنه شرط
اللزوم فيصح بيع ما لم يره المشتري لكنه لا يلزم وعند الشافعي كون المبيع
معلوم الذات والصفة من شرايط الصحة حتى لا يجوز بيع ما لم يره
المشتري عنده وجه قوله ان جهالة الذات انما منعت صحة العقد لافضا
الى المنازعة لان الاعيان تختلف رغايب الناس فيها لاختلاف ماليتها فالبايع
اذا سلم عينا فمن الجايز ان يطلب المشتري عينا اخرى اجود منها باسم
الاول فيتنازعان وجهالة الوصف مفضية الى التنازع ايضا لان الغايب عن
المجلس اذا احضره البايع فمن الجايز ان يقول المشتري هذا ليس غير المبيع بل
مثله من جنسه فيقعان في المنازعة بسبب عدم الروية ولان عدم الروية
توجب تمكن الغرر في البيع ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه
غرر وبيان تمكن الغرر ان الغرر هو الخطر وفي هذا البيع خطر من وجوه
احدها في اصل المعقود عليه والثاني في وصفه لان دليل الوجود اذا كان
غايبا هو الخبر وخبر الواحد يحتمل الصدق والكذب فيتردد المعقود عليه
باصله ووصفه بين الوجود والعدم والثالث في وجود التسليم وقت
وجوبه لان وقت الوجوب وقت نقد الثمن وقد يتفق النقد وقد لا
يتفق والغرر من وجه واحد يكفي لفساد العقد فكيف من وجوه ثلثة
وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبع ما ليس عندك
وعند كلمة حضرة والغيبة تنافيها والخلاف في البيع والشرا خلاف واحد
ولنا عمومات البيع من غير فصل ونص خاص وهو ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى شيا لم يره فهو بالخيار اذا
راه ولا خيار شرعا الا في بيع مشروع ولان ركن البيع صدر من اهله مضافا
الى محل هو خالص ملكه فيصح كشرا المرى وهذا لان وجود التصرف حقيقة
بوجود ركنه ووجوده شرعا بصدوره من اهله وحلوله في محله وقوله
جهالة الوصف تفضي الى المنازعة ممنوع لانه صدقه في خبره حيث
اشتراه فالظاهر انه لا يكذب به ودعوى الغرر ممنوعة فان الغرر هو
الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك وهاهنا
ترجح جانب الوجود على جانب العدم بالخبر الراجح صدقه على كذبه
فلم يكن فيه غرر على انا سلمنا ان الغرر اسم لمطلق الخطر لكن لم قلتم
ان كل غرر يفسد العقد واما الحديث فيحتمل ان يكون الغرر هو
الخطر ويحتمل ان يكون من المغرور فلا يكون حجة مع الاحتمال او نحمله
على الغرر في صلب العقد بالتعليق بشرط او بالاضافة الى وقت عملا
بالدلايل كلها واما الحديث فيحتمل ان يكون المراد منه بيع ما ليس

مملوك

مملوك عن نفسه لا بطريق النيابة عن مالكه او بيع شي مباح على ان يستولي
عليه فيملكه فيسلمه وهذا يوافق ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال بيع السمك في الماء غرر وعلى هذا الخلاف اذا باع شيا لم يره
البايع انه يجوز عندنا وعنده لا يجوز واذا جاز عندنا هل يثبت الخيار للبايع
نعرف في ابي حنيفة روايتان نذكر ذلك في موضعه ان شا الله تعالى وعلى هذا
الخلاف شرا الاعمى وبيعه جايز عندنا وقال الشافعي اذا ولد اعمى لا يجوز بيعه
وشراوه وان كان بصيرا فراى الشي ثم عمي فاشتراه جاز وما قاله يخالف
للحديث والاجماع اما الاول فانه روي عن عمر رضي الله عنه ان النبي صلى الله
عليه وسلم حين قال لحبان بن منقذ اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار
ثلثة ايام وكان حبان ضريرا واما الاجماع فان العميان في كل زمان
من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يمنعوا من بياعاتهم واشريتهم
بل بايعوا في ساير الاعصار من غير نكير واذا شراوه وبيعه فله الخيار فيما
اشترى ولا خيار له فيما باع في اصح الروايتين كالبصير ثم بماذا يسقط
خياره نذكره في موضعه ان شا الله تعالى وعلى هذا الخلاف اذا اشترى
شيا مغيبا في الارض كالجزر والبصل والفجل ونحوها انه يجوز عندنا
وعنده لا يجوز ويثبت له الخيار اذا قلعه وعنده لا يجوز اصلا واما
بيان ما يحصل به العلم بالمبيع والثمن فنقول العلم بالبيع لا يحصل الا بالاشا
اليه لان التعيين لا يحصل الا بالتسمية لاشارة اليه لان التعيين لا يحصل
الا به الا اذا كان دينا كالمسلم فيه فيحصل العلم به بالتسمية والعلم بالثمن
لا يحصل الا بالتسمية والاشارة اليه عندنا مجاز عن تسمية جنس المشار
اليه ونوعه وصفته وقدره على ما يعرف في موضعه غير ان المبيع ان كان
اصلا لا بد من الاشارة اليه بطريق الاصالة ليصير معلوما وان كان تبعا
يصير معلوما بالاشارة الى الاصل لان التبع كما لا يفرد بعلة على حدة لا يفرد
بشرط على حدة اذ لو افرد لانقلب اصلا وهذا قلب الحقيقة وبيان ذلك
في مسايل اذا باع جارية حاملا او بهيمة حاملا دخل الحمل في البيع تبعا
للام كساير اطرافها وان لم يسم ولا اشار اليه ولو باع عقارا دخل ما فيها
من البنا والشجر بنفس البيع ولا يدخل الزرع والثمر الا بقرينة وجملة
الكلام في بيع العقار ان المبيع لا يخلو من ان يكون ارضا او كرما او دارا
او منزلا او بيتا وكل ذلك لا يخلو اما ان لم يذكر في بيعه الحقوق ولا
المرافق ولا ذكر كل قليل وكثير منها واما ان ذكر شيا من ذلك فان كان
المبيع ارضا ولم يذكر شيا من القراين ما فيها من الابنية والاشجار ولم
يدخل الزرع والثمار عند عامة العلما وقال مالك ثمار ساير الاشجار
كذلك وكذلك ثمر النخل اذا ابر يدخل واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال من باع نخلا قد ابرت فثمرتها للبايع الا ان يشترطها المبتاع
قيد ملك البايع في الثمرة بوصف التابير ولو لم يكن يختلف الحكم لم يكن
للتقييد فايدة ولنا ما روي عن محمد في كتاب الشفعة عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبايع الا

ان يشترط المبتاع جعل الثمرة للبايع مطلقا عن وصف وشرط فدل ان الحكم لا يختلف
بالتابير وعدمه ولان النخل اسم لذات الشجرة فلا يدخل ما وراه الا بقرينة زايدة
ولهذا لم يدخل ثمار ساير الاشجار ولا حجة له فيما روي لان تقييد الحكم بوصف لا
يدل على ان الحكم في غير الموصوف بخلافه بل يكون الحكم فيه مسكوتا موقوفا على قيام
الدليل وقد قام وهو ما روينا لا يحمل المطلق على المقيد عندنا لما فيه من ضرب
النصوص بعضها في بعض وهذا لا يجوز على ما عرف في اصول الفقه وكذلك ان
كان كرما يدخل في بيعه ما فيه من الزراعة والعرايش والحوايط من غير ذكر قرينه
ولا يدخل الفواكه والبقول والاصل ان كل ما ركب في الارض يدخل وما لم يركب فيها او
ركب لا للبقا بل لوقت معلوم لا يدخل وكذا يدخل الطريق الى الطريق الاعظم والطريق
الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة وان ذكر شيا من القراين فان ذكر الحقوق او المرافق
دخل فيها الشرب ومسيل الما والطريق الخاص الذي يكون في ملك انسان وهو حق
المرور في ملكه ولا يدخل الزرع والثمر لانها اعيان قايمة بانفسها فلا يتناولها اسم الحقوق
والمرافق بخلاف الشرب والمسيل والتطرق فانها عبارة عن حق الشرب والسقي
والتسييل والمرور فيتناولها الاسم وان ذكر القليل والكثير بان قال بعتها منك
بكل قليل وكثير هو فيها ومنها فهل يدخل الزرع والثمر ينظر ان قال في اخره من حقوقها
فلا يدخلان لان قوله من حقوقها خرج تفسيرا لاول الكلام فكانه نص على البيع بحقوقها
وان لم يقل في اخره من حقوقها دخل فيها الزرع والثمر وكل ما كان متصلا به لان
اسم القليل والكثير فيه ومنه يتناول ذلك واما المنفصل عنها كالثمار المجدودة
والزرع المحصود والحطب واللبن والقصب الموضوع فلا يدخل في البيع الا بالتسمية
فرق بين البيع والاجارة ان الشرب والمسيل والطريق الخاص في ملك انسان يدخل
في الاجارة من غير ذكر الحقوق والمرافق وفي البيع لا يدخل بدونه والقياس ان لا يدخل
في البابين جميعا الا بالتسمية الا انهم استحسنوا في الاجارة لانها تعقد للانتفاع
بالمستاجر ولا يمكن الانتفاع به بدون الحقوق فصارت الحقوق مذكورة بذكر المستاجر
دلالة بخلاف البيع فانه يعقد للملك والانتفاع ليس من ضرورات الملك فلا يثبت
الملك فيما لا ينتفع به وكذا فرق بين البيع وبين الرهن فان من رهن عند رجل
ارضا فيها زرع واشجار عليها ثمار وسلمها اليه انه يدخل في الرهن كل ما كان متصلا
بها من غير تسمية الحقوق والقليل والكثير ووجه الفرق ان تمييز الرهن من غيره
شرط صحة الرهن على ما نذكر في كتابه ان شا الله تعالى فمتى اقدما على عقد الرهن فقد
قصدا صحته ولا صحة له الا بدخول ما كان متصلا بالمرهون فدخل فيه تصحيحا
للتصرف اذ لا صحة له بدونه بخلاف البيع فان تمييز المبيع من غيره ليس بشرط لصحة
البيع فلا ضرورة في الدخول بدون التسمية فلا يدخل بدونها هذا اذا كان المبيع
ارضا او كرما فان كان ولدا يدخل في بيعها جميع ما كان منها من بيت ومنزل وعلو
وسفل وجميع ما يجمعه الحدود الاربعة من غير ذكر قرينة ويدخل اغاليق الدار
ومفاتيح اغاليقها اما الاغاليق فلانها ركبت للبقا لا لوقت معلوم فيدخل كالميزاب
واما المفاتيح فلان مفتاح الغلق من الغلق الا ترى لو اشترى الغلق دخل المفتاح
فيه من غير تسمية فيدخل في البيع بدخول الغلق ويدخل طريقها الى طريق العامة
وطريقها الى سكة غير نافذة كما يدخل في الارض والكرم ويدخل الكنيف الشارع

في الجناح

في الجناح كل ذلك يدخل من غير قرينه وهل تدخل الظلة ينظر ان لم يكن مفتحها الى
الدار لا تدخل وان كان مفتحها الى الدار لا تدخل ايضا عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد تدخل وجه قولهما ان الظلة اذا كانت مفتحها الى الدار كانت من اجزا
الدار فتدخل تحت بيع الدار كالجناح والكنيف ولابي حنيفة ان ظلة الدار خارجة
عن حدودها فانها اسم لما يصل عند باب الدار خارجا منها فلا يدخل تحت بيع
كالطريق الخارج ولهذا لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخل ظلتها لا يحنث واما ما كان
لها من بستان فينظر ان كان داخل الدار يدخل وان كان يلي الدار لا يدخل من غير تسمية
وقال بعضهم ان كانت الدار صغيرة يدخل وان كانت كبيرة لا يدخل لانها اذا كانت
صغيرة يمكن ان تجعل تبعا للدار وان كانت كبيرة لا يمكن وقال بعضهم يحكم الثمن
فان صلح لهما يدخل والا فلا يدخل واما مسيل الما والطريق الخاص في ملك انسان
وحق القا الثلج فان ذكر الحقوق والمرافق تدخل وكذا ان ذكر كل قليل وكثير هو فيها ومنها
سوا ذكر في اخره من حقوقها او لم يدخل ويدخل الظلة ايضا بلا خلاف اذا كان فتحها
الى الدار وان كان المبيع بيتا فيدخل في بيعه حوايطه وسقفه وبابه والطريق
الى الطريق العامة والطريق الى سكة غير نافذة من غير ذكر قرينة واما الطريق في
ملك انسان فلا يدخل الا بذكر احد القراين الثلاث ولا يدخل بيت العلو ان كان
على علوه بيت وان ذكر القراين لان العلو بيت مثله فكان اصلا بنفسه فلا يدخل يكون
تبعا له وان لم يكن على علوه بيت كان له ان يبني علوه ولو كان البيت في داره فباعه
من رجل لا يدخل في البيع طريقه في الدار الا بذكر الحقوق ثم ان كان البيت
يلي الطريق الاعظم يفتح له بابا اليه وان كان لا يلي الطريق الاعظم لا يبطل البيع وله
ان يستاجر الطريق اليه او يستعير من صاحب الدار فرق بين هذا وبين القسمة
اذا اصاب احد الشريكين في الدار بيت او منزل او ناحية منها بغير طريق انه
ينظر ان امكنه فتح الباب الى الطريق ليس له ان يتطرق في نصيب شريكه سوا
ذكر في القسمة الحقوق والمرافق او لا وكذا اذا كان مسيل مايه في نصيب شريكه
قبل القسمة انقطع ذلك الحق ان امكنه تسييل في نصيب نفسه ليس له ان يسيل
في نصيب شريكه وان لم يمكنه تسييل الما ولا فتح الباب في نصيبه ويمكنه ذلك
ذلك في نصيب شريكه فانه ينظر ان ذكروا في القسمة الحقوق او المرافق فالطريق
والمسيل يدخلان في القسمة ولا تبطل القسمة وان لم يذكروا ذلك فلا يدخلان وتبطل
القسمة ووجه الفرق ان القسمة لتتميم المنفعة وتكميلها فاذا ادت الى تفويتها
بطلت والمبيع للملك لا للانتفاع بالمملوك على ما ذكرنا ويجوز بيع بيت العلو دون
السفل اذا كان على العلو بنا وان لم يكن عليه بنا لا يجوز لانه بيع الهوا على الانفراد
وانه لا يجوز ثم اذا باع العلو وعليه بنا حتى جاز البيع فطريقه في الدار لا يدخل
الا بذكر الحقوق ويجوز بيع السفل سوا كان مبنيا او غير مبني لانه بيع الساحة
وذلك جايز وان لم يكن عليه بنا وان كان المبيع منزلا يدخل في بيعه بيت السفل
ولا يدخل بيت العلو ولا الطريق الخاص الا بذكر الحقوق او المرافق او بذكر القليل
والكثير لان المنزل اعم من البيت واخص من الدار فكان بين الدار والبيت
فيعطى له حكم بين حكمين فلم يدخل العلو في بيع المنزل من غير قرينة اعتبارا
للخصوص ويدخل فيه بقرينة اعتبارا للعموم عملا بالجهتين بقدر الامكان

بلا اتفاق صح

والله اعلم بالصواب ۞ ثم اذا لم تدخل الثمرة بنفس البيع يجبر البايع على قطعها
من الشجرة وليس له ان يتركها على الشجرة الى وقت الادراك وكذلك الزرع
عندنا وعند الشافعي لا يجبر وله ان يترك الثمرة الى وقت الادراك
ويترك الزرع الى ان يستحصد وجه قوله ان الجبر على القطع والقلع
لوجوب التسليم ووقت وجوب التسليم هو وقت الادراك لانه
لا يقطع ولا يقلع الا بعد الادراك عادة فلا يجب عليه التسليم قبله
كما اذا انقضت مدة الاجارة والزرع لم يستحصد انه لا يجبر على القلع بل يترك
الى ان يستحصد ولنا ان البيع يوجب تسليم المبيع عقيبه بلا فصل لانه
عقد معاوضة تمليك بتمليك وتسليم بتسليم فالقول بتاخير التسليم
تغيير مقتضى العقد قوله العادة ان الثمرة تترك على الشجرة الى وقت
الادراك قلنا العادة هذا قبل البيع واما بعده فممنوع بل يقطع بعده
ولا يترك لان ملك المشتري مشغول بملك البايع فلا بد من ازالة الشغل
وذلك بقطع الثمرة وهكذا نقول في مسئلة الاجارة انه يجب تسليم الارض
عند انتهاء المدة انما يترك باجارة جديدة باجرة اخرى وهذا حجة عليه
لانه لو ترك بالعقد الاول لما وجبت اجرة اخرى وسوا ابر او يوبر
بان كان المبيع نخلا بعد ان ظهرت الثمرة من الشجرة وبانت منها
ليس له ان يتركها على شجر المشتري الا برضاه لما قلنا ولو تركها على الشجرة
الى ان ادركت فان كان الترك باذن المشتري طاب له الفضل وان
كان بغير اذنه ينظر ان كان قد تناهى عظمها يطيب له الفضل لانها لا
تزداد بعد ذلك بل تنتقص وان كان صغارا لم يتناه عظمها لا يطيب له
الفضل لانه تولد من اصل مملوك لغيره ولو استاجر البايع
الشجرة ليترك الثمرة الى وقت الجذاذ لم تجز هذه الاجارة لان جواز
الاجارة على هذه الصورة لا يصح مع ان القياس ياباها لكونها بيع المعدوم
لتعامل الناس والناس ما تعاملوا هذا النوع من الاجارة كما لم يتعاملوا
استيجار الاشجار لتجفيف الثياب وتصفيف اللحوم لكن لو فعل يطيب
له الفضل لانه ترك باذن المشتري وهذا بخلاف الاجارة اذا انقضت
مدتها والزرع بقل لم يستحصد بعد ان يترك فيه الى وقت الحصاد
بالاجرة لان الترك بالاجرة هناك مما جرى به التعامل فكان جايزا هذا
لم يسم الثمر في بيع الشجر فاما اذا سماه دخل الثمر مع الشجر في البيع
وصار للثمرة حصة من الثمن وينقسم الثمن عليهما يوم العقد لانه لما
سماه فقد صار مقصودا بالورود فعل البيع عليه حتى لو هلك
الثمر قبل القبض بافة سماوية او بفعل البايع يسقط حصته من الثمن
عن المشتري كما لو هلك الشجر قبل القبض والمشتري بالخيار ان شا
اخذ الشجر بحصته من الثمن وان شا ترك لان الصفقة تفرقت
عليه ولو جذه البايع والمجذوذ قايم بعينه ينظر ان جذه في حينه
ولم ينقصه الجذاذ فلا خيار للمشتري ويقبضهما بجميع الثمن ولو
قبضهما بعد جذاذ البايع ثم وجد باحدهما عيبا له ان يرد المعيب

خاصة لان قبضهما وهما متفرقان وقت القبض فصار كانهما كانا متفرقين وقت
العقد بخلاف ما اذا جذه المشتري بعد القبض ثم وجد باحدهما عيبا انه
ليس له ان يرد المعيب خاصة بل يردهما جميعا او يمسكهما لانهما كانا مجتمعين
عند البيع وعند القبض جميعا فافراد احدهما عن الاخر يكون تفريق الصفقة
بعد وقوعها مجتمعة وهذا لا يجوز هذا اذا لم ينقصه الجذاذ بان جذه
البايع في حينه واوانه فاما اذا نقصه بان جذه في غير حينه يسقط عن
المشتري حصة النقصان لانه لما نقصه الجذاذ فقد اتلف بعض المبيع
قبل القبض فيسقط عن المشتري حصته من الثمن وله الخيار في الباقي
لتفرق الصفقة عليه واذا قبضهما المشتري بعد جذاذ البايع ثم
وجد باحدهما عيبا له ان يرد المعيب خاصة لانه قبضهما وهما متفرقان
فصار كانهما كانا متفرقين عند العقد وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى
شجرة انه هل يدخل في شرايها اصلها وعروقها وارضها فجملة الكلام فيه
ان هذا لا يخلوا من ثلثة اوجه اما ان اشتراها بغير ارضها واما ان اشتراها
بقرارها من الارض للترك لا للقطع للقلع واما ان اشتراها ولم يذكر
شيا فان اشتراها بغير ارضها للقلع دخل فيها اصلها ويجبر المشتري
على القلع وله ان يقلعها باصلها لكن قلعا معتادا متعارفا وليس له ان
يحفر الارض الى ما يتناهى اليه العروق لان المعروف بالعرف كالمشروط بالشرط
الا اذا اشترط البايع القطع على وجه الارض فلا يدخل فيه اصلها او لم يشترط
لكن في القطع من اصلها ضرر بالبايع بان كان بقرب حايطه او على حافة نهر
فيخاف الخلل على حايطه او الشق في النهر فقطعها على وجه الارض دون اصلها
لان الضرر لا يستحق بالعقد فان قلع او قطع ثم نبت من اصلها او عروقها
شجرة اخرى فهي للبايع للمشتري لانه رضي ان يكون المبيع القدر المقطوع
فيكون الباقي للبايع الا اذا قطع من اعلى الشجرة فالنابت يكون للمشتري
لانه نما ملكه وان اشتراها بقرارها من الارض للترك لا للقلع دخل فيها
ارضها ولا يجبر على القلع لانه ملك الشجرة مع موضعها فلم يكن ملك البايع
مشغولا به فلا يملك اجباره على القلع وله ان يغرس مكانها اخرى لانه
يغرس في ملك نفسه واما اذا اشتراها من غير شرط القلع ولا الترك
لم يذكر هذا في ظاهر الرواية وذكر في غير رواية الاصول اختلافا بين
ابي يوسف ومحمد رحمهما الله فقال على قول ابي يوسف لا تدخل الارض
في البيع وعلى قول محمد تدخل وجه قول محمد ان المسمى في البيع هو الشجرة
وهي اسم للقايم على ارضها بعروقها فاما بعد القلع فهي خشب لا شجر
فلا بد وان تدخل الارض فيه ولهذا دخلت في الاقرار بالاجماع بان اقر
لرجل بشجرة في ارضه حتى كانت الشجرة مع ارضها للمقر له كذا هذا
ولابي يوسف رحمه الله ان الارض اصل والشجرة تابعة لها الا ترى
انه تدخل في بيع الارض من غير شرط تبعا للارض فلو دخلت في بيع
الشجرة لاستتبع التبع الاصل وهذا قلب الحقيقة وانما دخلت في الاقرار
بالشجرة لان الاقرار اخبار عن كاين فلا بد من كون سابق على الاقرار وهو

الارض

قيامها في الارض التي قرارها وذلك دليل كون المقر له بسبب سابق فكان الاقرار بكون الشجرة له اقرارا بكون الارض له ايضا ومثل هذا الدلالة لم يوجد في البيع فلا يدخل والله اعلم ۞ ولو اشترى صدفة فوجد فيها لولوة فهي للمشتري لانها تتولد من الصدف بمنزلة البيضة تتولد من الدجاجة فكان بمنزلة اجزائها فيدخل في بيعها كما تدخل البيضة في بيع الدجاجة وكذلك اذا اشترى سمكة فوجد فيها لولوة لان السمكة تاكل الصدفة فصار كما لو اشترى سمكة فوجد فيها سمكة اخرى ان الثانية تكون له ولو اشترى دجاجة فوجد فيها لولوة فهي للبايع لان اللولو لا يتولد من الدجاج ولا هو من علفها فلا يدخل في بيعها وروي عن ابي يوسف ان كل شي يوجد في حوصلة الطير ان كان مما ياكله الطير فهو للمشتري لانه يكون بمنزلة العلف وان كان مما لا ياكله الطير فهو للبايع وعلى هذا يخرج ما اذا باع رقيقا وله مال ان ماله لا يدخل في البيع ويكون للبايع الا ان يشترطه المبتاع لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من باع عبدا وله مال فماله لبايعه الا ان يشترط المبتاع وهذا نص في الباب ولان العبد وما في يده لمولاه لانه مملوك لا يقدر على شي والمولى ما باع ما في يد العبد لان الداخل تحت البيع هو العبد ولا يدخل في بيعه ما ليس منه والقياس ان لا يدخل ثياب بدنه كما لا يدخل اللجام والسرج والعذار في بيع الدابة لما قلنا لكنهم استحسنوا في ثياب البذلة والمهنة وهي التي يلبسها في اليوم والليلة لتعامل الناس وتعارفهم واما الثياب النفيسة التي لا يلبسها الا عند العرض للبيع فلا تدخل في البيع لانعدام التعارف في ذلك فبقي على اصل القياس وهذا مما يختلف باختلاف عرف الناس وعاداتهم في كل بلد فيبنى الامر فيه على ذلك وكذا لو اعتق عبده على ماله فماله لمولاه لما قلنا وكذا لو اعتق مدبرة او ام ولد لانه مملوك مرقوق فلا يكون له مال ولو كاتب عبده فما كان له من المال وقت الكتابة يكون لمولاه لانه كسب القن وما اكتسب بعد الكتابة يكون له لانه كسب المكاتب وانه حر يدا فكان كسبه له والله اعلم

ومنها ان يكون مقدور التسليم من غير ضرر يلحق البايع فان لم يمكن تسليمه الا بضرر يلزمه فالبيع فاسد لان الضرر لا يستحق بالعقد ولا يلتزمه بالتزام العاقد الا ضرر تسليم المعقود عليه فاما ما وراءه فلا وعلى هذا يخرج ما اذا باع جذعا له في سقف او اجرا في حايط او ذراعا من ديباج او كرباس انه لا يجوز لانه لا يمكن تسليمه الا بالنزع والقطع وفيه ضرر بالبايع والضرر غير مستحق بالعقد فكان هذا على هذا التقدير بيع ما لا يجب تسليمه شرعا فيكون فاسدا فان نزعه البايع او قطعه وسلمه للمشتري الى المشتري قبل ان يفسخ المشتري البيع جاز البيع حتى يجبر المشتري على الاخذ لان المانع من الجواز ضرر البايع بالتسليم فاذا سلم باختياره ورضاه فقد زال المانع فجاز البيع ولزم فرق بين هذا وبين بيع الالية في الشاة

الحبة

الحبة والنوى في التمر والزيت في الزيتون والدقيق في الحنطة والبزر في البطيخ ونحوها انه لا ينعقد لو سلم لم يجز وقد ذكرنا وجه الفرق فيما تقدم والاصل ان ما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال ثابت باصل الخلقة فبيعه باطل وما لا يمكن تسليمه الا بضرر يرجع الى قطع اتصال عارض فبيعه فاسد الا ان يقطع باختياره ويسلم فيجوز والقياس على هذا الاصل ان يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم لانه يمكن تسليمه من غير ضرر يلزمه بالجز الا انهم استحسنوا عدم الجواز للنص وهو ما روينا عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الجز من اصله لا يخلوا بالاضرار عن الحيوان وموضع الجز فيما فوق ذلك غير معلوم فتجري فيه المنازعة فلا يجوز ولو باع حلية سيف فان كان يتخلص من غير ضرر يجوز وان كان لا يتخلص الا بضرر فالبيع فاسد الا اذا فصل وسلم وعلى هذا الاصل بنا بين رجلين والارض لغيرهما فباع احدهما نصيبه من البنا لغير شريكه لم يجز لانه لا يمكنه تسليمه الا بضرر وهو نقض البنا وكذا زرع بين رجلين او ثمار بينهما في ارض لها حق الترك الى وقت الادراك فباع احدهما نصيبه قبل الادراك لم يجز لانه لا يمكنه تسليمها الا بضرر صاحبه لانه يجبر على القلع للحال وفيه ضرر به ولو باع بعد الادراك جاز لانعدام الضرر وكذلك اذا كان الزرع كله لرجل ولم يدرك فباع الزرع لم يجز لانه لا يمكن تسليمه الا بقطع الكل وفيه ضرر ولو كان بعد الادراك جاز لانعدام الضرر دار وارض بين رجلين مشاع غير مقسوم فباع احدهما بيتا منها بعينه قبل القسمة او باع قطعة من الارض بعينها قبل القسمة لم يجز لا في نصيبه ولا في نصيب صاحبه اما في نصيبه خاصة من الدار والارض جاز لانه لانه لم يحدث زيادة شركة وانما قام المشتري مقام البايع ولو باع اللولوة في الصدف ذكر الكرخي انه لا يجوز لانه لا يمكن تسليمه الا بشق الصدف وانه ضرر فيما وراء المعقود فصار كبيع الجذع في السقف وروي عن ابي يوسف انه لا يجوز لانه لا يتضرر بشق الصدف لان الصدف لا ينتفع به الا بالشق ولو باع قفيزا من هذه الصبرة او عشرة دراهم من هذه النقرة جاز لانه لا يتضرر بالفصل والتمييز وكذلك اذا باع القوايم على روس الاشجار او باع الثمار على روس الاشجار بشرط القطع او مطلقا جاز لما قلنا وكذا لو باع بنا الدار دون العرصة او الاشجار القايمة على الارض او الزرع او البقول القايمة قبل الجذاذ انه يجوز لانه يمكنه تسليم هذه الاشيا من غير ضرر والله اعلم

الشروط الفاسدة انواع

ومنها الخلو عن الشروط الفاسدة وهي انواع منها شرط في وجوده غرر نحو ما اذا اشترى ناقة على انها حامل لان المشروط لا يحتمل الوجود والعدم ولا يمكن الوقوف عليه للحال لان عظم البطن والتحرك لعارض داء او غيره فكان في وجوده غرر فيوجب فساد البيع لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع وغرر والمنهي عنه فاسد وروي الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان البيع بهذا الشرط جايز لان

كونها حاملا بمنزلة شرط كون العبد كاتبا او خياطا ونحو ذلك وذا جايز فكذا
هذا ولو اشتري جارية علي انها حامل لا رواية فيه عن اصحابنا واختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يجوز البيع قياسا علي البهايم واليه اشار محمد رحمه الله في
البيوع فانه قال لو باع وتبرا من حملها جاز البيع وليس هذا كالشرط
وظاهر قوله وليس هذا كالشرط يشير الي ان شرط الحبل فيه مفسد وقال
بعضهم يجوز لان الحبل في الجواري عيب بدليل انه لو اشتري جارية فوجدها
حاملا له ان يرد فكان ذكر الحبل في الجواري ابراء عن هذا العيب بخلاف
البهايم لان الحبل فيها زيادة الا تري لو اشتري بهيمة فوجدها حاملا
ليس له حق الرد فكان ذكر الحبل فيها شرطا في وجوده غرر فيفسد البيع
وبعضهم فصل فيه تفصيلا فقال ان اشتراها ليتخذها ظيرا فالبيع فاسد
لانه شرط زيادة في وجودها خطر وهي مجهولة ايضا فاشبه اشتراط
الحبل في بيع الناقة وان لم يرد بالشرا ذلك جاز البيع لانه ذكره بكون
ابراء عن هذا العيب علي ما بينا ولو اشتري ناقة وهي حامل علي انها تضع حملها
الي شهر او شهرين فالبيع فاسد لان في وجود هذا الشرط غرر وكذا لو اشتري
بقرة علي انها تحلب كذا كذا رطلا لما قلنا ولو اشتري بقرة علي انها حلوبة
لم يذكر هذا في ظاهر الروايات وروي الحسن في المجرد عن ابي حنيفة انه
يجوز وهو قياس روايته في شرط الحبل ووجهه ان شرط كونها حلوبة شرط
زيادة صفة فاشبه شرط الطبخ والخبز في الجواري وروي بن سماعة
في نوادره عن محمد رحمه الله انه لا يجوز وهو اختيار الكرخي ووجهه
ان هذا شرط زيادة فيجري في وجودها غرر وهو مجهول وهو اللبن
فلا يصلح شرطا في البيع وكونها حلوبة ان كان صفة لها لكنها لا توصف به الا
بوجود اللبن وفي وجوده غرر وجهالة علي ما ذكرنا فيوجب فساد البيع
ولو اشتري بقرة علي انها لبون ذكر في الاصل الطحاوي ان هذا الشرط
لا يفسد البيع والجواب فيه كالجواب في الحلوبة والله اعلم ولو اشتري
قمرية علي انها تصوت او طيرا علي انه يجي من مكان بعيد او كبشا علي انه نطاح
او ديكا علي انه مقاتل فالبيع فاسد عن ابي حنيفة وهو احدي الروايتين عن
محمد لانه شرط فيه غرر والوقوف عليه غير ممكن لانه لا يحتمل الجبر عليه
فصار كشرط الحبل ولان هذه صفات يتلهي بها عادة والتلهي محظور فكان
هذا شرطا محظورا فيوجب فساد البيع وروي عن محمد انه اذا باع قمرية
علي انها تصوت فاذا صوتت جاز البيع لانها لما صوتت علم انها مصوتة
فلم يتحقق غرر العدم وعلي هذه الرواية قال في المحرم اذا قتل قمرية
مصوتة انه يضمن قيمتها مصوتة ولو اشتري جارية علي انها مغنية
علي سبيل الرغبة فيها فالبيع فاسد لان التغنية صفة محظورة لكونها لهوا
فشرطها في البيع يوجب فساده ولو اشتري جارية علي انها مغنية علي وجه
اظهار العيب جاز البيع لان هذا بيع بشرط البراة عن هذا العيب فصار
كما لو باعها بشرط البراة عن عيب اخر فان وجدها لا تغني لا خيار له
لان الغنا في الجواري عيب فصار كما لو اشتري علي انه معيب فوجده

سليما ولو اشتري كلبا او فهدا علي انه معلم قال ابو يوسف يجوز البيع وهو احدي
الروايتين عن محمد لان هذا شرط يمكن الوقوف عليه بان ياخذ الصيد فيمسكه
علي صاحبه وذا ليس بمحظور لان تعليم الكلب والاصطياد به مباح فاشبه
شرط الكتابة في العبد والطبخ في الجارية وروي عن محمد ان البيع فاسد لانه
شرط فيه غرر لا يمكن الوقوف عليه الا بالاصطياد والجبر عليه غير ممكن
ولو اشتري برذونا علي انه هملاج فالبيع جايز لانه شرط يمكن الوقوف عليه
بالتيسير فلم يكن في وجوده غرر ولا خطر ايضا وان شيت افردت لجنس هذه
المسايل شرطا علي حدة وخرجتها فقلت ومنها ان لا يكون المشروط محظورا
فافهم ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبايع او للمشتري
او للمبيع ان كان من بني ادم كالرقيق وليس بملايم للعقد ولا مما جري به
التعامل بين الناس نحو ما اذا باع دارا علي ان يسكنها البايع شهرا ثم يسلمها
اليه او ارضا علي ان يزرعها سنة او دابة علي ان يركبها شهرا او ثوبا علي
ان يلبسه اسبوعا او علي ان يقرضه المشتري قرضا او علي ان يهب له هبة
او يزوج ابنته منه او يبيع منه كذا ونحو ذلك او اشتري ثوبا علي ان يخيطه
البايع قميصا او حنطة علي ان يطحنها او ثمرة علي ان يجذها او رطبة قايمة علي
الارض علي ان يجذها او شيا له حمل ومونة علي ان يحمله البايع الي منزله
ونحو ذلك فالبيع في هذا كله فاسد لان زيادة منفعة مشروطة في البيع
يكون ربوا لانها زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربوا
علي ما نقرره ان شا الله تعالي وكذا لو باع جارية علي ان يدبرها المشتري
او علي ان يستولدها فالبيع فاسد لانه شرط فيه منفعة للمبيع وانه مفسد
وكذا اذا باعها بشرط ان يعتقها المشتري فالبيع فاسد في ظاهر الرواية عن
اصحابنا وروي عن ابي حنيفة انه جايز وبه اخذ الشافعي وجه هذه
الرواية ان شرط الاعتاق مما يلايم العقد لان الاعتاق انها الملك وانها
الملك تقرر له فكان ملايما والدليل علي ان الاعتاق انها الملك ان البيع
يثبت مقتضي الامر بالاعتاق في قول الرجل اعتق عبدك عني علي الف
درهم فاعتق حتي يقع البيع عن الامر ولا عتق الا بالملك ولا ملك الا بالتمليك
فلو كان الاعتاق ازالة الملك لما تصور وجود الاعتاق مقتضاه لانه
ضده والشي لا يقتضي ضده واذا كان انها الملك كان تقريرا له فكان ملايما
للعقد فلا يوجب فساده ولظاهر الرواية وجهان احدهما يعم الكل
والثاني يخص ابا حنيفة اما الاول فهو ان الاعتاق شرط لا يلايم
العقد لان العقد يقتضي الملك والملك يقتضي اطلاق التصرف
في المملوك تحصيلا وتركا وشرط الاعتاق يقتضي الاستحقاق واللزوم
لا محالة فلا يلايمه بل يضاده واما الثاني فلان هذا الشرط يلايم
العقد من وجه ولا يلايمه من وجه وهذا يوجب الفساد علي ما نذكر
تقريره ثم اذا باع بهذا الشرط فاعتقه المشتري انقلب العقد
جايزا بالاعتاق عند ابي حنيفة رحمه الله استحسانا حتي يجب علي
المشتري الثمن سوا اعتقه بعد القبض او قبله هكذا روي ابن شجاع

عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ينقلب جايزا حتى يلزمه قيمة الجارية
وهو القياس وهكذا روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ووجهه ظاهر لان البيع
وقع فاسدا من حين وجوده وبالاعتاق لا ينعدم الفساد بل يتقرر لانه
انها الملك وانه تقرير فيوجب تقرير الفساد للفاسد والفاسد
يفيد الملك بالقيمة لا بالثمن ولهذا لو هلك العبد في يده قبل الاعتاق يلزمه
القيمة وكذا لو باعه من رجل او وهبه تعليه قيمته كذا هاهنا ولابي حنيفة
رحمه الله ما ذكرنا ان شرط الاعتاق يلايم العقد من وجه ولا يلايمه
من وجه لانه انها من وجه وازالة من وجه فمن حيث انه انها ان كان
لا يلايمه لانه تقرير لكن من حيث انه ازالة لا يلايمه لانه تغيير موجب
العقد فيجب العمل بالشبهين فعملنا بشبه الازالة فقلنا بفساد العقد
في الابتدا وعملنا بشبه الانها فقلنا بجوازه في الانتها عملا بالشبهين
بقدر الامكان فان قيل لم لا نعمل بهما على القلب مما قلتم قيل لانه لا يمكن لانا
لا نجد جايزا انقلب فاسدا في اصول الشريعة ووجدنا فاسدا انقلب
جايزا كما في بيع الرقم ونحوه بخلاف ما اذا باع او وهب لان ذلك ليس
انها الملك وبخلاف ما اذا باع بشرط التدبير والاستيلاد فدبرها
المشتري او استولدها ان البيع لا ينقلب الى الجواز لان التدبير والاستيلاد
لا يوجبان انها الملك بيقين لاحتمال قضا القاضي بجواز بيع المدبر
وبجواز بيع ام الولد في الجملة فكان ذلك شرطا لا يلايم العقد اصلا فاوجب
لزوم الفساد والله اعلم وكذا لو باع عبدا او جارية بشرط ان لا يبيعه
وان لا يهبه ولا يخرجه عن ملكه فالبيع فاسد لان هذا شرط ينتفع به
العبد والجارية بالصيانة عن تداول الايدي فيكون مفسدا للبيع واما
فيما سوى الرقيق اذا باع ثوبا على ان لا يبيعه المشتري او لا يهبه او دابة
على ان لا يبيعها ولا يهبها او طعاما على ان ياكله ولا يبيعه ذكر في المزارعة
ما يدل على جواز البيع لانه قال لو شرط احد المزارعين في المزارعة
على ان لا يبيع الاخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جايزة والشرط باطل وهكذا
روى الحسن في المجرد عن ابي حنيفة وفي الاملا عن ابي يوسف ان البيع
بهذا الشرط فاسد ووجهه انه شرط لا يلايم العقد ولا يقتضيه
ولا جرى فيه التعارف بين الناس فيكون مفسدا كما في ساير الشرايط
المفسدة والصحيح ما ذكر في المزارعة ان هذا شرط لا منفعة فيه لاحد
فلا يوجب الفساد وهذا لان فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها
الربوا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لا يقابلها عوض
ولم يوجد في هذا الشرط لانه لا منفعة فيه لاحد الا انه شرط فاسد
في نفسه لكنه لا يوثر في العقد فالعقد جايز والشرط باطل ولو باع
ثوبا على ان يحرقه المشتري او دارا على ان يخربها فالبيع جايز والشرط
جايز لان هذا شرط المضرة لا يوثر في البيع على ما ذكرنا ولو باع جارية
على ان لا يطاها المشتري ذكر في الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد اختلافا
ولم يذكر قول ابي حنيفة فقال فالبيع فاسد والشرط باطل عند ابي

يوسف

يوسف وعند محمد البيع جايز والشرط باطل ولو باعها بشرط ان لا يطاها فالشرط
جايز والبيع في قولهم جميعا وروي عن ابي حنيفة ان البيع فاسد في الموضعين
جميعا وجه قول محمد ان هذا شرط لا منفعة فيه لاحد فلا يوثر في فساد البيع
كما اذا باع ما سوى الرقيق على ان لا يبيع او لا يهب الا انه نوع مضرة للمشتري فكان
باطلا والبيع صحيحا وجه قول ابي يوسف ان هذا شرط يخالف مقتضى العقد
لان حل الوطي امر يقتضيه العقد وهذا الشرط ينفيه بخلاف ما اذا باع
بشرط ان يطاها لان ذلك شرط يقرر مقتضى العقد لان اباحة الوطي
مما يقتضيه العقد ولابي حنيفة على ما روي عنه ان شرط العقد مما لا
يقتضيه العقد ايضا والله اعلم واما الشرط الذي يقتضيه العقد
فلا يوجب فساده كما اذا اشترى بشرط ان يتملك المبيع او باع بشرط ان
يتملك الثمن او باع بشرط ان يحبس المبيع او اشترى بشرط ان يسلم المبيع
او اشترى على ان يخدمه او دابة على ان يركبها او ثوبا على ان يلبسه او
حنطة في سنبلها وشرط الحصاد على البايع ونحو ذلك فالبيع جايز لان البيع
يقتضي هذه المذكورات من غير شرط فكان ذكرها في معرض الشرط
تقرير المقتضى للعقد فلا يوجب فساد العقد ولو اشترى شيا بشرط
ان يوفيه في منزله فهذا لا يخلوا اما ان يكون المشتري والبايع بمنزلهما
في المصر واما ان يكون احدهما في المصر والاخر خارج المصر فان كان
كلاهما في المصر فالبيع بهذا الشرط جايز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا
الا اذا كان في تصحيح هذا الشرط تحقيق الربوا كما اذا تبايعا حنطة بحنطة
وشرط احدهما على صاحبه الايفا في منزله وعند محمد البيع بهذا الشرط
فاسد وهو القياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للمشتري
فاشبه ما اذا اشترى بشرط الحمل الى منزله او شرط الايفا في منزله
واحدهما في المصر والاخر خارج المصر ولهما ان الناس تعاملوا البيع بهذا
الشرط اذا كان المشتري في المصر فتركنا القياس لتعامل الناس ولا تعامل
فيما اذا لم يكونا في المصر ولا في شرط الحمل الى المنزل فعملنا بالقياس فيه
وكذلك الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملايم للعقد لا يوجب
فساد العقد ايضا لانه مقرر لحكم العقد من حيث المعنى موكد اياه
على ما نذكر فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد وذلك نحو
ما اذا باع على ان يعطيه المشتري بالثمن رهنا او كفيلا والرهن معلوم
والكفيل حاضر فقبل وجملة الكلام في البيع بشرط اعطا الرهن ان
الرهن لا يخلوا اما ان يكون معلوما واما ان يكون مجهولا فان كان معلوما
فالبيع جايز استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الشرط الذي يخالف مقتضى
العقد مفسد في الاصل وشرط الرهن والكفالة مما يخالف فكان مفسدا
الا انا استحسنا الجواز لان هذا الشرط لو كان مخالفا مقتضى العقد صورة
فهو موافق له معنى لان الرهن بالثمن شرع توثيقا للثمن وكذا الكفالة
فان حق البايع يتاكد بالرهن والكفالة فكان كل واحد منهما مقررا لمقتضى
العقد معنى فاشبه اشتراط صفة الجودة للثمن وانه لا يوجب فساد العقد

الوطي صح

بل ينفيه صح

فكذا هذا ولو قبل المشتري المبيع على هذا الشرط ثم امتنع من تسليم الرهن
لا يجبر على التسليم عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجبر عليه وجه قوله
ان الرهن اذا شرط في البيع فقد صار حقا من حقوقه والجبر على التسليم من
حقوق البيع فيجبر عليه ولنا ان الرهن عقد تبرع في الاصل واشتراطه
في البيع لا يخرجه عن ان يكون تبرعا والجبر على التبرع ليس بمشروع فلا
يجبر عليه ولكن يقال له اما ان تدفع الرهن او قيمته او تؤدي الثمن او
يفسخ البايع المبيع لان البايع لم يرض بزوال المبيع عن ملكه الا بوثيقة
الرهن او بقيمته لان قيمته تقوم مقامه ولان الدين يستوفي من مالية
الرهن وهي قيمته واذا ادى الثمن فقد حصل المقصود فلا معنى للفسخ
ولو امتنع المشتري من هذه الوجوه فللبايع ان يفسخ البيع لفوات
الشرط والعرض وان كان الرهن مجهولا فالبيع فاسد ولان جواز هذا
الشرط مع ان القياس ياباه لكونه ملايما للعقد مقررا لمقتضاه معنى لحصول
معنى التوثق والتاكد للثمن ولا يحصل ذلك الا بالتسليم وانه لا يتحقق
في المجهول ولو اتفقا على تعيين رهن في المجلس جاز البيع لان المانع هو جهالة
الرهن وقد زال فكانه كان معلوما معينا من الابتدا لان المجلس له حكم حالة
واحدة وان افترقا عن المجلس تقرر الفساد وكذا اذا لم يتفقا على تعيين
الرهن ولكن المشتري نقد الثمن جاز البيع ايضا لان المقصود من الرهن
وهو الوصول الى الثمن وقد حصل فسقط اعتبار الوثيقة وكذلك البيع
بشرط اعطا الكفيل ان الكفيل ان كان حاضرا في المجلس وقبل جاز البيع
استحسانا وان كان غايبا فالبيع فاسد وكذا اذا كان حاضرا ولم يقبل
لان الجواز على مخالفة القياس ثبت لمعنى التوثيق وتوكيد الثمن لما فيه من
تفويت موجب العقد على ما بينا فاذا كان الكفيل غايبا او حاضرا ولم يقبل
لم تصح الكفالة فلم يحصل معنى التوثق فبقي الحكم على ما يقتضيه القياس
وهذا اذا كان الكفيل مجهولا فالبيع فاسد لان كفالة المجهول لا تصح
ولو كان الكفيل معينا وهو غايب ثم حضر وقبل الكفالة في المجلس جاز
البيع لانه جازت الكفالة بالقبول في المجلس وان حضر بعد الافتراق تاكد
الفساد ولو شرط المشتري على البايع ان يحيله بالثمن على غريم من غرمايه
او على ان يضمن الثمن لغريم من غرما البايع فالبيع فاسد لان شرط الضمان
والحوالة شرط لا يقتضيه العقد والشرط الذي لا يقتضيه العقد
مفسد في الاصل الا اذا كان فيه تقرير موجب العقد وتاكيده والحوالة
ابرا عن الثمن واسقاط له فلم يكن ملايما للعقد بخلاف الكفالة والرهن
والله اعلم وكذلك اذا كان مما لا يقتضيه العقد ولا يلايم العقد
ايضا لكن للناس فيه تعامل فالبيع جايز كما اذا اشترى نعلا على ان يحذوه
البايع او جرابا على ان يخرزه البايع له خفا او ينعل خفه والقياس ان لا
يجوز وهو قول زفر وجه القياس ان هذا شرط لا يقتضيه العقد
وفيه منفعة لاحد العاقدين وانه مفسد كما اذا اشترى ثوبا بالشرط
ان يخيطه البايع له قميصا ونحو ذلك ولنا ان الناس تعاملوا هذا الشرط

في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع
ولو اشترى جارية على انها بكر او طباخة او خبازة او غلاما على انه كاتب او خياط
او باع عبدا بالف درهم على انها صحاح او على انها جياد نقد بيت المال او
اشترى على انها موجلة فالبيع جايز لان المشروط صفة للمبيع او الثمن صفة
محصوصة لا يتصور انفلاتها اصلا ولا يكون لها حصة من الثمن بحال ولو كان
موجودا عند العقد يدخل فيه من غير تسمية وانها صفة مرغوب فيها
لا على وجه التلهي والمشروط اذا كان هذا سبيله كان من مقتضيات العقد
واشتراط شرط يقتضيه العقد لا يوجب فساد العقد كما اذا اشترى
بشرط التسليم وتملك المبيع والانتفاع به ونحو ذلك بخلاف ما اذا اشترى
ناقة على انها حامل ان البيع يفسد في ظاهر الرواية لان الشرط هناك عين
وهو الحمل فلا يصلح شرطا وكون الناقة حاملا ان كان صفة لها لكن لا تحقق له
الا بالحمل وهو عين في وجوده غرر ومع ذلك مجهول فاوجب ذلك فساد
البيع ويخرج على هذا ايضا ما ذكرنا من المسايل اذا اشترى ناقة على انها
تحلب كذا وكذا رطلا او على انها حلوبة او على انها لبون ان البيع بهذه الشروط
فاسد لان المشروط في هذه المواضع فلا يصلح في هذه المواضع وعلى هذا
ايضا يخرج ما اذا اشترى جارية على انها مغنية على سبيل الرغبة فيها
لان جهة الغنا جهة التلهي فاشتراطها في البيع يوجب الفساد وكذلك
اذا اشترى قمرية على انها تصوت او طوطيا على انه يتكلم او حمامة على انها
تجي من مكان بعيد او كبشا على انه نطاح او ديكا على انه مقاتل لان هذه
الجهات كلها جهات التلهي بخلاف ما اذا اشترى كلبا على انه معلم او اشترى
دابة على انها هملاج لانه صفة لا حظر فيها بوجه والله الموفق ويجوز البيع
بشرط البراة عن العيب عندنا سواء عم العيوب كلها بان قال بعت على اني
بري من كل عيب او خص بان سمى جنسا من العيوب وقال الشافعي ان خص
صح وان عم لا يصح واذا لم يصح الابرا عنده هل يصح العقد له فيه قولان
في قول يصح العقد ويبطل الشرط وعلى هذا الخلاف الابرا عن الحقوق
المجهولة ولو شرط على اني بري من العيب الذي يحدث روي عن ابي
يوسف ان البيع بهذا الشرط فاسد وجه قول الشافعي ان الابرا عن
المجهول غير صحيح لان الابرا اسقاط فيه معنى التمليك بدليل انه يرتد
بالرد وهذا اية التمليك اذ الاسقاط لا يحتمل ذلك وتمليك المجهول
لا يصح كالبيع ونحوه ولنا ان الابرا وان كان فيه معنى التمليك لكن
الجهالة لا تمنع صحة التمليك لعينها بل لافضايها الى المنازعة الا ترى
انها لا تمنع في موضع لا يفضي الى المنازعة كما اذا باع قفيزا من هذه
الصبرة او عشرة دراهم من هذه النقرة وهذا النوع من الجهالة لا
ها هنا لا يفضي الى المنازعة لان قوله كل عيب يتناول العيوب كلها فاذا
سمى جنسا من العيوب لا جهالة اصلا مع ان التمليك في الابرا يثبت ضمنا
وتبعا للاسقاط لان اللفظ ينبي عن الاسقاط لا عن التمليك فيعتبر
التصرف اسقاطا لا تمليكا والجهالة لا تمنع صحة الاسقاطات والدليل

علي جواز الابرا عن الحقوق المجهوله ما روي ان رجلين اختصما الي رسول الله صلي
الله عليه وسلم في مواريث قد درست فقال لهما استهما وتوخيا الحق
وليحلل كل واحد منكما صاحبه وعلي هذا اجماع المسلمين من استحلال
معاملاتهم في اخر اعمارهم في ساير الاعصار من غير انكار واما بيع الثمر
علي الشجر بعد ظهوره وبيع الزرع في الارض بشرط الترك وجملة الكلام
انه لا يخلو اما ان كان لم يبد صلاحه بعد بان صار منتفعا به بوجه
من الوجوه واما ان كان قد بدا صلاحه وكل ذلك لا يخلو من ان يكون
بشرط القطع او مطلقا او بشرط الترك حتي يبلغ فان كان لم يبد صلاحه
فباع بشرط القطع جاز وعلي المشتري ان يقطع للحال وليس له ان يترك
من غير اذن البايع ومن مشايخنا من قال لا يجوز بيعه قبل بدو صلاحه
وهو خلاف ظاهر الرواية علي ما ذكرنا ولو باع ايضا عن شرط جاز ايضا
عندنا وعند الشافعي لا يجوز لا يجوز وجه قوله ان المطلق ينصرف
الي المتعارف والمتعارف هو الترك فكان هذا بيعا بشرط الترك دلالة
فصار كما لو اشترط الترك نصا ولنا ان الترك ليس بمشروط نصا اذ العقد
مطلق عن الشرط اصلا فلا يجوز تقييده بشرط الترك فالعقد فاسد
بالاجماع لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولا
يلايم العقد ولا جري به التعامل بين الناس ومثل هذا الشرط مفسد للبيع
لما ذكرنا ولانه لا يمكن من الترك الا باعارة الشجرة والارض وهما ملك
البايع فصار بشرط الترك شارطا الاعارة فكان شرطه صفقة في صفقة
وانه منهي هذا اذا لم يبد صلاحه وكذا اذا بدا صلاحه فباع بشرط
القطع او مطلقا فاما اذا باع بشرط الترك فان لم يتناه عظمه فالبيع
فاسد بلا خلاف لما قلنا وان كان تناهي عظمه فالبيع فاسد عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد يجوز استحسانا لتعارف الناس وتعاملهم
ذلك ولهما ما ذكرنا ان شرط الترك شرط فيه منفعة للمشتري والعقد
لا يقتضيه وليس بملايم للعقد ايضا ومثل هذا الشرط يكون مفسدا
كما اذا اشتري حنطة علي ان يتركها في دار البايع شهرا فوله الناس تعاملوا
ذلك قلنا دعوي تعامل الناس بشرط الترك في البيع ممنوعة وانما
التعامل بالمسامحة بالترك من غير شرط في عقد البيع ولو اشتري
عن شرط فترك فان كان قد تناهي عظمه ولم يبق الا النضج لم يتصدق
بشي سوا ترك باذن البايع او بغير اذنه لانه لم يزداد بعد التناهي
وانما يتغير الي حالة النضج وان كان لم يتناه عظمه ينظر ان كان الترك
باذن البايع جاز وطاب له الفضل وان كان بغير اذنه يتصدق بما زاد
في ذاته علي ما كان عند العقد لان الزيادة حصلت بجهة محظورة فاوجبت
خبثا فيها فكان سبيلها التصدق فان استاجر المشتري من البايع
الشجر للترك الي وقت الادراك طاب له الفضل لان الترك حصل
باذن البايع ولكن لا يجب الاجر لان هذه الاجارة باطلة لان جوازها
ثبت علي مخالفة القياس لتعامل الناس فما لم يتعاملوا فيه لا تصح الاجارة

ولهذا

ولهذا لم تصح اجارة الاشجار لتجفيف الثياب واجارة الاوتاد لتعليق الاشيا
عليها واجارة الكتب للقراة ونحو ذلك حتي لم تجب الاجرة لما قلنا كذا هذا
ولو اخرجت الشجرة في مدة الترك ثمرة اخري فهي للبايع سوا كان الترك
باذنه او بغير اذنه لانه نما ملك البايع فيكون له ولو حللها له البايع جاز
وان اختلط الحادث بعد العقد بالموجود عنده حتي لا يعرف ينظر ان
كان قبل التخلية بطل البيع لان المبيع صار معجوز التسليم بالاختلاط للجهالة
وتعذر التمييز فاشبه العجز عن التسليم بالهلاك وان كان بعد التخلية
لم يبطل لان التخلية قبض وحكم البيع يتم وينتهي بالقبض والثمرة
تكون بينهما لاختلاط ملك احدهما بالاخر اختلاطا لا يمكن التمييز
بينهما فكان الكل مشتركا بينهما والقول قول المشتري في المقدار لانه
صاحب يد لوجود التخلية فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله
قوله ولو اشتري ثمرة بدا صلاح بعضها دون بعض بان ادرك البعض
دون البعض بشرط الترك فالبيع فاسد علي اصلهما لانه لو كان ادرك
الكل فاشتراها بشرط الترك فالبيع فاسد عندهما فعند ادراك البعض
اولي واما علي اصل محمد وهو اعتبار العادة فان كان صلاح الباقي متقاربا
جاز لان العادة في الثمار ان لا يدرك الكل دفعة واحدة بل يتقدم
ادراك البعض علي البعض ويلحق بعضها بعضا فصار كانه اشتراها
بعد ادراك الكل ولو كان كذلك لصح الشرا عنده بشرط الترك كذا
هذا وان كان يتاخر ادراك البعض عن البعض تاخرا فاحشا كالعنب
ونحوه يجوز البيع فيما ادرك ولا يجوز فيما لم يدرك لان عند التاخر
الفاحش يلتحقان بجنسين مختلفين والله اعلم ومنها شرط الاجل
في المبيع والثمن العين وهو ان يضرب لتسليمها اجل لان القياس
يابي جواز التاجيل اصلا لانه تغيير مقتضي العقد لانه عقد معاوضة
تمليك بتمليك وتسليم بتسليم والتاجيل ينفي وجوب التسليم للحال
فكان مغيرا مقتضي العقد الا انه شرط نظرا لصاحب الاصل لضرورة العدم
ترفيها له وتمكينا من اكتساب الثمن في المدة المضروبة ولا ضرورة في
الاعيان فبقي التاجيل فيها تغييرا محضا لمقتضي العقد فيوجب الفساد
ويجوز في المبيع الدين وهو السلم بل لا يجوز بدونه عندنا علي ما نذكره
في موضعه ان شا الله تعالي وكذا يجوز في الثمن الدين وهو بيع الدين
بالدين لان التاجيل يلايم الديون ولا يلايم الاعيان لمساس الحاجة
في الديون لا في الاعيان علي ما بينا ومنها شرط خيار مؤبد في البيع
ومنها شرط خيار موقت بوقت مجهول جهالة متفاحشة كهبوب الريح
ومجي المطر وقدوم فلان وموت فلان ونحو ذلك او متقاربة
كالحصاد والدياس وقدوم الحاج ونحوها ومنها شرط خيار غير موقت
اصلا والاصل فيه ان شرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم
للحال فكان شرطا مغيرا مقتضي العقد وانه مفسد للعقد في الاصل
وهو القياس الا انا عرفنا جوازه استحسانا بخلاف القياس بالنص

وهو ما روي ان حبان بن منقذ كان يغبن في البياعات فشكا اهله الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلثة ايام فيبقى ما ورا المنصوص عليه على اصل القياس ومنها شرط خيار موقت بالزايد على ثلثة ايام عند ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد هذا الشرط ليس بمفسد واحتجا بما روي ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما شرط الخيار شهرين ولان النص الوارد في خيار ثلثة ايام معلول بالحاجة الى دفع الغبن بالتامل والنظر وهذا لا يوجب الاقتصار على الثلاث كالحاجة الى التاجيل ولابي حنيفة ان هذا الشرط في الاصل مما يأباه القياس والنص اما القياس فما ذكرنا انه شرط مغير مقتضى العقد ومثل هذا الشرط مفسد للعقد من الاصل واما النص فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الغرر وهذا بيع الغرر لانه تعلق انعقاد العقد على غرر سقوط الخيار الا انه ورد نص خاص بجوازه فيتبع مورد النص وانه ورد بثلثة ايام فصار ذلك مخصوصا عن النص العام وترك القياس فيعمل بعموم النص ومقتضى القياس فيما وراه والعمل بقول سيد البشر اولى من العمل بقول عبد الله بن عمر وقولهما النص معلول بالحاجة الى دفع الغبن قلنا لو كان كذلك فالثلاث مدة صالحة لدفع الغبن لكونها صالحة للتامل وما ورا ذلك لا نهاية له واما شرط خيار موقت بالثلاث فما دونها فليس بمفسد استحسانا لحديث حبان بن منقذ ولمساس الحاجة اليه لدفع الغبن والتدارك عند اعتراض الندم وسوا كان الشرط للعاقد او لغيره بان شرط الخيار لثالث عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز شرط الخيار لغير العاقد وجه قوله ان اشتراط الخيار للعاقد مع ان القياس يأباه ثبت بالنص فبقي اشتراطه لغيره على اصل القياس ولنا ان النص معلول بالحاجة الى التامل لدفع الغبن والناس متفاوتون في البصارة بالسلع فمن الجايز ان يكون المشروط له الخيار اخبر منه ففوض الخيار اليه ليتامل في ذلك فان صلح اجاز والا فسخ واذا جاز هذا الشرط ثبت الخيار للمشروط له وللعاقد ايضا ولما نذكر ولكل واحد منهما ولاية الاجازة والفسخ وسوا كان العاقد مالكا او وصيا او وليا او وكيلا فيجوز شرط الخيار فيه لنفسه او لصاحبه الذي عاقده اما الاب فلان اشتراط الخيار منهما من باب النظر للصغير فيملكانه واما الوكيل فلانه يتصرف بامر الموكل وقد امره بالبيع والشرا مطلقا فيجري على اطلاقه وكذلك المضارب او الشريك شركة عنان او مفاوضة يملك شرط الخيار لما قلنا ولو اشترى شيا على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلثة ايام فلا بيع بينهما فالقياس ان لا يجوز هذا البيع وهذا قول زفر وفي الاستحسان جايز وجه القياس ان هذا بيع علقت اقالته بشرط عدم النقد الثمن الى ثلاثة ايام وتعليق الاقالة بالشرط فاسد فكان هذا بيعا دخله شرط فاسد فيكون فاسدا كساير الانواع

التي

التي دخلها شروط فاسدة وجه الاستحسان ان هذا البيع في معنى البيع بشرط الخيار لوجود التعليق بشرط في كل واحد منهما وتحقق الحاجة المستدعية للجواز اما التعليق فانه علق اقالة هذا البيع وفسخه بشرط عدم النقد الى ثلاثة ايام وفي البيع بشرط الخيار علق انعقاده في حق الحكم بشرط سقوط الخيار واما الحاجة فان المشتري كما يحتاج الى التامل في المبيع انه هل يوافقه ام لا فالبايع يحتاج الى التامل انه يصل الثمن اليه في الثلاث ام لا وكذا المشتري يحتاج الى التامل انه هل يقدر على النقد في الثلاث ام لا فكان بيعا مست الحاجة الى جوازه في الجانبين جميعا فكان اولى بالجواز من البيع بشرط الخيار فورود الشرع بالجواز هناك يكون ورودا هاهنا دلالة ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام لم يجز عند ابي حنيفة كما لا يجوز شرط الخيار اربعة ايام او اكثر بعد ان يكون معلوما الا ان ابا يوسف يقول هاهنا لا يجوز كما قال ابو حنيفة رحمه الله مر على اصله ولم يجز في الموضعين ومحمد رحمه الله مر على اصله واجاز فيهما وابو يوسف رحمه الله فرق بينهما ووجه الفرق له ان القياس يأبى الجواز في الموضعين جميعا الا ان الجواز في شرط الخيار عرفناه باثر ابن عمر رضي الله عنهما فبقي هذا على اصل القياس والله اعلم ويتصل بالشروط المفسدة ما اذا باع حيوانا واستثنى ما في بطنه من الحمل ان البيع فاسد لان بيع الحمل بانفراده لا يجوز فكان استثناؤه بمنزلة شرط فاسد ادخل في البيع فوجب فساد البيع وكذلك هذا في عقد الاجارة والكتابة والرهن بخلاف النكاح والخلع والصلح عن دم العمد والهبة والصدقة لان استثنا الحمل في هذه العقود لا يبطلها وكذلك الاعتاق لما ان استثنا ما في البطن بمنزلة شرط فاسد والبيع واخواته يبطلها الشروط الفاسدة فكان الشرط فاسدا والعقد فاسدا اما النكاح ونحوه فلا يبطله الشروط الفاسدة فجاز العقد وبطل الشرط فيدخل في الام والولد جميعا وكذا في العتق وكذا اذا باع حيوانا واستثنى شيا من اطرافه فالبيع فاسد ولو باع صبرة واستثنى قفيزا منها فالبيع جايز في المستثنى منه وكذا اذا باع صبرة واستثنى جزوا شايعا منها ثلثها او ربعها او نحو ذلك ولو باع قطيعا من الغنم واستثنى شاة منها بغير عينها فالبيع فاسد ولو استثنى شاة منها بعينها جاز البيع والاصل في هذا ان من باع جملة واستثنى منها شيا فان استثنى مما يجوز افراده بالبيع جاز البيع في المستثنى منه وان استثنى ما لا يجوز افراده بالبيع فالبيع في المستثنى منه فاسد ولو باع الثمرة على روس النخل واستثنى منها صاعا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه يجوز لانه استثنى ما يجوز افراده بالبيع فاشبه ما اذا باع جزوا مشاعا منه من الثلث والربع ونحو وكذا لو كان الثمن محدودا فباع الكل واستثنى صاعا يجوز واي فرق بين المحدود وغير المحدود وذكر الطحاوي في مختصره انه لا يجوز واليه اشار محمد في الموطا فانه قال لا باس بان يبيع الرجل ثمره ويستثني بعضها اذا استثنى شيا من

العقد صح

جملته ربعا او خمسا او سدسا قيد الجواز بشرط ان يكون المستثنى مشاعا
في الجملة فلو ثبت الجواز في المعين لم يكن لتقييده بهذا الشرط فايدة
وهكذا روي الحسن بن زياد انه قال لا يجوز وكذا القدوري في مختصره
ثم فساد البيع بما ذكرنا من الشروط مذهب اصحابنا وقال ابن ابي ليلى
البيع جايز والشرط باطل وقال ابن شبرمة البيع جايز والشرط جايز والصحيح
قولنا لما روي ابو حنيفة رحمه الله عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع وشرط والنهي يقتضي
فساد المنهي فيدل على فساد كل بيع وشرط الا ما خص عن عموم النص
ولان هذه الشروط بعضها فيه منفعة زايدة ترجع الى العاقدين او الى
غيرهما وزيادة منفعة مشروطة في عقد البيع يكون ربوا والربوا
حرام والبيع الذي فيه ربوا فاسد وبعضها فيه غرر ونهي رسول الله
صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر والمنهي فاسد وبعضها شرط التلجي
وانه محظور وبعضها بغير مقتضي العقد وهو معني الفاسد اذ الفساد
هو التغيير والله اعلم • ثم قران الشرط الفاسد ذاكرا بالعقد
والحاقه به سوا عند ابي حنيفة رحمه الله حتى لو باع بيعا صحيحا ثم الحق
به شيا من هذه الشروط المفسدة يلتحق به ويفسد العقد وعندهما
لا يلتحق به ولا يفسد واجمعوا على انه لو الحق بالعقد الصحيح شرطا صحيحا
كالخيار الصحيح في البيع البات ونحو ذلك يلتحق به وجه قولهما انه الحاق الشرط
الفاسد بالعقد تغيير العقد من الصحة الى الفساد فلا يصح فيبقي العقد
صحيحا كما كان لان العقد كلام لا بقا له والالتحاق بالمعدوم لا يجوز
كان ينبغي ان لا يصح الالحاق اصلا لان الحاق الشرط الصحيح باصل العقد
ثبت شرعا للحاجة اليه حتى صح قرانه بالعقد فيصح قرانه الحاقه به فلا
حاجة الى الحاق الشرط الفاسد ليفسد العقد ولهذا لم يصح بالعقد
ولابي حنيفة ان اعتبار التصرف على الوجه الذي اوقعه المتصرف
اذا كان اهلا والمحل قابلا وقد اوقعه مفسدا للعقد اذ الالحاق
لفساد العقد فوجب اعتباره كما اوقعه فاسدا في الاصل قولهما
الالحاق تغيير العقد قلنا ان كان تغييرا فلهما ولاية التغيير الا ترى
ان لهما ولاية التغيير بالزيادة في الثمن والمثمن والحط عن الثمن وبالحاق
الشرط الصحيح وان كان تغييرا ولانهما يملكان الفسخ فالتغيير اولى
لان التغيير تبديل الوصف والفسخ رفع الاصل والوصف والله
الموفق • ومنها الرضي لقوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم
عقيب قوله تعالى لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل وقال صلى الله عليه
وسلم لا يحل مال امري مسلم الا بطيبة من نفسه فلا يصح بيع
المكره اذا باع مكرها وسلم مكرها لعدم الرضا فاما اذا باع مكرها
وسلم طايعا فالبيع صحيح على ما نذكره في كتاب الاكراه ولا يصح بيع الهازل
لانه متكلم بكلام البيع لا على ارادة حقيقية فلم يوجد الرضا بالبيع
فلا يصح بخلاف طلاق الهازل انه واقع لان الفايت بالاكراه ليس الا

الرضا

الرضا والرضا ليس بشرط لوقوع الطلاق بخلاف البيع على ان الهزل في باب
الطلاق ملحق بالجد شرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن
جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح الحق الهازل بالجاد فيه
ومثل هذا لم يرد في البيع وعلى هذا يخرج بيع المنابذة والملامسة
والحصاة الذي يفعله اهل الجاهلية كان الرجلان يتساومان فاذا
اراد احدهما الزام البيع نبذ السلعة الى المشتري فيلزم البيع رضي
المشتري ام سخط او لمسها المشتري او وضع عليها حصاة جا الاسلام
فشرط الرضا وابطل ذلك كله وعلى هذا يخرج بيع التلجية وهو الجي الانسان
اليه بغير اختياره اختيار الايثار وجملة الكلام فيه ان التلجية
في الاصل لا تخلوا اما ان تكون في نفس البيع واما ان تكون في الثمن
فان كانت في نفس البيع فاما ان تكون في انشا البيع واما ان
تكون في الاقرار به فان كانت في انشا البيع بان تواضعوا في السر
لامر الجاهم عليه على ان يظهر البيع ولا بيع بينهما حقيقة وانما هو
ريا وسمعة نحو ان يخاف رجل من السلطان فيقول الرجل اني
اظهر اني بعت منك داري وليس ببيع في الحقيقة وانما هو تلجية
فتبايعا فالبيع باطل في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة وهو قول ابي
يوسف ومحمد لانهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة وهو
تفسير الهزل والهزل يمنع جواز البيع لانه يعدم الرضا بمباشرة السبب
فلم يكن هذا بيعا منعقدا في حق الحكم وروي ابو يوسف عن ابي حنيفة
ان البيع جايز لان ما شرطاه في السر لم يذكراه في العقد وانما عقدا
عقدا صحيحا بشرايطه فلا يوثر فيه ما تقدم من الشرط كما اذا اتفقا
على ان يشترطا شرطا فاسدا عند المبيع ثم باعا من غير شرط والجواب ان
الحكم ببطلان هذا البيع لمكان الضرورة فلو اعتبرنا وجود الشرط
عند البيع لا تندفع الضرورة ولو اجاز احدهما دون الاخر لم يجز
وان اجازاه جاز كذا ذكر محمد رحمه الله لان الشرط السابق وهو
المواضعة منعت انعقاد البيع في حق الحكم بمنزلة شرط خيار المتبايعين
فلا يصح الا بتراضيهما ولا يملكه المشتري بالقبض كما لو كان المشتري
قبضه واعتقه لا ينفذ اعتاقه بخلاف المكره على البيع والتسليم
اذا باع وسلم فاعتقه المشتري انه ينفذ اعتاقه لان بيع المكره
انعقد سببا للحكم لوجود الرضا بمباشرة السبب عقلا لما فيه من
صيانة نفسه عن الهلاك فانعقد السبب الا انه فسد لانعدام الرضا
طبعا فتاخر الملك فيه الى وقت القبض اما هاهنا فلم يوجد الرضى
بمباشرة السبب في الجانبين اصلا فلم ينعقد السبب في حق الحكم
فتوقف على اجازتهما فاشبه البيع بشرط خيار المتبايعين هذا اذا
كانت التلجية في انشا البيع فاما اذا كانت في الاقرار به بان اتفقا
على ان يقرا ببيع لم يكن فاقرا بذلك ثم اتفقا على انه لم يكن فالبيع
باطل حتى لا يجوز باجازتهما لان الاقرار اخبار وصحة الاخبار بثبوت

المخبر به حال وجود الاخبار فان كان ثابتا كان الاخبار صدقا والا فيكون
كذبا والمخبر به هاهنا هو البيع ليس بثابت فلا يحتمل الاجازة لانها تلحق الموجود
لا المعدوم هذا كله اذا كانت التلجئة في نفس البيع انشا كان او اقرارا
فاما اذا كانت في الثمن فهذا ايضا لا يخلوا من احد وجهين اما ان كانت
في قدر الثمن واما ان كانت في جنسه فان كانت في قدره بان تواضعا
في السر والباطن على ان يكون الثمن الفا ويتبايعان في الظاهر بالفين
فان لم يقولا عند المواضعة الف منهما ريا وسمعة فالثمن ما تعاقدا
عليه لان الثمن اسم للمذكور عند العقد والمذكور عند العقد الفان
فاذا لم يذكرا ان احدهما سمعة صحت تسمية الالفين وان قالا عند
المواضعة الف منهما ريا وسمعة فالثمن ثمن السر والزيادة باطلة في
ظاهر الرواية عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف ومحمد وروي عن ابي
حنيفة ان الثمن ثمن العلانية وجه هذه الرواية ان الثمن هو المذكور
في العقد والالفان مذكوران في العقد وما ذكرا في المواضعة لم يذكراه
في العقد فلا يعتبر وجه ظاهر الرواية ان ما تواضعا عليه في السر هو
ما تعاقدا عليه في العلانية الا انهما زادا عليه الفا اخرى والمواضعة
السابقة ابطلت الزيادة لانهما هزلا بها حيث لم يقصداها فلم يصح ذكر
الزيادة في البيع فبقي البيع بما تواضعا عليه وهو الالف فان كانت في
جنسه بان اتفقا في السر على ان الثمن الف درهم لكنهما يظهران البيع
بمائة دينار فان لم يقولا في المواضعة ريا وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه
وان قالا ذلك فالقياس ان يبطل العقد وفي الاستحسان يصح بمائة
دينار وجه القياس ان ثمن السر لم يذكراه في العقد وثمن العلانية
لم يقصداه فقد هزلا به فسقط وبقي بيع بلا ثمن فلا يصح وجه
الاستحسان انهما لم يقصدا بيعا باطلا بل بيعا صحيحا فيجب حمله على الصحة
ما امكن ولا يمكن حمله على الصحة الا بثمن العلانية فكانهما انصرفا عما شرطاه
في الباطن فيتعلق الحكم بالظاهر كما اتفقا على ان يبيعاه بيع تلجئة بخلاف
الالف والالفين لان الثمن المذكور المشروط في السر مذكور في العقد
وزيادة فيتعلق العقد به هذا اذا تواضعا في السر ولم يتعاقدا في السر
فاما اذا تعاقدا في السر بثمن ثم تواضعا على ان يظهرا العقد باكثر منه
او بجنس اخر فان لم يقولا ريا وسمعة فالعقد الثاني يرفع العقد الاول
والثمن هو المذكور في العقد الثاني لان البيع يحتمل الفسخ والاقالة فشروعهما
في العقد الثاني ابطال للاول فبطل الاول والعقد الثاني بما سمي عنده
وان قالا ريا وسمعة فان كان الثمن من جنس اخر فالعقد هو العقد
الاول لانهما لما ذكرا الريا والسمعة فقد ابطلا المسمى في العقد الثاني
فبقي العقد الاول وان كان من جنس الاول فالعقد هو العقد الثاني
لان البيع يحتمل الفسخ فكان العقد هو العقد الثاني لكن بالثمن الاول
والزيادة باطلة لانهما ابطلاها حيث هزلا بها هذا اذا تواضعا واتفقا
على التلجئة في البيع فتبايعا وهما متفقان على ما تواضعا فاما اذا اختلفا

فادعى

فادعى احدهما التلجئة وانكر الاخر وزعم ان البيع بيع رغبة فالقول قول
منكر التلجئة لان الظاهر شاهد له فكان القول قوله مع يمينه على ما
يدعيه صاحبه من التلجئة اذا طلب الثمن وان اقام المدعي البينة على التلجئة
تقبل بينته لانه اثبت الشرط بالبينة فتقبل بينته كما لو اثبت الخيار
بالبينة ثم هذا التفريع على ظاهر الرواية عن ابي حنيفة لانه يعتبر المواضعة
السابقة فاما على رواية ابي يوسف عنه فلا يجي هذا التفريع لانه
يعتبر العقد الظاهر فلا يلتفت الى هذه الدعوى لانها وان صحت لا تؤثر
في البيع الظاهر وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي الخلاف بين
ابي حنيفة وصاحبيه فقال على قول ابي حنيفة القول قول من
يدعي جواز العقد وعلى قولهما القول من يدعي التلجيه والعقد
فاسد ولو اتفقا على التلجئة ثم قالا عند البيع كل شرط كان بيننا فهو شرط
باطل تبطل التلجئة ويجوز البيع لانه شرط فاسد زايد فاحتمل السقوط
بالاسقاط ومتى سقط صار العقد جايزا الا اذا اتفقا عند المواضعة
وقالا ان ما نقوله عند البيع ان كل شرط بيننا فذلك القول منا باطل
الا اذا حكيا في العلانية ما قالا في السر فقالا انا شرطنا كذا وكذا وقد
ابطلنا ذلك ثم تبايعا فيجوز البيع ثم كما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار
بالتلجئة بان يقول لاخر اني اقر لك في العلانية بمالي او بداري
وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره حتى لا يملكه المقر له والله
اعلم

فصل

واما الذي يخص بعض البياعات دون بعض فانواع
منها ان يكون الاجل معلوما في بيع فيه اجل فان كان مجهولا يفسد
البيع سوا كانت الجهالة متفاحشة كهبوب الريح ومطر السما
وقدوم فلان وموته والميسرة ونحو ذلك او متقاربة كالحصاد
والدياس والنيروز والمهرجان وقدوم الحاج وخروجهم والجداد
والجزاز والقطاف والميلاد وصوم النصارى وفطرهم قبل دخولهم
في صومهم ونحو ذلك لان الاول فيه غرر الوجود والعدم والنوع الثاني
مما يتقدم ويتاخر فيودي الى المنازعة فيوجب فساد البيع ولو باع
العين بثمن دين الى اجل مجهول جهالة متقاربة ثم ابطل المشتري
الاجل قبل محله وقبل ان يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز العقد
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يجوز ولم يبطل حتى حل الاجل
واخذ الناس في الحصاد ثم ابطل لا يجوز العقد بالاجماع وان كانت
الجهالة متفاحشة فابطل المشتري الاجل قبل الافتراق ونقد الثمن
جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز ولو افترقا قبل الابطال لا يجوز
بالاجماع وعلى هذا اذا باع بشرط الخيار ولم يوقت للخيار وقتا معلوما
بان قال ابدا او اياما ولم يذكر الوقت حتى فسد البيع بالاجماع
ثم ان صاحب الخيار ابطل خياره قبل مضي ثلثة ايام قبل ان يفسخ
العقد بينهما جاز البيع عندنا خلافا لزفر وان ابطل بعد مضي
الايام الثلاثة لا يجوز العقد عند ابي حنيفة وزفر وعند ابي

يوسف ومحمد يجوز وان وقت وقتا معلوما بان قال اربعة ايام وشهرا فابطل
الخيار قبل مضي ثلثة ايام وقبل ان يفسخ العقد بينهما لاجل الفساد جاز عندنا
وعند زفر لا يجوز وعندهما هذا الخيار جايز ولو مضت الايام الثلاثة ثم
ابطل صاحب الخيار خياره لا يجوز البيع بالاجماع وعلى هذا لو عقد اعقد السلم
بشرط الخيار حتى فسد السلم ثم ان صاحب الخيار ابطل خياره قبل الافتراق جاز
السلم اذا كان راس المال قايما في يده ولو افترقا قبل الابطال ثم ابطل لا يجوز بالاجماع
وعلى هذا اذا اشترى ثوبا برقمه ولم يعلم المشتري رقمه حتى فسد البيع ثم
علم رقمه فان علم قبل الافتراق واختار البيع جاز البيع عندنا وعند زفر لا يجوز
وان كان بعد الافتراق لا يجوز بالاجماع والاصل عند زفر ان البيع اذا انعقد
على الفساد لا يحتمل الجواز بعد ذلك برفع المفسد والاصل عندنا انه ينظر
الى الفساد ان كان قويا بان دخل في صلب العقد وهو البدل او المبدل لا يحتمل
الجواز برفع المفسد كما قال زفر اذا باع عبدا بالف درهم ورطل من خمر فحط
الخمر عن المشتري وان كان ضعيفا لم يدخل في صلب العقد بل في شرط زايد يحتمل
برفع المفسد كما في البيع بشرط خيار لم يوقت او وقت الى وقت مجهول كالحصاد
والدياس او لم يذكر وكما في بيع الدين بالدين الى اجل مجهول على ما ذكرنا
ثم اختلف مشايخنا في العبارة عن هذا العقد قال مشايخ العراق انه انعقد
فاسدا لكن فاسدا غير متقرر فان ابطل الشرط قبل تقرره بان لم يدخل وقت
الحصاد او اليوم الرابع ينقلب الى الجواز وان لم يبطل حتى دخل تقرر الفساد
وهو قول مشايخنا بما وراء النهر وقال مشايخ خراسان وبعض مشايخنا
بما وراء النهر العقد موقوف ان اسقط الشرط قبل وقت الحصاد واليوم الرابع
تبين انه كان جايزا من الاصل وان لم يسقط حتى دخل اليوم الرابع او اوان
الحصاد تبين انه كان وقع فاسدا من حين وجوده وذكر عن الحسن بن زياد
انه قال قال ابو حنيفة رحمه الله لو ان رجلا اشترى عبدا على انه بالخيار
اكثر من ثلاثة ايام فالبيع موقوف فان قال المشتري قبل مضي الثلاث
انا ابطل خياري واستوجب البيع قبل ان يقول البايع شيا كان له ذلك
وتم البيع وعليه الثمن ولو لم يكن للبايع ان يبطل البيع وان قال البايع
قد ابطل قبل ان يبطل المشتري خياره يبطل البيع ولم يكن للمشتري
ان يستوجبه بعد ذلك وان يبطل خياره فقد نص على التوقف وفسره
حيث جعل للبايع حق الفسخ قبل اجازة المشتري وهذا امارة البيع الموقوف
ان يكون لكل واحد من العاقدين حق الفسخ وجه قول زفر ان هذا بيع
انعقد بوصف الفساد من حين وجوده فلا يتصور ان ينقلب جايزا لما فيه
من الاستحالة ولهذا لم ينقلب الى الجواز اذا دخل اليوم الرابع او وقت
الحصاد والدياس ولنا طريقان احدهما ان هذا العقد موقوف للحال
لا يوصف بالفساد ولا بالصحة لان الشرط المذكور يحتمل ان يكون مفسدا
حقيقة ويحتمل ان لا يكون فاذا اسقط قبل دخول اوان الحصاد واليوم
الرابع يتبين انه ليس بمفسد لانه تبين انهما شرط الاجل والخيار الا الى
هذا الوقت فيتبين ان العقد وقع صحيحا مفيدا للملك بنفسه من حين

وجوده

وجوده كما لو اسقط الاجل الصحيح والخيار الصحيح وهو خيار ثلثة ايام بعد مضي يوم
وان لم يسقط حتى دخلت الايام الثلاثة ودخل وقت الحصاد تبين ان الشرط كان
الى هذا الوقت وانه شرط مفسد والثاني ان العقد في نفسه مشروع لا يحتمل
الفساد على ما عرف وكذا اصل الاجل والخيار لانه ملايم للعقد الا انه يوصف
العقد بالفساد للحال لا لعينه بل لمعنى مجاور له زايد عليه وعلى اصل الاجل والخيار
وهو الجهالة وزيادة الخيار على المدة المشروعة فاذا اسقط قبل دخول وقت
الحصاد واليوم الرابع فقد اسقط قبل تقرره فزال الفساد فبقي العقد مشروعا
كما كان من غير وصف الفساد واذا دخل الوقت فقد تقرر المفسد فتقرر
الفساد والفساد بعد تقرره لا يحتمل الزوال وقوله العقد ما وقع فاسدا
من حين وجوده قلنا على الطريق الاول ممنوع بل هو موقوف وعلى الطريق الثاني
مسلم لكن لا لعينه بل لغيره وهو الشرط المفسد وقد اسقط المفسد قبل
تقرره فزال الفساد الثابت لمعنى من غيره فبقي مشروعا والله اعلم ولو باع
بثمن حال ثم اخر الى الاجال المتقاربة جاز التاخير ولو اجل الى الاجال المتفاوتة
لم يجز والدين على حاله حال فرق بين التاجيل وبين التاخير لم يجوز التاجيل
الى هذه الاجال اصلا ويجوز التاخير الى المتقارب منها ووجه الفرق ان التاجيل
في العقد جعل الاجل شرطا في العقد وجهالة الاجل المشروط في العقد وان كانت
متقاربة توجب فساد العقد لانها تفضي الى المنازعة فاما التاخير الى الاجال
المجهولة جهالة متقاربة فلا تفضي الى المنازعة لان الناس يوخرون الديون
الى هذه الاجال عادة ومبنى التاخير على المساحة فالظاهر انهم يتسامحون
ولا ينازعون وما جرت العادة منهم بالتاخير الى اجال تتفاحش جهالتها بخلاف
التاجيل لان ما جعل شرطا في البيع مبناه على المطابقة فالجهالة وان قلت تفضي
الى المنازعة ولهذا لا يجوز البيع الى الاجال المتقاربة وجازت الكفالة اليها
لان مبنى الكفالة على المساحة فان المكفول له لا يضيق الامر على الكفيل
عادة لان له سبيل الوصول الى الدين من جهة الاصيل فالتاجيل اليها لا يودي
الى المنازعة بخلاف البيع فان الجهالة في باب البيع مفضية الى المنازعة فكانت
مفسدة للبيع ولو اشترى عينا بثمن دين على ان يسلم اليه الثمن في مصر
اخر فهذا لا يخلو اما ان يكون الثمن مما لا حمل له ولا مونة واما ان يكون مما
حمل ومونة وكل ذلك لا يخلو من ان ضرب له الاجل او لم يضرب فان لم
يضرب له الاجل فالبيع فاسد سوا كان الثمن له حمل ومونة او لم يكن لانه اذا لم
يضرب له الاجل كان شرط التسليم في موضع على سبيل التاجيل وانه اجل
مجهول فيوجب فساد العقد وروي عن ابي يوسف ان الثمن اذا كان لا
حمل له ولا مونة فالبيع جايز لان شرط التاجيل في مكان اخر ليس بتاجيل
حقيقة بل هو تخصيص التسليم بمكان اخر فيجوز البيع ويجبر المشتري على تسليم
الثمن في اي موضع طالبه وان طلب له اجلا على ان يسلم اليه الثمن بعد محل
الاجل في مصر اخر فان كان الاجل مقدارا يمكن الوصول الى الموضع المشروط
في قدر تلك المدة فالبيع فاسد ايضا لانه اذا كان لا يمكن الوصول فيه الى
الموضع المشروط صار كانه لم يضرب له اجلا يمكن الوصول فيه الى المكان

المجاورة

ذلك

علم ان شرط التسليم في ذلك المكان لم يكن على سبيل التاجيل بل على تخصيص
ذلك المكان بالتسليم فيه فاذا حل الاجل وطالبه البايع في غير المكان
المشروط ينظر ان كان الثمن مما ليس له حمل ومونة يجبر المشتري على ان
يسلمه في اي موضع طالبه البايع بعد حل الاجل وان كان الثمن له حمل ومونة
لا يجبر على تسليمه الا في الموضع المشروط وكذلك لو اراد المشتري ان
يسلمه في غير المكان المشروط وابى البايع ذلك الا في الموضع المشروط فهو
على التفصيل ولو كان الثمن عينا فشرط تسليمه في مصر اخر فالبيع فاسد
سوا شرط الاجل او لم يشرط لان فيه غررا والله اعلم ۞ ومنها القبض
في بيع المشترا المنقول فلا يصح بيعه قبل القبض لما روي ان رسول الله صلى
الله عليه وسلم نهي عن بيع ما لم يقبض والنهي يوجب فساد المنهي
ولانه يقع غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه لانه اذا هلك المعقود
عليه قبل القبض يبطل البيع الاول فينفسخ الثاني لانه بنا على الاول
وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع فيه غرر وسوا باعه
من غير بايعه او من بايعه لان النهي مطلق لا يوجب الفصل بين المبيع
من غير بايعه وبين المبيع من بايعه وكذا معنى الغرر لا يفصل بينهما فلا يصح
الثاني والاول على حاله ولا يجوز اشراكه وتوليته لان كل ذلك بيع ولو قبض
نصف المبيع دون النصف فاشرك رجلا لم يجز فيما لم يقبض وجاز فيما قبض
لان الاشراك نوع بيع منقول فلم يكن غير المقبوض محلا له شرعا فلم يصح في غير
المقبوض وصح في قدر المقبوض وله الخيار لتفرق الصفقة عليه ولا تجوز
اجارته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وملك المنفعة تابع لملك
العين ولا يجوز فيه تمليك العين فلا يجوز تمليك المنفعة ولان الاجارة
عقد يحتمل الفسخ فيتمكن فيه غرر الانفساخ بهلاك المعقود عليه ولان
ما روينا من النهي يتناول الاجارة لانها نوع بيع وهو بيع المنفعة ويجوز
اعتاقه بعوض وغير عوض وكذا تدبيره واستيلاده بان كانت امة فاقر
انها كانت ولدت له لان جواز هذه التصرفات يعتمد قيام ملك الرقبة
وقد وجد بخلاف البيع فان صحته تفتقر الى ملك الرقبة واليد جميعا لافتقاره
الى التسليم وكذا الاجارة بخلاف الاعتاق والتدبير لان المانع هو القبض
وبهذه التصرفات يصير قابضا على ما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى
ولان الفساد لتمكن الغرر وهو غرر انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه
مما نذكر وهذه التصرفات مما تحتمل الانفساخ فلم يوجد فلزم الجواز بدليله
وهل يجوز كتابته لا رواية فيه عن اصحابنا فاحتمل ان يقال لا يجوز قياسا على
البيع لان كل واحد منهما مما يحتمل الفسخ والاقالة وجايز ان يقال يجوز فرقا
بينهما وبين البيع لانها اوسع اضرارا من البايع البيع وروي عن ابي يوسف
اذا كاتبه المشتري قبل القبض فللبايع ان يبطله فان لم يبطله حتى نقد
المشتري الثمن جازت الكتابة ذكرها في العيون ولو وهبه من البايع
فلو لم يقبله لم تصح الهبة والبيع على حاله لان الهبة لا تصح بدون القبول
فان قبله البايع لم تجز الهبة لانها تمليك المبيع قبل القبض وانه لا يجوز كالبيع

وانفسخ

وانفسخ البيع بينهما ويكون اقالة للبيع فرق بين الهبة من البايع وبين البيع منه
حيث جعل الهبة منه اقالة دون البيع منه ووجه الفرق ان بين الهبة
والاقالة امر متقارب فان كل واحد منهما يستعمل في الحاق ما سلف بالعدم
يقال وهبت منك جرمتك كما يقال اقلت عثيرتك وجعلت ذلك كالعدم
في حق المواخذة به الا ترى انه يستعمل كل واحد منهما مكان الاخر فامكن جعل
الهبة مجازا عن الاقالة عند تعذر العمل بالحقيقة بخلاف البيع فانه لا مقاربة
بينه وبين الاقالة فتعذر جعله مجازا عنها فوقع لغوا وكذلك لو تصدق
به عليه فهو على التفصيل الذي ذكرنا ولو وهب لغير البايع او تصدق به
على غير البايع وامر بالقبض من البايع او رهنه عند رجل وامره ان يقبض
من البايع فقبضه بامره او اقرضه وامره بالقبض لم تجز هذه العقود
كلها عند ابي يوسف وعند محمد جازت وجه قول محمد ان صحة هذه العقود
بالقبض فاذا امره بالقبض فقد انابه مناب نفسه في القبض فصار
بمنزلة الوكيل فاذا قبض بامره يصير قابضا عنه اولا بطريق النيابة
ثم لنفسه فيصح ولابي يوسف ان جواز هذه العقود مبني على الملك المطلق
وهو ملك الرقبة واليد جميعا لان به يقع الامن عن غرر الانفساخ
بهلاك المعقود عليه وغرر الانفساخ ههنا ثابت فلم يكن الملك مطلقا
فلم يجز ولو اوصي به لرجل قبل القبض ثم مات جازت الوصية لان
الوصية اخت الميراث ولان ولو مات قبل القبض صار ذلك ميراثا
لورثته كذا الوصية ولو قال المشتري للبايع بعه لي لم يكن نقضا
بالاجماع وان باعه لم يجز بيعه ولو قال بعه لنفسك كان نقضا بالاجماع
ولو قال بعه مطلقا كان نقضا عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
لا يكون نقضا وجه قوله ان اطلاق الامر بالبيع ينصرف الى البيع للامر
لا للمامور لان الملك له لا للمامور فصار كانه لو قال له بعه لي ولو نص
عليه لا يكون نقضا للبيع لانه امره ببيع فاسد فكذا هذا ولهما ان مطلق
الامر بالبيع يحمل على بيع صحيح يصح ولو حملناه على البيع للامر لما صح لانه يكون
امرا ببيع من لا يملك بنفسه فلا يصح فيحمل على البيع لنفسه كانه نص
عليه فقال بعه لنفسك ولا يتحقق البيع لنفسه الا بعد انفساخ
البيع الاول فتضمن الامر بالبيع لنفسه انفساخ البيع الاول فينفسخ
مقتضى الامر كما في قول الرجل لغيره اعتق عني على الف درهم ولو قال المشتري
للبايع اعتقه فاعتقه البايع فاعتاقه جايز عنه نفسه عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف اعتاقه باطل وجه قول ابي يوسف ان مطلق الامر
بالاعتاق ينصرف الى الاعتاق عن الامر لا عن نفسه لان الملك للامر
والاعتاق عنه بمنزلة القبض والبايع لا يصلح نايبا عن المشتري
في القبض فلا يصلح نايبا عنه في الاعتاق ولابي حنيفة ان الامر بالاعتاق
يحمل على وجه يصح ولو حمل على الاعتاق عن الامر لم يصح لما ذكرتم فيحمل
على الاعتاق عن نفسه فاذا اعتق يقع عنه واما بيع مشتري العقار
قبل القبض فجايز عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد

لعله
عن

وزفر والشافعي لا يجوز قياسا واحتجوا بعموم النهي الذي روينا ولان القدرة
علي القبض عند العقد شرط صحة العقد لما ذكرنا ولا قدرة الا بتسليم الثمن
وفيه غرر ولنا عمومات البياعات من الكتاب من غير تخصيص ولا يجوز
تخصيص عموم الكتاب بخبر الواحد عندنا او نحمله علي المنقول توفيقا
بين الدلايل صيانة لها عن التناقض ولان الاصل في ركن البيع اذا صدر
من الاهل في المحل هو الصحة والامتناع لعارض الغرر وهو غرر انفساخ
العقد بهلاك المعقود عليه ولا يتوهم هلاك العقار فلا يتقرر الغرر فبقي
بيعه علي حكم الاصل وكما لا يجوز بيع المشترا المنقول قبل القبض لا يجوز
بيع الاجرة المنقولة قبل القبض اذا كانت عينا وبدل الصلح المنقول
اذا عينا والاصل ان كل عرض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه
قبل القبض يجوز التصرف فيه كالمهر وبدل الخلع وبدل العتق وبدل
الصلح عن دم العمد ووجه هذا الاصل ما ذكرنا ان الاصل هو الصحة في
التصرف الصادر من الاهل المضاف الي المحل فالفساد بعارض غرر
الانفساخ ولا يتوهم ذلك في هذه التصرفات لانها لا تحتمل الفسخ فكان
القول بجواز هذه التصرفات عملا بالاصل وانه واجب وكذا الميراث
يجوز التصرف فيه قبل القبض لان معني الغرر لا يتقرر فيه ولان
الوارث خلف الميت في ملك المتروك وخلف الشي قايم مقامه كانه
هو فكان المورث قايما ولو كان قايما لجاز تصرفه فيه فكذا الوارث
وكذلك الموصي به بان اوصي الي انسان بشي ثم مات الموصي فالموصي
له يتصرف قبل القبض لان الوصية اخت الميراث ويجوز التصرف
في الميراث قبل القبض فكذا في الموصي به وهل يجوز بيع المقسوم
بعد القسمة قبل القبض ينظر ان كان ما وقع عليه القسمة مما
يجبر عليه الشركا اذا طلبها واحد منهم جاز لواحد منهم ان يبيع نصيبه
قبل القسمة قبل القبض سوا كان منقولا او غير منقول لان القسمة

بعد صح

في مثله افراز وان كان مما لا يجبر عليه الشركا عند طلب واحد كالاشيا
المختلفة والرقيق علي قول ابي حنيفة لا يجوز بيعه قبل القبض ان
كان منقولا وان كان عقارا فعلي الاختلاف الذي ذكرنا لان قسمة هذه
فيها معني المبادلة فيشبه البيع والله اعلم ۞ واما بيع الدين قبل القبض
فنقول وبالله التوفيق الديون انواع ۞ منها ما لا يجوز بيعه قبل
القبض ۞ ومنها ما يجوز ۞ اما الذي يجوز بيعه قبل القبض فنحو راس
مال السلم لعموم النهي ولان قبضه في المجلس شرط وبالبيع يفوت
القبض حقيقة وكذا المسلم فيه لانه مبيع لم يقبض وكذا راس
مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لا يجوز استحسانا والقياس
ان يجوز وهو قول زفر وجه القياس ان عقد السلم ارتفع
بالاقالة وفسخ العقد رفعه من الاصل وجعله كانه لم يكن واذا
ارتفع العقد من الاصل عاد راس المال الي قديم ملك رب السلم
فكان محلا للاستبدال كما قبل السلم ولهذا يجب قبض راس المال

بعد

بعد الاقالة في مجلس الاقالة وجه الاستحسان عموم النهي الذي روينا الا
حيث خص بدليل وفي الباب نص خاص وهو ما روي ابو سعيد الخدري
رضي الله عنه عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لرب السلم
لا تاخذ الا سلمك وراس مالك وفي رواية خذ سلمك او راس مالك
نهي رب السلم عن الاخذ عاما واستثني اخذ السلم او راس المال
فبقي اخذ ما وراهما علي اصل النهي وكذلك اذا انفسخ السلم بعد صحته
لمعني عارض نحو ذمي اسلم الي ذمي عشرة دراهم في خمر ثم اسلما او اسلم
احدهما قبل قبض الخمر حتي بطل السلم ووجب علي المسلم اليه رد راس
المال لا يجوز لرب السلم الاستبدال لان السلم اذا كان فاسدا في
الاصل لا يكون له حكم السلم فكان راس مال السلم بمنزلة ساير الديون
من القرض وثمن المبيع وضمان الغصب والاستهلاك واما بدل الصرف
فلا يجوز بيعه قبل القبض في الابتدا وهو حال بقا العقد ويجوز في الانتها
وهو ما بعد الاقالة في [illegible] الناس جميعا لما ذكرنا ان الاقالة فسخ وفسخ العقد
رفعه من الاصل كان لم يكن ولو لم يكن العقد لجاز الاستبدال فكذا اذا
رفع والحق بالعدم كان ينبغي ان يجوز الاستبدال فيهما جميعا الا ان
الحرمة في باب السلم ثبت نصا بخلاف القياس وهو ما روينا والنص
ورد في السلم فبقي جواز الاستبدال بعد الاقالة في الصرف علي الاصل
وكذلك الثياب الموصوفة في الذمة الموجلة لا يجوز بيعها قبل
القبض للنهي سوا كان ثبوتها في الذمة بعقد السلم او غيره لان الثياب
كما تثبت في الذمة موجلة بطريق السلم تثبت دينا في الذمة موجلة
لا بطريق السلم بان باع عبدا بثوب موصوف في الذمة موجل فانه يجوز
ولا يكون جوازه بطريق السلم بدليل ان قبض العبد ليس بشرط وقبض
راس مال السلم شرط جواز السلم وكذا اذا اجر داره بثوب موصوف
في الذمة موجل جازت الاجارة ولا يكون سلما وكذا لو ادعي عينا في يدي
رجل فصالحه من دعواه علي ثوب موصوف في الذمة موجل جاز الصلح
ولا يكون هذا سلما ولا يجوز الاستبدال به كما لا يجوز بالمسلم فيه
وان لم يكن ثبوته بعقد السلم فهذه جملة الديون التي لا يجوز بيعها
قبل القبض وما سواها من ثمن المبيع والقرض وقيمة المغصوب
والمستهلك ونحوها فيجوز بيعها فيجوز بيعها ممن عليه قبل القبض
وقال الشافعي ثمن المبيع اذا كان عينا لا يجوز بيعه قبل القبض
قولا واحدا وان كان دينا لا يجوز في احد قوليه ايضا بنا علي ان الثمن
والمثمن عنده من الاسما المترادفة يقعان علي مسمي واحد فكان كل
واحد منهما مبيعا فكان بيع المبيع قبل القبض وكذا النهي عن بيع
ما لم يقبض عام لا يفصل بين المبيع والثمن فاما علي اصلنا فالمبيع
والثمن من الاسما المتباينة في الاصل يقعان علي معنيين متخالفين
متباينين علي ما نذكره في موضعه ان شا الله تعالي ولا حجة له في
عموم النهي لان بيع ثمن المبيع ممن عليه صار مخصوصا بحديث عبد الله

ابن عمر رضي الله عنهما على ما نذكر واما بيع هذه الديون من غير من عليه
والشرا بها من غير من عليه فينظر ان اضاف البيع والشرا الى الدين لم
يجز بان يقول لغيره بعت منك الدين الذي في ذمة فلان بكذا او
يقول اشتريت منك هذا الشي بالدين الذي لي في ذمة
فلان غير مقدور التسليم في حقه والقدرة على التسليم شرط انعقاد
العقد على ما مر بخلاف البيع والشرا بالدين ممن عليه الدين لان ما في ذمته
مسلم له وان لم يضف العقد الى الدين الذي عليه جاز ولو اشترى
شيا بثمن دين ولم يضف العقد الى الدين حتى جاز ثم احال البائع
على غريمه بدينه الذي له عليه جازت الحوالة سوا كان الدين الذي
احيل به دينا يجوز بيعه قبل القبض او لا يجوز كالسلم ونحوه وذكر
الطحاوي انه لا يجوز الحوالة بدين لا يجوز بيعه قبل القبض وهذا
غير سديد لان هذا توكيل بقبض الدين فان المحتال له يصير بمنزلة
الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له والتوكيل بقبض الدين جايز
اي دين كان ويكون قبض وكيله كقبض موكله ولو باع هذا الدين ممن
عليه الدين جاز بان اشترى منه شيا بعينه بدينه الذي له عليه في
ذمته لانه باع ما هو مقدور التسليم عند الشرا لان ذمته في يده
بخلاف الاول وكذا اذا صالح معه من دينه على شي بعينه جاز الصلح
والله اعلم ۝ ومنها ان يكون البدل معطوفا به في احد نوعي المبادلة
وهي المبادلة القولية فان كان مسكوتا عنه فالبيع فاسد بان قال بعت
هذا العبد منك وسكت عن ذكر الثمن فقال المشتري اشتريت لما
ذكرنا ان البيع في اللغة مبادلة شي مرغوب بشي مرغوب وفي الشرع
مبادلة المال بالمال فاذا لم يكن البدل منطوقا به ولا بيع بدون البدل
اذ هو مبادلة كان بدله قيمته فكان هذا بيع العبد بقيمته وانه فاسد
وهكذا السبيل في البياعات الفاسدة انها تكون بيعا بقيمة المبيع على ما
نذكر في موضعه هذا اذا سكت عن ذكر الثمن فاما اذا نفاه صريحا
بان قال بعتك هذا العبد بغير ثمن او بلا ثمن فقال المشتري اشتريت
اختلف فيه قال بعضهم هذا والسكوت عن الثمن سوا والبيع فاسد
وقال بعضهم البيع باطل وجه قول الاولين ان قوله بلا ثمن باطل لان
البيع عقد مبادلة فكان ذكره ذكرا للبدل فاذا قال بغير ثمن فقد نفى
ما اثبته فبطل قوله بلا ثمن وبقي قوله بعت مسكوتا عن ذكر الثمن
فكانه باع وسكت عن ذكر الثمن وجه قول الاخرين ان عند السكوت عن
ذكر الثمن يصير البدل مذكورا بطريق الدلالة فاذا على نفي الثمن
بطلت الدلالة فلم يكن هذا بيعا اصلا والله الموفق ۝ ومنها
الخلو عن الربا وان شيت قلت ومنها المماثلة بين البدلين في اموال
الربوا حتى لو ابيعت فالبيع فاسد لانه بيع ربوا والبيع الذي فيه
ربوا فاسد لان الربوا حرام بنص الكتاب قال الله تعالى وحرم الله
الربوا والكلام في مسايل الربوا في الاصل في ثلاث مواضع احدها

في بيان الربوا في عرف الشرع انه ما هو ۝ والثاني في بيان علته انها ما هي
والثالث في بيان شرط جريان الربوا ۝ اما الاول فالربوا في عرف الشرع
نوعان ربوا الفضل وربوا النسا اما ربوا الفضل فهو زيادة عين مال
شرطت في عقود البيع على المعيار الشرعي وهو الكيل والوزن في الجنس عندنا
وعند الشافعي هو زيادة مطلقة في المطعوم خاصة عند اتحاد الجنس واما
الربوا النسا فهو فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين في المكيلين
او الموزونين عند اختلاف الجنس او في غير المكيلين والموزونين عند اتحاد
الجنس عندنا وعند الشافعي هو فضل الحلول على الاجل في المطعومات
والاثمان خاصة والله اعلم ۝ واما الثاني وهو بيان العلة فنقول الاصل
المعلول في هذا الباب باجماع القايسين الحديث المشهور وهو ما روى
ابو سعيد الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه قال الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا
والشعير بالشعير مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا والتمر بالتمر مثلا
بمثل يدا بيد والفضل ربوا والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا
والفضة بالفضة مثلا بمثل يدا بيد والفضل ربوا والذهب بالذهب مثلا
بمثل يدا بيد والفضل ربوا اي بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل يدا بيد
وروي مثل بمثل بالرفع اي بيع الحنطة بالحنطة مثل بمثل يد بيد
جايز فهذا النص معلول باتفاق القايسين غير انهم اختلفوا في العلة قال
اصحابنا رحمهم الله علة ربوا الفضل في الاشيا الاربعة المنصوص عليها
الكيل مع الجنس وفي الذهب والفضة الوزن مع الجنس فلا تتحقق العلة
الا باجتماع الوصفين وهما القدر والجنس وعلة ربوا النسا هي احد وصفي
ربوا الفضل اما الكيل والوزن المتفق او الجنس وهذا عندنا وعند
الشافعي ربوا الفضل في الاشيا الاربعة الطعم وفي الذهب والفضة
(وفي قول صح)
الثمنية في قول ثمنا غير معقولا ن وعلة ربوا النسا ما هو علة ربوا الفضل
وهي الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان دون الجنس اذ الاصل عنده
حرمة بيع المطعوم بجنسه واما التساوي في المعيار الشرعي مع اليد
مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة احتج الشافعي لاثبات الاصل بما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الطعام الا سوا
بسوا هذا الاصل يدل على ان الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه واما
الجواز بعارض التساوي في المعيار الشرعي لانه نهى عن بيع الطعام
بالطعام بالحد مطلقا واستثنى حالة المساواة فيدل على ان الحرمة
هي الاصل في بيع المطعوم بالمطعوم من غير فصل بين القليل والكثير
وفيه دليل على جعل الطعم علة لانه اثبت الحكم عقيب اسم مشتق من معنى
يصير موضع الاشتقاق علة للحكم المذكور لقوله تعالى والسارق والسارقة
فاقطعوا ايديهما وقوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة والطعام اسم مشتق من الطعم فيدل على كون الطعم علة ولان العلة
اسم لوصف موثر في الحكم ووصف الطعم موثر في حرمة بيع المطعوم

والحكم متي ثبت عقيب وصف موثر يحال عليه كما في الزنا والسرقة ونحو
ذلك وبيان تاثير الطعم انه وصف ينبي عن العزة والشرف لكونه متعلق
البقا وهذا يشعر بعزته وشرفه فيجب عزته وشرفه وذلك في بيع المطعوم
وتعليق جوازه بشرطي التساوي في المعيار الشرعي واليد في تعليقه بشرطين
تضييق طريق اصابته وما ضاق طريق اصابته يعز وجوده فيعز امساكه
ولا يهون في عين صاحبه فكان الاصل فيه هو الحظر ولهذا كان الاصل في
الابضاع الحرمة والحظر والجواز بشرطي الشهادة والولي اظهارا لشرفها
لكونها منشا البشر الذين هم المقصودون في العالم وهم قوامها والابضاع
وسيلة الي بقا الجنس فكان الاصل فيها الحظر والجواز بشرطين ليعز
وجوده ولا تتيسر اصابته ولا يهون امساكه فكذا هذا وكذا الاصل
في بيع الذهب والفضة بجنسها هو الحرمة لكونها اثمان الاشيا فيها وقيمتها
فكان قوام الاموال والحيوة بها فيجب اظهار اثر شرفها في الشرع بما قلنا
ولنا في اثبات الاصل اشارات النصوص من الكتاب والسنة والاستدلال
اما الكتاب فقوله تعالي اوفوا الكيل ولا تكونوا من المخسرين وزنوا
بالقسطاس المستقيم ولا تبخسوا الناس ولا تعثوا في الارض مفسدين
وقال يا قوم اوفوا الكيل والميزان ولا تبخسوا الناس اشياهم ولا تعثوا في
الارض بعد اصلاحها جعل حرمة الربوا بالمكيل والموزون مطلقا عن
شرط الطعم فيدل علي ان العلة هي الكيل والوزن وقال تعالي ويل للمطففين
الذين اذا اكتالوا علي الناس يستوفون واذا كالوهم او وزنوهم يخسرون
الحق الوعيد الشديد بالتطفيف في الكيل والوزن مطلقا من غير فصل
بين المطعوم وغيره واما السنة فما روي ان عامل خيبر اهدي الي
رسول الله صلي الله عليه وسلم تمرا جنيبا فقال اوكل تمر خيبر هكذا
فقال لا ولكني اعطيت صاعين واخذت صاعا فقال صلي الله عليه وسلم
اربيت هلا بعت تمرك بسلعة ثم ابتعت بسلعتك تمرا وكذلك الميزان
واردته بطريق الكتابة والمجاورة بينهما من غير فصل بين المطعوم
وغير المطعوم وكذا روي مالك بن انس ومحمد بن اسحق الحنظلي رحمهما
الله باسنادهما الحديث المشهور الذي رواه في كتاب البيوع عن النبي
صلي الله عليه وسلم انه قال في اخره وكذلك كل ما يكال او يوزن واما
الاستدلال فهو ان الفضل علي المعيار الشرعي من الكيل والوزن
في الجنس انما كان ربوا في المطعومات والاثمان من الاشيا الستة
المنصوص عليها لكونه فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه
في عقد المعاوضة وقد وجد في الجص والحديد ونحوهما فورود الشرع
ثمة يكون ورودا ههنا دلالة وبيان ذلك ان البيع لغة وشرعا مبادلة
المال بالمال وهذا يقتضي التساوي في البدلين علي وجه لا يخلوا كل جزء من
من البدل من هذا الجانب عن البدل من ذلك الجانب لان هذا هو حقيقة
المبادلة ولهذا لا يملك الاب والوصي بيع مال اليتيم بغبن فاحش ولا
يصح من المريض الا من الثلث والقفيز من الحنطة مثل القفيز من الحنطة

صورة

صورة ومعني وكذا الدينار مع الدينار اما الصورة فلانهما متماثلان
في القدر واما معني فلان المجانسة في الاموال عبارة عن تقارب
المالية فكان القفيز مثلا للدينار ولهذا لو اتلف علي اخر قفيز حنطة يلزمه
قفيز مثله ولا يلزمه قيمته واذا كان القفيز من الحنطة مثلا للقفيز من
الحنطة كان القفيز الزايد فضل مال خال عن العوض يمكن التحرز عنه في
عقد المعاوضة فكان ربوا وهذا المعني لا يخص المطعومات والاثمان
بل يوجد في كل مكيل بجنسه وموزون بجنسه فالشرع الوارد هناك يكون
واردا ههنا دلالة واما قوله الاصل حرمة بيع المطعوم بجنسه ممنوع
ولا حجة له في الحديث لانه ما اقتصر علي النهي في بيع الطعام بالطعام ليجعل
الحظر فيه اصلا بل قرن به الاستثنا فقال الا سوا بسوا فلا يدل علي كون
الحرمة فيه اصلا وقوله جعل الطعم علة دعوي ممنوعة ايضا والاسم
المشتق من معني انما يجعل علة للحكم المذكور عقيبه عندنا اذا كان له
اثر كالزنا والسرقة ونحوهما فلم قلتم ان للطعم اثرا وكونه متعلق البقا
لا يكون اثره في الاطلاق اولي من الحظر فكان الاصل فيه هو التوسع دون
التضييق علي ما عرف والله اعلم وعلي هذا الاصل ينبني مسايل الربوا
نقدا ونسية وفروع الخلاف بيننا وبين الشافعي اما ربوا النقد
ففايدة الخلاف تظهر في موضعين احدهما في بيع مكيل بجنسه غير مطعوم
او موزون بجنسه غير مطعوم ولا ثمن كبيع قفيز جص بقفيزي جص
وبيع من حديد بمنوي حديد عندنا لا يجوز لانه بيع ربوا لوجود علة
الربوا وهو الكيل مع الجنس او الوزن مع الجنس وعنده يجوز لان العلة
هي الطعم او الثمنية ولم يوجد وعلي هذا الخلاف بيع كل مقدر بجنسه
من المكيلات والموزونات غير المطعومات والاثمان كالنورة والزرنيخ
والصفر والنحاس ونحوها واما بيع المكيل بجنسه متفاضلا وبيع
الموزون بجنسه متفاضلا كبيع قفيز ارز بقفيزي ارز وبيع من سكر
بمنوي سكر فلا يجوز بالاجماع اما عندنا فلوجود القدر والجنس وعنده
لوجود الطعم والجنس وكذا كل موزون هو ماكول او مشروب
كالدهن والرب والخل ونحوها ويجوز بيع المكيل بغير جنسه متفاضلا
مطعوما كان او غير مطعوم بعد ان يكون يدا بيد كبيع قفيز حنطة
بقفيزي شعير وبيع قفيز جص بقفيزي نورة ونحو ذلك لان علة ربوا
الفضل مجموع الوصفين وقد انعدم احدهما وهو الجنس وكذا
بيع الموزون بغير جنسه متفاضلا جايز ثمنين كانا او مثمنين
بعد ان يكون يدا بيد كبيع دينار بماية درهم وبيع من حديد
بمنوي نحاس او رصاص ونحو ذلك لما قلنا ويجوز بيع المذروعات
والمعدودات المتفاوتة واحدا باثنين يدا بيد كبيع ثوب بثوبين
وعبد بعبدين وشاة بشاتين ونصل بنصلين ونحو ذلك بالاجماع
اما عندنا فلانعدام احد الوصفين وهو الكيل والوزن وعنده
لانعدام الطعم والثمنية واما بيع الاواني الصفرية واحدا

المطعوم صح

باثنين كبيع قمقمة بقمقمتين وبحو ذلك فان كان مما يباع عددا يجوز لان العددي في العدديات ليس من اوصاف علة الربوا فلا يتحقق الربوا وان كان مما يباع وزنا لا يجوز لانه بيع مال الربوا بجنسه مجازفة ويجوز بيع المعدودات المتقاربة من غير المطعومات بجنسها متفاضلا عند ابي حنيفة وابي يوسف بعد ان يكون يدا بيد كبيع الفلس بالفلسين باعيانهما وعند محمد لا يجوز وجه قوله ان الفلوس اثمان فلا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالدراهم والدنانير ودلالة الوصف ان الثمن عبارة عما يقدر به مالية الاعيان ومالية الاعيان كما تقدر بالدراهم والدنانير تقدر بالفلوس فكانت اثمانا ولهذا كانت اثمانا عند مقابلتها بخلاف جنسها وعند مقابلتها بجنسها حالة المساواة واذا كانت الثمن فالثمن لا يتعين وان كان عين الدراهم والدنانير فالتحق التعيين فيهما بالعدم فكان بيع الفلس بالفلسين بغير اعيانهما وذا لا يجوز ولانها اذا كانت اثمانا فالواحد يقابل الواحد فبقي الاخر فضل مال فلا يقابله عوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربوا ولهما ان علة ربوا في العدد مع الجنس وهو الكيل والوزن المتفق عند اتحاد الجنس والمجانسة ان وجدت ههنا فلم يوجد القدر فلا يتحقق الربوا وقوله الفلوس اثمان قلنا ثمنيتها قد بطلت في حقهما قبل البيع فالبيع صادفها وهي سلع عددية فيجوز بيع الواحد بالاثنين كسائر السلع العددية كالقماقم العددية وغيرها الا انها بقيت اثمانا عند المقابلة بخلاف جنسها حالة المساواة لان خروجها عن وصف الثمنية كان لضرورة صحة العقد وجوازه لانهما قصدا الصحة ولا صحة الا بما قلنا ولا ضرورة ثمة لان البيع جائز في الحالين بقيت على صفة الثمنية او خرجت عنها والثاني في بيع مطعوم بجنسه ليس بمكيل ولا موزون كبيع حفنة حنطة بحفنتين منها او بطيخة ببطيختين او تفاحة بتفاحتين او بيضة ببيضتين وعنده لا يجوز لعدم الطعم والجنس وكذا لو باع حفنة بحفنة او تفاحة بتفاحة او بيضة ببيضة يجوز عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز لوجود الطعم لان حرمة بيع المطعوم بجنسه هو العزيمة عنده والتساوي في الكيل والوزن مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة ولم يوجد المخلص فبقي على اصل الحرمة واما ربوا النسا وفروعه وفائدة الاختلاف فيه فالاصل فيه ما روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه قال اسلم ما يكال فيما يوزن واسلم ما يوزن فيما يكال ولا تسلم فيما ما يكال فيما يكال ولا ما يوزن فيما يوزن واذا اختلف النوعان مما يكال او يوزن فلا باس به اثنان بواحد يدا بيد والاخير فيه نسيه ولا بد من شرح هذه الجملة ما يحتاج منها الى التفصيل لانه رحمه الله اجرى القضية عامة ومنها ما لا يحتمل فلا بد من بيان ذلك فنقول وبالله التوفيق لا يجوز اسلام المكيلات في المكيلات على العموم سواء كانا مطعومين كالحنطة او في الشعير او غير مطعومين كالجص في الجص او في النورة وكذا بيع المكيل بمكيل حالا لا سلما لكن دينا موصوفا في الذمة لا يجوز سواء كان من جنس واحد

او جنسين مطعومين كانا او مطعومين عندنا لان احد وصفي علة ربوا الفضل جمعهما وهو الكيل وعند الشافعي ان كانا مطعومين فكذلك وان لم يكونا مطعومين جاز لان العلة عنده الطعم واما اسلام الموزونات في الموزونات ففيه تفصيل ان كانا جميعا مما يتعينان في العقد لا يجوز ايضا سواء كانا مطعومين كالسكر في الزعفران او غير مطعومين كالحديد في النحاس لوجود وصفي احد علة ربوا الفضل الذي هو علة تامة لربوا النسا وعند الشافعي يجوز في غير المطعوم ولا يجوز في المطعوم لما قلنا وان كانا مما لا يتعينان في العقد كالدراهم في الدنانير والدنانير في الدراهم او الدراهم في الدراهم والدنانير في الدنانير ولا يتعين المسلم فيه كالحديد في الدراهم والدنانير لا يجوز لان المسلم فيه مبيع لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم وهذا يقتضي ان يكون السلم بيع ما ليس عند الانسان لانه رخص في بعض ما دخل تحت النهي والداخل تحت النهي هو البيع دل ان السلم نوع بيع ليستقيم اثبات الرخصة فيه فكان المسلم فيه مبيعا والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا يحتملان التعيين شرعا في عقود المعاوضات فلم يكونا متعينين فلا يصلحان مسلما فيهما وان كان راس المال مما لا يتعين والمسلم فيه مما يتعين كما اذا اسلم الدراهم والدنانير في الزعفران او في القطن او الحديد وغيرهما من سائر الموزونات فانه يجوز لانعدام العلة وهي القدر المتفق او الجنس اما المجانسة فظاهرة الانتفا واما القدر المتفق فلان الوزن الثمن يخالف وزن المثمن الا ترى ان الدراهم توزن بالمثاقيل والقطن والحديد يوزنان بالقبان فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربوا هذا اذا اسلم الدراهم او الدنانير في سائر الموزونات فاما اذا اسلم نقرة فضة او تبر ذهب او المصوغ فيها فهل يجوز ذكر الاختلاف فيه بين ابي يوسف وزفر على قول ابي يوسف يجوز وعلى قول زفر لا يجوز وجه قول زفر انه وجد علة ربوا النسا وهي احد وصفي علة ربوا الفضل وهو الوزن في المالين فيتحقق الربوا وجه قول ابي يوسف ان احد الوصفين الذي هو علة القدر المتفق لا مطلق القدر ولم يوجد لان النقرة او التبر من جنس الاثمان واصل الاثمان ووزن الثمن يخالف وزن المثمن على ما ذكرنا فلم يتفق القدر فلم توجد العلة فلا يتحقق الربوا كما اذا اسلم فيها الدراهم والدنانير ولو اسلم فيها الفلوس جاز لان الفلس عددي والعدد في العدديات ليس من اوصاف العلة ولو اسلم فيها الاواني الصفرية ينظر ان كانت تباع وزنا لم يجز لوجود الوزن الذي هو احد وصفي علة ربوا الفضل وان كانت تباع عددا جاز لانعدام العلة واما اسلام المكيلات في الموزونات فهو ايضا على التفصيل فان كان الوزن مما يتعين بالتعيين يجوز سواء كانا مطعومين كالحنطة في الزيت او الزعفران او غير مطعومين كالجص في الحديد لوجود العلة وان كان مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير لا يجوز لما مر

ان شرط جواز السلم ان يكون المسلم فيه مبيعا والدراهم والدنانير اثمان ابدا
بخلاف ساير الموزونات ثم اذا لم يجز هذا العقد سلما هل يجوز بيعا ينظر ان
كان بلفظة البيع يجوز ويكون بيعا بثمن موجل لانه ان تعذر تصحيحه سلما امكن
تصحيحه بيعا بثمن موجل فيجعل بيعا به وان كان بلفظة السلم اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يجوز لان السلم يخالف مطلق البيع في الاحكام والشرايط
فاذا لم يصح سلما بطل راسا وقال بعضهم يجوز لان السلم نوع بيع الا ترى
ان النبي صلى الله عليه وسلم حيث نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص
في السلم ولهذا ينعقد بلفظة البيع الا انه اختص بشرايط مخصوصة فاذا
تعذر تصحيحه بيعا هو سلم تصحح بيعا بثمن موجل تصحيحا للتصرف بالقدر الممكن
واما اسلام الموزونات في المكيلات فجايز على العموم سوا كان الموزون الذي
جعله راس المال عوضا يتعين بالتعيين او ثمنا لا يتعين بالتعيين وهو
الدراهم والدنانير لانه لم يجمعهما احد الوصفين وهو القدر المتفق
او الجنس فلم توجد العلة ولو اسلم جنسا في جنسه وغير جنسه كما اذا اسلم
مكيلا في مكيل وموزون لم يجز السلم في جميعه عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد يجوز في حصة خلاف الجنس وهو الموزون وهو على اختلافهم
فيمن جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة وقد ذكرناه فيما تقدم
واما اسلام غير المكيل والموزون في جنسه من الذرعيات والعدديات
كالهروي في الهروي والمروي في المروي والحيوان في الحيوان فلا
يجوز عندنا وعند الشافعي يجوز ولقب المسلة ان الجنس بانفراده
يحرم النسا عندنا وعنده لا يحرم ولا يجوز اسلام الجوز في الجوز والبيض
في البيض والتفاح في التفاح والحفنة في الحفنة بالاجماع لوجود الجنس عندنا
لوجود الطعم عنده واجمعوا على انه يجوز اسلام الهروي في المروي لانعدام
احد الوصفين عندنا وعنده لانعدام الطعم والثمنية ويجوز
اسلام الجوز في البيض والتفاح في السفرجل والحيوان في الثوب
عندنا لما قلنا وعنده لا يجوز في المطعوم لوجود الطعم ولو اسلم الفلوس
في الفلوس لا يجوز عندنا لوجود الجنس وعنده لوجود الثمنية وكذا
اذا اسلم الاواني الصفرية في جنسها وهي تباع عددا لا يجوز عندنا
لوجود المجانسة وعنده لوجود الثمنية والكلام في مسايل الجنس بانفراده
مبني على الكلام في مسلة الربوا واصل الشافعي فيها ما ذكرنا ان حرمة
بيع المطعوم بجنسه وحرمة بيع الاثمان بجنسها هي الاصل والتساوي
في المعيار الشرعي مع اليد مخلص عن الحرمة بطريق الرخصة او ربوا
النسا عنده هو فضل الحلول على الاجل في المطعومات والثمنية
في الاثمان وقد ذكرنا ما له من الدليل على صحة هذا الاصل فيما تقدم
والكلام لاصحابنا في هذه المسلة على نحو ما ذكرنا في علة ربوا الفضل
وهو السلم في المطعومات والاثمان انما كان ربوا لكونه فضلا خاليا
عن العوض يمكن التحرز عنه في عقد المعاوضة لان البيع عقد مبادلة
على طريق المقابلة والمساواة في البدلين ولهذا لو كانا نقدين

يجوز

235

يجوز ولا مساواة بين النقد والنسية لان العين خير من الدين والمعجل اكثر
قيمة من الموجل فكان ينبغي كل فضل مشروط في البيع ربوا سوا كان الفضل من
حيث الذات او من حيث الاوصاف الا ما لا يمكن التحرز عنه بان يبيع عينا
بعين وحالا غير موجل هذا المعنى موجود في غير مطعوم والاثمان فورود الشرع
ثمة يكون ورودا ههنا دلالة وابتدا الدليل لنا في المسلة ما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال لا ربوا الا في النسية وروي انما الربوا في النسية
حقق الربوا في النسية من غير فصل بين المطعوم والاثمان وبين غيرها
فيجب القول بتحقق الربوا فيها على الاطلاق والعموم الا ما خص بدليل او
قيد بدليل والربوا حرام بنص الكتاب واذا كان الجنس احد وصفي
علة ربوا الفضل وعلة ربوا النسا عندنا وشرط علة ربوا الفضل عنده
فلا بد من معرفة الجنس من كل ما يجري فيه الربوا فنقول وبالله التوفيق
الحنطة كلها على اختلاف انواعها واوصافها وبلدانها جنس واحد وكذا الشعير
وكذلك دقيقهما وكذا سويقهما وكذلك التمر وكذلك الملح وكذلك العنب
وكذلك الزبيب وكذلك الذهب والفضة فلا يجوز بيع كل مكيل من ذلك بجنسه
متفاضلا في الكيل وان تساويا في النوع والصفة بلا خلاف واما متساويا
في الكيل متفاضلا في النوع والصفة فنقول لا خلاف في انه يجوز بيع الحنطة
بالحنطة السقية بالسقية والنخسية بالنخسية واحداهما بالاخرى
والجيدة بالجيدة والردية بالردية واحداهما بالاخرى والجديدة بالجديدة
والعتيقة بالعتيقة واحداهما بالاخرى والمقلوة بالمقلوة وكذلك الشعير
على هذا وكذلك دقيق الحنطة ودقيق الشعير فيجوز بيع دقيق الحنطة
بدقيق الحنطة وسويق الحنطة بسويق الحنطة وكذا دقيق الشعير وسويقه
وكذلك التمر بالتمر البرني بالمعقلي والجيد بالردي والجديد بالجديد
والعتيق بالعتيق واحداهما بالاخر وكذلك العنب والزبيب اليابس
بالزبيب اليابس ولا خلاف في انه بيع حنطة مقلية بحنطة غير مقلية والمطبوخة
بغير مطبوخة وبيع الحنطة بدقيق الحنطة وبسويق الحنطة وبيع تمر
مطبوخ بغير تمر مطبوخ بتمر غير مطبوخ متفاضلا في الكيل او متساويا فيه
لان المقلية تضم بعض اجزايها الى بعض يعرف ذلك بالتجربة فيتحقق
الفضل من حيث القدر في الكيل فيتحقق الربوا وكذا المطبوخة بغير
المطبوخة لان المطبوخة تنتفخ بالطبخ فكان غير المطبوخة اكثر قدرا
عند العقد فيتحقق الفضل وكذا بيع الحنطة بدقيق الحنطة لان في
الحنطة دقيقا الا انه مجتمع لوجود المانع من التفرق وهو التركيب
وذلك اكثر من الدقيق عرف ذلك بالتجربة الا ان الحنطة اذا طحنت
ازداد دقيقها على المتفرق ومعلوم ان الطحن لا اثر له في زيادة القدر فدل
انه كان ازيد في الحنطة فتحقق الفضل من حيث القدر بالتجربة عند
العقد فيتحقق الربوا واما بيع الحنطة المبلولة او الندية بالندية
او الرطبة بالرطبة او المبلولة بالمبلولة او باليابسة وبيع التمر بالرطب
والرطب بالرطب او بالتمر والمنقع والعنب بالزبيب اليابس

واليابس بالمنقع والمنقع بالمنقع متساويا في الكيل فهل يجوز قال ابوحنيفة
كل ذلك جايز وقال ابو يوسف كله جايز الا بيع التمر بالرطب وقال محمد
كله فاسد الا بيع الرطب بالرطب ومثاله والعنب بالعنب وقال الشافعي كله
باطل ويجوز بيع الكفري بالتمر والرطب بالبسر متساويا ومتفاضلا بالاجماع
ولعدم الجنس والجنس اذ هو اسم لوعا الطلع فابوحنيفة رحمه الله تعالى
يعتبرها حالا وما لا واعتبار ابي يوسف مثل اعتبار ابي حنيفة الا في الرطب
بالتمر فانه يفسده بالنص واصل الشافعي ما ذكرنا في علة الربوا ان
حرمة بيع المطعوم بجنسه هي الاصل والتساوي في المعيار الشرعي مع اليد
مخلص الا انه يعتبر التساوي هاهنا في المعيار الشرعي في اعدل الاحوال
وهي حالة الجفاف احتج ابو يوسف ومحمد بما روي عن سعيد بن ابي وقاص
رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الرطب بالتمر
وقال انه ينقص اذا جف بين الحكم وعلته وهي النقصان عند الجفاف
فمحمد رحمه الله عدا هذا الحكم الى حيث تعدت العلة وابو يوسف قصره
على محل النص لكونه حكما ثبت على خلاف القياس ولابي حنيفة رحمه الله الكتاب
والسنة المشهورة اما الكتاب فعمومات البيع من نحو قوله تعالى
واحل الله البيع وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل
الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ونظاير النصوص يقتضي جواز كل بيع
الا ما خص بدليل وقد خص البيع متفاضلا على المعيار الشرعي فبقي البيع
متساويا على ظاهر العموم واما السنة المشهورة فحديث ابي سعيد
الخدري وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما حيث جوز رسول الله صلى
الله عليه وسلم بيع الحنطة بالحنطة والشعير بالشعير مثلا بمثل
عاما مطلقا من غير تخصيص وتقييد ولا شك ان اسم الحنطة والشعير
يقع على كل جنس والشعير على اختلاف انواعهما واوصافهما وكذلك اسم
التمر يقع على الرطب والبسر لانه اسم لثمر النخل لغة فيدخل فيه
الرطب واليابس والمذنب والبسر والمنقع وروي ان عامل خيبر
اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا جنيبا فقال عليه السلام
اوكل تمر خيبر هكذا وكان اهدى اليه رطبا اطلق اسم التمر على الرطب
وروي انه نهى عن بيع التمر حتى يزهي اي يحمر او يصفر وروي حتى
يحمار او يصفار والاحمرار والاصفرار من اوصاف البسر فقد اطلق
اسم التمر على البسر فيدخل تحت النص واما الحديث فمداره على زيد
زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة فلا يقبل في معارضة الكتاب
والسنة المشهورة ولهذا لم يقبله ابوحنيفة رحمه الله في المناظرة
في معارضة الحديث المشهور مع انه كان من صيارفة الحديث وكان
من مذهبه تقديم الخبر الخبر وان كان في حد الاحاد على القياس بعد
ان كان راويه عدلا ظاهر العدالة اونا وله فنحمله على بيع الرطب بالتمر
نسيئة او تمرا من مال اليتيم توفيقا بين الدلايل صيانة لها عن التناقض
والله اعلم وكذلك الذهب والفضة لا يجوز بيع كل بجنسه متفاضلا في الوزن

سوا اتفقا في النوع والصفة بان كانا مضروبين دراهم او دنانير او مصوغين او
تبرين جيدين او رديين او اختلفا للحديث المشهور مثلا بمثل والفضل
ربوا واما متساويا في الوزن متفاضلا في النوع والصفة كالمصوغ بالتبر
والجيد بالردي فيجوز عندنا وقال الشافعي لا يجوز بيع الجيد بالردي واحتج
بالحديث المشهور مثلا بمثل ولا مماثلة بين الجيد والردي في القيمة ولنا
الحديث المشهور مثلا بمثل والمراد منه المماثلة في الوزن وكذا روي في
بعض الروايات وزنا بوزن وقوله صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها
سوا وبه تبين ان الجودة عند المقابلة لا قيمة لها شرعا فلا يظهر الفضل
واللحوم معتبرة باصولها فان تجانس الاصلان تجانس اللحمان فيراعي فيه
المماثلة ولا يجوز الا متساويا وان اختلف الاصلان اختلف اللحمان فيجوز
بيع احدهما بالاخر متساويا ومتفاضلا بعد ان يكون يدا بيد ولا يجوز
نسيئة لوجود احد وصفي علة ربوا الفضل وهو الوزن اذا عرف هذا
فنقول لحوم الابل كلها على اختلاف انواعها من لحوم العراب والبخاتي
والهجين وذي السنامين وذي سنام واحد جنس واحد لان الابل كلها
جنس واحد فكذا لحومها وكذا لحوم البقر والجواميس كلها جنس واحد ولحوم
الغنم من الضان والنعجة والمعز والتيس جنس واحد اعتبارا بالاصول
وهذا عندنا وقال الشافعي اللحوم كلها جنس واحد اتحدت اصولها او
اختلفت حتى لا يجوز بيع لحم الابل بالبقر والبقر بالغنم متفاضلا
وجه قوله ان اللحمين استويا اسما ومنفعة وهو التغذي والتقوي
فاتحد الجنس فلزم اعتبار المماثلة في بيع بعضها ببعض ولنا ان اصول
هذه اللحوم مختلفة الجنس فكذا اللحوم لانها فروع تلك الاصول واختلاف
الاصل يوجب اختلاف الفرع قوله الاسم شامل والمقصود متحد
قلنا المعتبر في اتحاد الجنس اتحاد المقصود الخاص لا العام الا ترى ان
المطعومات كلها في معنى الطعم متحدة لا تجعل كلها جنسا واحدا كالحنطة
مع الشعير ونحو ذلك حتى يجوز بيع احدهما بالاخر متفاضلا مع اتحادهما
في معنى الطعم لكن لما كان ذلك معنى عاما لم يوجب اتحاد الجنس كذا
هذا وروي عن ابي يوسف انه يجوز بيع الطير بعضه ببعض متفاضلا
وان كانا من جنس واحد لانه لا يوزن عادة وعلى هذا الباب هذه الحيوانات
حكمها حكم اصولها عند الاتحاد والاختلاف لانها متفرعة من الاصول
فكانت معتبرة باصولها وكذا خل الدقل مع خل العنب جنسان مختلفان
اعتبارا باصلهما واللحم مع الشحم جنسان مختلفان لاختلاف الجنس
الاسم والمنافع وكذا مع الالية والالية مع الشحم جنسان مختلفان
لما قلنا وشحم البطن مع شحم البطن والالية لانه لحم سمين وصوف الشاة
مع شعر الغنم جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمنفعة وكذا
غزل الصوف مع غزل الشعر والقطن مع الكتان جنسان مختلفان
وكذا غزل القطن مع غزل الكتان ولا يجوز بيع غزل القطن بالقطن
متساويا لان القطن ينقص بالغزل فلا يجوز بيع احدهما بالاخر كبيع

الدقيق بالحنطة واما الحيوان مع اللحم فان اختلف الاصلان فهما جنسان
مختلفان كالشاة الحية مع لحم الابل والبقر فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة
نقدا ونسيئة لانعدام الوزن والجنس فلا يتحقق الربوا اصلا وان
اتفقا كالشاة الحية مع لحم الشاة من مشايخنا من اعتبرهما جنسين مختلفين
وبنوا عليه جواز بيع لحم الشاة بالشاة مجازفة عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعللوا لهما بانه باع الجنس بخلاف الجنس ومنهم من اعتبرهما جنسا واحدا
وبنوا مذهبهما على ان الشاة ليست بموزونة وجريان ربوا الفضل
يعتمد اجتماع الوصفين الجنس مع القدر فيجوز بيع احدهما بالاخر مجازفة
ومفاضلة بعد ان يكون يدا بيد وهو الصحيح على ما عرف في الخلافيات وقال
محمد لا يجوز الا على وجه الاعتبار وهو ان يكون وزن اللحم الخالص اكثر من
اللحم الذي في الشاة الحية بالحزر والظن ليكون اللحم بازاء اللحم والزيادة
بازاء اختلاف الجنس من الاطراف والسقط من الراس والاكارع والجلد
والشحم فان كان اللحم الخالص مثل قدر اللحم الذي في الشاة الحية او اقل او لا
يدري لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع الشاة الحية بشحم الشاة او بالبتها
وهذا مذهب اصحابنا وقال الشافعي اللحوم كلها جنس واحد فلا يجوز
بيع اللحم بالحيوان كيف ما كان سوا اتفق الاصلان او اختلفا باع مجازفة
او على طريق الاعتبار واجمعوا على انه لا يجوز بيع الشاة بلحم الشاة نسيئة
لوجود الجنس المحرم للنسا لان اللحم الخالص من جنس اللحم الذي في
الشاة واجمعوا على انه لا يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم الا على طريق
الاعتبار وهو ان يكون الدهن الخالص اكثر من الدهن الذي في السمسم
حتى يكون الدهن بازاء الدهن والزايد بازاء خلاف جنسه وهو الكسب
وكذا دهن الجوز بلب الجوز واما دهن الجوز بالجوز فقد اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم يجوز مجازفة بعد ان كان يدا بيد وقال بعضهم لا
يجوز الا على طريق الاعتبار واجمعوا ان بيع النصال بالحديد غير المصنوع
جايز مجازفة بعد ان كان يدا بيد اما الكلام مع الشافعي فهو بني
مذهبه على اصل له ذكرناه غير مرة وهو ان حرمة بيع ماكول بجنسه
هو العزيمة والجواز عند التساوي في المعيار الشرعي رخصة ولا يعرف
التساوي بين اللحم الخالص وبين اللحم الذي في الشاة فيبقى على اصل
الحرمة وقد ابطلنا هذا الاصل في علة الربوا واما الكلام مع اصحابنا
فوجه قول محمد رحمه الله ان في تجويز المجازفة ههنا احتمال الربوا
فوجب التحرز عنه ما امكن وامكن بمراعاة طريق الاعتبار فلزم مراعاته
قياسا على بيع الدهن بالسمسم والدليل على ان فيه الربوا ان اللحم موزون
فيحتمل ان يكون اللحم المنزوع اقل من اللحم الذي في الشاة وزنا فيكون
شي من اللحم مع السقط زيادة ويحتمل ان يكون مثله في الوزن فيكون السقط
زيادة فوجب مراعاة طريق الاعتبار تحرزا عن الربوا عند الامكان
ولهذا لم يجز بيع السمسم بالسمسم والزيت بالزيتون الا على طريق الاعتبار
كذا هذا ولهما قلنا ان هذا بيع الموزون بما ليس بموزون يدا بيد فيجوز

مجازفة

مجازفة ومفاضلة استدلالا ببيع الحديد غير المصنوع بالنصال مجازفة
ومفاضلة يدا بيد ودلالة الوصف ان اللحم المنزوع وان كان موزونا
فاللحم الذي في الشاة ليس بموزون لان الموزون ما له طريق الى معرفة
مقدار ثقله ولا طريق معرفة ثقل اللحم الذي في الشاة لان الطريق
اما ان يكون الوزن بالقبان واما ان يكون الاستدلال بالتجربة
واما ان يكون الحزر والتخمين من غير تفاوت فاحش وشي من ذلك لا
يصلح طريقا لمعرفة مقدار اللحم الذي في الشاة اما الوزن بالقبان
فلان الشاة لا توزن بالقبان عرفا وعادة ولو صلح الوزن طريقا
لوزن لان امكان الوزن ثابت والحاجة الى معرفة مقدار اللحم
الذي فيها ماسة حتى يتعرف المشتري ذلك بالجس والمس باليد
والرفع من الارض ونحو ذلك لان الحي يثقل نفسه مرة ويخفف
اخرى فيختلف وزنه فدل ان الوزن لا يصلح طريق المعرفة واما
التجربة فان ذلك بالذبح ووزن المذبوح ليعرف الذي كان فيها
عند العقد بطريق الظهور لا يمكن لان الشاة تحتمل الزيادة
والنقصان والسمن والهزل ساعة فساعة فلا يعرف به مقدار ثقله
حالة العقد بالتجربة واما الحزر والظن فانه لا حزر لمن لا بصارة
له في هذا الباب بل يخطي لا محالة ومن له بصارة يغلط ايضا ظاهرا
وغالبا ويظهر فيه تفاوت فاحش فدل انه لا طريق لمعرفة اللحم الذي
في الشاة الحية فلم يكن موزونا فلا يكون محلا لربوا الفضل بخلاف
بيع السمسم بالسمسم لان ذلك بيع الموزون بالموزون لا يمكن معرفة
مقدار الدهن في السمسم بالتجربة بان يوزن قدر من السمسم
فيستخرج دهنه فيظهر قدر الدهن الذي في الجملة بالقياس عليه
او تعصر الجملة فيظهر قدر الدهن الذي كان فيها حالة العقد او يعرف
بالحزر والتخمين انه كم يخرج من الدهن من هذا القدر من غير تفاوت
فاحش يلحق الضرر باحد العاقدين فكان ذلك بيع الموزون بالموزون
مجازفة فلم يجز لاحتمال الربوا والله اعلم ولو باع شاة مذبوحة
غير مسلوخة بلحم شاة لا يجوز الا على طريق الاعتبار بالاجماع لان
اللحم الذي في الشاة المذبوحة موزون فقد باع الموزون بجنسه
وبخلاف جنسه فيراعي فيه طريق الاعتبار بخلاف اللحم الذي في
الشاة الحية فانه غير موزون لما قلنا فلم يتحقق الربوا فجازت
المجازفة فيه ولو باع شاة حية بشاة مذبوحة غير مسلوخة مجازفة
جاز بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه باع الموزون بما ليس بموزون
فلا يتحقق الربوا كما اذا باع شاة حية بلحم الشاة واما عند محمد
فلان اللحم يقابل اللحم وزيادة اللحم في احدهما مع سقطها يكون بمقابلة
سقط الاخرى فلا يتحقق الربوا وكذلك لو باع شاتين مذبوحتين
غير مسلوختين بشاة واحدة مذبوحة غير مسلوخة يجوز
ويكون اللحم بمقابلة اللحم وزيادة اللحم في احد الجانبين مع السقط

دهن صح

يكون بمقابلة سقط الاخري ولو باع شاتين مذبوحتين بشاة واحدة
مذبوحة غير مسلوخة يجوز ويقابل اللحم باللحم ومقابلة اللحم من المسلوختين
بمقابلة سقط الاخري ولو باع شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بشاة
مذبوحة مسلوخة لا يجوز لان زيادة اللحم من غير المسلوختين مع السقط لا
يقابله عوض فيكون ربوا ولو باع شاتين مسلوختين بشاة لا يجوز
لانهما مالان جمعهما الوزن فلا يجوز بيع احدهما بالاخر مفاضلة ومجازفة
حتي لو كانا مستويين في الوزن يجوز يدا بيد ولا يجوز بيع الزيت بالزيتون
وذ من الكتان بالكتان والعصير بالعنب والسمن بلبن فيه سمن والصوف
بشاة علي ظهرها واللبن بحيوان في ضرعه لبن من جنسه والتمر بارض
ونخل عليه تمر والحنطة فيها زرع قد ادرك ونحو ذلك من اموال الربوا
حتي يكون المفرد اكثر من المجموع ليكون المثل بالمثل والزيادة بمقابلة
خلاف الجنس وسنذكر اجناس هذه المسايل في مواضعها ان شا الله تعالي
هذا اذا قوبل بدل جنس ببدل من جنسه او ببدلين من جنسه او من
خلاف جنسه فاما اذا قوبل ابدال من جنسين مختلفين بابدال من جنسين
مختلفين فان كان من غير اموال الربوا فلا شك انه يجوز وتقسم الابدال
من احد الجانبين بالابدال من الجانب الاخر قسمة توزيع واشاعة من حيث
التقويم وان كان في اموال الربوا فيجوز ايضا عند اصحابنا الثلاثة
وتصرف الجنس الي خلاف الجنس فيقسم قسمة تصحيح لا قسمة اشاعة وتوزيع
وعند زفر والشافعي لا يجوز ويقسم قسمة توزيع واشاعة من حيث القيمة
كما في غير اموال الربوا وبيان ذلك في مسايل اذا باع كر حنطة وكر شعير
بكري حنطة وكري شعير جاز عند علمائنا الثلاثة ويصرف الحنطة
الي الشعير والشعير الي الحنطة وعندهما لا يجوز وكذا اذا باع درهما
ودينارا بدرهمين ودينارين ويصرف الدرهم الي الدينار والدينار
الي الدرهمين وجه قول زفر والشافعي ان هذا بيع ربوا فلا يجوز كبيع
الدرهم بالدرهمين والدينار بالدينارين ودلالة الوصف انه قابل
الجملة بالجملة مطلقا ومطلق مقابلة الجملة بالجملة يقتضي انقسام كل بدل
من احد الجانبين بجميع الابدال من الجانب الاخر علي سبيل الشيوع
من حيث القيمة اذا كانت الابدال مختلفة القيم استدلالا بسائر
البياعات في غير اموال الربوا فانه اذا باع عبدا وجارية بفرس وثوب
وقيمتها مختلفة تقسم القيمة علي قيمة الفرس والثوب وكذلك الجارية
حتي لو وجد بواحد من الجملة عيبا يرده بحصته من البدلين وكذا
لو استحق واحد منهما يرده بحصته من البدلين علي البايع وكذا لو كان
احد البدلين دارا فالشفيع ياخذها بحصتها من البدلين فكان التقسيم
علي الوجه الذي قلنا هو الموجب الاصلي في البياعات كلها والانقسام علي
هذا الوجه في اموال الربوا يحقق الربوا لانه يصير بايعا كر حنطة
بكري حنطة وكري شعير وكر شعير بكري شعير وكر حنطة فيتحقق
الربوا وعلي انه ان لم يتحقق فيه الربوا ففيه احتمال الربوا وانه

مفسد

مفسد للعقد كبيع الصبرة بالصبرة مجازفة ولنا عمومات البيع من غير
فصل من ادعي التخصيص فعليه الدلايل ولان المتعاقدين اطلقا مقابلة
الجملة بالجملة والمطلق يتعرض للذات لا للصفات والجهات فلا يكون
مقابلة الجنس بالجنس عينا ولا مقابلة الجنس بخلاف الجنس عينا فلا يتحقق
الربوا لانه اسم لفضل مال في مقابلة الجنس بالجنس عينا ولم يوجد
ونقول مطلق المقابلة يحتمل مقابلة الجنس بالجنس علي سبيل الشيوع
من حيث القيمة كما قلتم ويحتمل مقابلة الجنس بخلاف الجنس لان كل
ذلك مقابلة الجملة بالجملة الا انا لو حملناه علي الاول يفسد العقد
ولو حملناه علي الثاني يصح فالحمل علي ما فيه الصحة اولي قوله موجب البيع
المطلق المشتمل علي ابدال من الجانبين علي جميع الابدال من الجانب الاخر
علي الشيوع من حيث التقويم قلنا ممنوع ان هذا موجب العقد المطلق
في موضع وفي مسايل البياعات في غير اموال الربوا ما ثبت الانقسام موجبا
له بل بحكم المعاوضة والمساواة في الابدال لانهما لما اطلقا البيع وهو
يشتمل علي ابدال من الجانبين من غير تعيين مقابلة البعض بالبعض وليس
البعض اولي من البعض في البعض فلزم القول بالاشاعة والتقسيم
من حيث القيمة حكما للمعاوضة والمساواة وعند تحقق الضرورة وهي
ضرورة الرد بالعيب والرجوع عند الاستحقاق ونحو ذلك فلا يثبت
الانقسام عند القيمة قبل تحقق الضرورة علي ما عرف قوله فيه احتمال
الربوا قلنا احتمال الربوا هنا يوجب فساد العقد عند مقابلة الجنس
بالجنس كما في بيع الصبرة بالصبرة لا علي الاطلاق لان عند مقابلة الجنس
بالجنس يلزم رعاية المماثلة المشروطة ولم يوجد هاهنا فلا يوجب الفساد
وعلي هذا اذا باع دينارا ودرهمين بدرهمين ودينارين انه يجوز عندنا
ويكون الدينار بالدرهمين والدرهمان بالدينارين وكذا اذا باع درهمين
ودينارا بدينارين ودرهم يجوز عندنا بان يجعل الدرهمين بالدينارين
والدينار بالدرهم وكذلك اذا باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار
انه جايز عندنا وتكون الخمسة بمقابلة الخمسة والخمسة الاخري بمقابلة
الدينار وكذلك اذا باع احد عشر درهما بعشرة ودينار جاز عندنا وكانت
العشرة بمثلها ودينار بدرهم وكذلك قال ابو حنيفة اذا باع مائة درهم
ودينارا بالف درهم يجوز ولا باس به وتكون المائة بمقابلة المائة
والتسعمائة بمقابلة الدينار فلا يتحقق الربوا وكذا روي عن محمد رحمه
الله انه قال اذا باع الدراهم بالدراهم وفي احدهما فضل من حيث
الوزن وفي الجانب الذي لا فضل فيه فلوس فهو جايز في الحكم ولكني
اكرهه فقيل له كيف تجده في قلبك قال اجده مثل الجبل والحاصل انه
ينظر الي ما يقابل الزيادة من حيث الوزن من خلاف الجنس ان بلغت
قيمته قيمة الزيادة او كانت اقل منها مما يتغابن الناس فيه عادة جاز
البيع من غير كراهة وان كان شيا قليل القيمة كفلس وجوزة ونحو
يجوز مع الكراهة وان كان شيا لا قيمة له اصلا ككف من تراب

ونحوه لا يجوز البيع اصلا لان الزيادة لا يقابلها فيتحقق الربوا والله اعلم
فصل واما شرايط جريان الربا فمنها ان يكون البدلان معصومين فان كان
احدهما غير معصوم لا يتحقق الربوا عندنا وعند ابي يوسف هذا ليس بشرط
ويتحقق الربوا وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا دخل مسلم دار الحرب تاجرا
فبايع حربيا درهما بدرهمين او غير ذلك من ساير البيوع الفاسدة في حكم
الاسلام انه يجوز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لا يجوز وعلى هذا الخلاف المسلم
الاسير في دار الحرب او الحربي الذي اسلم هناك ولم يهاجر الينا فبايع احدا
من اهل الحرب وجه قول ابي يوسف ان حرمة الربوا كما هي ثابتة في حق المسلمين
فهي ثابتة في حق الكفار لانهم مخاطبون بالحرمات في الصحيح من الاقوال فاشتراطه
في البيع يوجب فساده كما اذا بايع المسلم الحربي المستامن في دار الاسلام
ولهما ان مال الحربي ليس بمعصوم بل هو مباح في نفسه الا ان المسلم المستامن
منع من تملكه من غير رضاه لما فيه من الغدر والخيانة فاذا بذله باختياره
ورضاه فقد زال هذا المعنى فكان الاخذ استيلاء على مال مباح غير مملوك وانه
مشروع مفيد للملك كالاستيلاء على الحطب والحشيش وبه تبين ان العقد هاهنا
ليس بتملك بل هو تحصيل شرط التملك وهو الرضى لان ملك الحربي لا يزول
بدونه وما لم يزل ملكه لا يقع الاخذ تملكا لكنه اذا زال فالملك للمسلم
يثبت بالاخذ والاستيلاء لا بالعقد فلا يتحقق الربوا لان الربوا اسم لفضل
يستفاد بالعقد بخلاف المسلم اذا باع حربيا دخل دار الاسلام بامان لانه
استفاد العصمة بدخوله دار الاسلام بامان والمال المعصوم لا يكون محلا
للاستيلاء فتعين التملك فيه بالعقد وشرط الربوا في العقد مفسد له وكذا
الذمي اذا دخل دار الحرب فبايع حربيا درهما بدرهمين او غير ذلك من البيوع
الفاسدة في الاسلام فهو على الاختلاف الذي ذكرنا لان ما جاز من البيوع
المسلمين جاز من بيوع اهل الذمة وما يبطل او يفسد من بيوع المسلمين
يبطل او يفسد من بيوعهم الا الخمر والخنزير على ما نذكره ان شاء الله تعالى
ومنها ان يكون البدلان متقومين شرعا وهو ان يكونا مضمونين حقا للعبد
فان كان احدهما غير مضمون حقا للعبد لا يجري فيه الربوا وعلى هذا الاصل
يخرج ما اذا دخل المسلم دار الحرب فبايع رجلا اسلم في دار الحرب ولم
يهاجر الينا درهما بدرهمين او غير ذلك من البيوع الفاسدة في دار
الاسلام انه يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز لان العصمة
وان كانت ثابتة فالتقوم ليس بثابت عنده حتى لا تضمن نفسه بالقصاص
ولا بالدية عنده وكذا ماله لا يضمن بالاتلاف لانه تابع للنفس وعندهما
نفسه وماله معصومان متقومان والمسئلة تاتي في كتاب السير ولو دخل
مسلمان دار الحرب فتبايعا درهما بدرهمين او غيره من البيوع الفاسدة
في دار الاسلام لا يجوز لان مال كل واحد منهما معصوم متقوم فكان التمليك
بالعقد فيفسد بالشرط الفاسد ولو اسلم الحربي الذي بايع المسلم ثم
دخل دار الاسلام او اسلم اهل فما كان من ربوا مقبوض او بيع فاسد مقبوض
فهو جايز ماض وما كان غير مقبوض يبطل لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا

اتقوا الله

اتقوا الله وذروا ما بقي من الربوا ان كنتم مومنين امرهم بترك ما بقي من الربوا
نهي عن قبضه فكانه قال اتركوا قبضه فيقتضي حرمة القبض وروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال كل ربوا في الجاهلية فهو موضوع تحت قدمي
والوضع عبارة عن الحط والاسقاط وذلك فيما لم يقبض ولان بالاسلام حرم ابتدا
العقد وتاكيده فيشبه العقد فيلحق به اذ هو عقد من وجه فيلحق بالثابت
من كل وجه في باب الحرمات احتياطا ومتى حرم القبض لم يكن في بقا العقد
فايدة ۞ ومنها ان لا يكون البدلان ملكا لاحد المتبايعين فان كان لا يجري الربوا
وعلى هذا يخرج العبد الماذون اذا بايع مولاه درهما بدرهمين وليس عليه
دين انه يجوز لانه اذا لم يكن عليه دين فما في يده لمولاه فكان البدلان
ملك المولى فلا يكون هذا بيعا فلا يتحقق الربوا اذ هو مختص بالبياعات
وكذلك المتفاوضان اذا تبايعا درهما بدرهمين يجوز لان البدل من كل
واحد منهما مشترك بينهما فكان مبادلة ماله بماله فلا يكون بيعا ولا مبادلة
حقيقة وكذلك الشريكان شركة عنان اذا تبايعا درهما بدرهمين من
مال الشركة جاز لما قلنا ولو تبايعا من غير مال الشركة لا يجوز لانهما في غير مال
الشركة اجنبيان ولو كان على العبد الماذون دين فبايع مولاه درهما
بدرهمين لا يجوز بالاجماع اما عند ابي حنيفة فظاهر لان المولى لا يملك
كسب عبده الماذون المديون عنده فلم يجتمع البدلان في ملك واحد
وعندهما وان كان يملك لكن محجورا عن التصرف فيه لتعلق الغرما به فكان
المولى كالاجنبي عنه وكذلك المولى اذا عاقد مكاتبه عقد الربوا لم يجز لان
المكاتب في حق الاكساب ملحق بالاحرار لانقطاع تصرف المولى عنها فاشبه الاجانب
والله اعلم واما اسلام المتبايعين فليس بشرط لجريان الربوا فيجري الربوا بين
اهل الذمة وبين المسلم والذمي لان حرمة الربوا ثابتة في حقهم لان الكفار
مخاطبون بشرايع هي حرمات وان لم يكونوا مخاطبين بشرايع هي عبادات
عندنا وقال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه واكلهم اموال الناس بالباطل
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى مجوس هجر اما ان تذروا الربوا او
تاذنوا بحرب من الله ورسوله فهذا في نهاية الوعيد فيدل على نهاية الحرمة
ومنها الخلو عن احتمال الربوا فلا تجوز المجازفة في اموال الربوا بعضها ببعض لان
حقيقة الربوا كما هي مفسدة للعقد فاحتمال الربوا مفسد له ايضا لقول
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ما اجتمع الحرام والحلال في شي الا وقد غلب
الحرام الحلال والا فضل فيه ان كل ما جاز فيه المفاضلة جاز فيه المجازفة وما
لا فلا لان التماثل او الخلو عن الربوا فيما يجري فيه الربوا لما كان شرط الصحة
ولا يعلم تحقق المماثلة بالمجازفة فيقع الشك في وجود شرط الصحة فلا تثبت
الصحة على الاصل المعهود في الحكم المعلق على شرط اذا وقع الشك في وجود
شرطه انه لا يثبت لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت
بيقين لا يزول بالشك وبيان هذا الاصل في مسايل اذا تبايعا حنطة
بحنطة مجازفة فان لم يعلما كليهما او علم احدهما دون الاخر او علما كيل
احدهما دون الاخر لا يجوز لما قلنا وان علما استواءهما في الكيل فان علما في

المجلس جاز البيع لان المجلس وان طال فله حكم العقد فكانه عند العقد وان
علم بعد الافتراق لم يجز وقال زفر يجوز علم قبل الافتراق او بعده وجه
قوله ان الحاجة الى الكيل عند العقد لتحقيق المساواة المشروطة
وقد تبين انها كانت ثابتة عنده ولنا ان علم المتعاقدين بالمساواة عند
العقد شرط الصحة ولم يوجد والدليل على ان العلم عند العقد شرط الصحة
ان الشرع الزم رعاية المماثلة عند البيع بقوله الحنطة بالحنطة مثلا
بمثل اي بيعوا الحنطة بالحنطة مثلا بمثل امر المتبايعين بالبيع
بصفة المماثلة فلا بد وان تكون المماثلة معلومة لهما عند البيع
ليمكنهما رعاية الشرط وكذا لو كان بين رجلين حنطة فاقتسماها
مجازفة لا يجوز لان القسمة فيها معنى المبادلة فيشبه البيع ولا يجوز البيع
فيها مجازفة فكذا القسمة ولو تبايعا حنطة بحنطة وزنا بوزن متساويا
في الوزن لم يجز لان الحنطة مكيلة والتساوي في الكيل شرط جواز البيع
في المكيلات ولا تعلم المساواة بينهما في الكيل فكان بيع الحنطة بالحنطة
مجازفة وروي عن ابي يوسف انه اذا غلب استعمال الوزن فيها تصير
وزنية ويعتبر التساوي فيها بالوزن وان كانت في الاصل كيلية وعلى هذا
تخرج المزابنة والمحاقلة انهما لا يجوزان لان المزابنة بيع التمر على
روس النخل بمثل كيله من التمر خرصا لا يدري ايهما اكثر والزبيب بالعنب
لا يدري ايهما اكثر والمحاقلة بيع الحب في السنبل بمثل كيله من الحنطة
خرصا لا يدري ايهما اكثر فكان هذا بيع مال الربوا مجازفة لانه لا تعرف
المساواة بينهما في الكيل وقد روي عن ابي سعيد الخدري رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة وفسر
محمد رحمه الله المزابنة والمحاقلة في الموطا بما قلنا وهو كان اماما في اللغة
كما كان اماما في الشريعة وقال الشافعي كذلك الجواب اذا كان اكثر
من خمسة اوسق فاما ما دون خمسة اوسق فلا باس به لما روي
ابو هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص
في بيع العرايا بالتمر فيما دون خمسة اوسق فقد رخص النبي صلى
الله عليه وسلم في جملة ما حرم من المزابنة ما دون خمسة والمرخص
من جملة ما حرم يكون مباحا وتفسير العرية عندنا ما ذكره مالك
ابن انس رحمه الله في الموطا وهو ان يكون لرجل نخيل فيعطي رجلا
منها ثمرة نخلة او نخلتين يلقطهما لعياله ثم يثقل عليه دخوله حائطه
فيسال له ان يتجاوز له عنها على ان يعطيه بمكيلها تمرا عند صرام
النخل وذلك فيما لا باس به عندنا لانه لا بيع هناك بل التمر كله لصاحب
النخل فان شا سلم تمر النخل وان شا اعطاه بمكيلها من التمر الا انه سماه
الراوي بيعا لتصوره بصورة البيع لا ان يكون بيعا حقيقة بل هو عطية
الا ترى انه لم يملكه المعري له لانعدام القبض فكيف يجعل بيعا
ولانه لو جعل بيعا لكان بيع التمر بالتمر الى اجل وانه لا يجوز بلا خلاف
دل ان العرية المرخص فيها ليست ببيع حقيقة بل هو عطية ولان

هذا مع

العرية

العرية هي العطية لغة قال حسان بن ثابت الانصاري رضي الله عنه ليست
بسنها ولا رجبية ولكن عرايا في السنين الجوائح ولو اشترى بكر من تمر
نخلا عليها تمر وسمى التمر او ذكر كل قليل وكثير هو منه حتى دخل في البيع يراعي
في جوازه طريق الاعتبار وهو ان يكون كيل التمر اكثر من كيل التمر ليكون
التمر بمثله والزيادة بازاء النخل فان كان اقل لا يجوز لان التمر يكون بمثل
كيله وزيادة التمر مع النخل يكون فضلا لا يقابله عوض في عقد المعاوضة
وكذا اذا كان لا يدري عندنا خلافا لزفر وسنذكر المسلة ان شا الله تعالى
ثم ان كان يجوز على طريق الاعتبار اذا كان التمر نقدا فان كان نسيئة لم
يجز لتحقق ربوا النسا هذا اذا كان تمر النخل بسرا او رطبا او تمرا يابسا
عند العقد فان كان كفرى جاز البيع كيف ما كان من غير شرط الاعتبار
لانه بيع الكفرى بالتمر وانه جائز كيف ما كان ولو لم يكن التمر موجودا
عند العقد ثم اثمر النخيل قبل القبض كرا او اكثر من الكر لا يفسد البيع
بخلاف ما اذا كان الثمر موجودا عند العقد فباعه مع النخل بالتمر وكيل
التمر مثل كيل ثمر النخل او اقل حيث يفسد البيع لان العاقدين ادخلا الربوا
في العقد لانهما قابلا الثمن بكل المبيع فانقسم الثمن عليهما وبعض المبيع مال
الربوا فدخل الربوا في العقد باشتراطهما واشتراط الربوا في العقد
مفسد له وهاهنا البيع كان صحيحا في الاصل لان الثمن خلاف جنس المبيع اذ
المبيع هو النخل وحده الا انه اذا زاد فقد صار مبيعا في حال البقا بصنعهما
فبقي البيع صحيحا والزيادة ملك المشتري وينقسم الثمن على قيمة النخل
وقيمة الزيادة لكن تعتبر قيمة النخل وقت العقد وقيمة الزيادة وقت
القبض فيطيب له من التمر قدر حصته من الثمن لانه حصل له ذلك
القدر ببدل ولا يطيب له الفضل ويتصدق به لانه ربح ما لم يضمن
ولو قضى الثمن من التمر الحادث ينظر ان قضاه منه قبل القبض فقضاه
باطل لان القضا منه تصرف في المبيع قبل القبض وانه لا يجوز وجعل كانه
لم يقبض حتى لو هلك الثمن في يد البايع بافة سماوية لا يسقط شي من
الثمن وان اكله البايع تسقط حصته من الثمن وان كان المشتري قبض
الثمن ثم قضى منه جاز القضا لانه تصرف في المبيع بعد القبض وانه جايز
وعليه ان يتصدق بما زاد على حصته من الثمن والله اعلم وعلى هذا بيع
الذهب بالذهب والفضة بالفضة والقسمة فيهما مجازفة ولو تبايعا
حنطة بشعير او ذهبا بفضة مجازفة جاز لان المماثلة في بيع الجنس
بخلاف الجنس غير مشروطة ولهذا جازت المفاضلة فيه فالمجازفة
اولى وكذلك القسمة وعلى هذا يخرج بيع الموزون بجنسه وغير جنسه
كما اذا اشترى فضة مع غيرها بفضة مفردة بان اشترى سيفا محلى
بفضة بفضة مفردة او منطقة مفضضة او لجاما او سرجا او سكينا
مفضضا او جارية في عنقها طوق من فضة او اشترى ذهبا وغيره
بذهب مفرد كما ان اشترى ثوبا منسوجا بالذهب بذهب مفرد او جارية
مع حليها وحليها ذهب بذهب مفرد ونحو ذلك انه لا يجوز مجازفة عندنا

بل يراعي فيه طريق الاعتبار وهو ان يكون وزن الفضة المفردة او الذهب المفرد اكثر من المجموع مع غيره ليكون قدر وزن المفرد بمثله من المجموع والزيادة بخلاف جنسه فلا يتحقق الربوا فان كان وزن المفرد اقل من وزن المجموع لم يجز لان زيادة وزن المجموع مع خلاف الجنس لا يقابله عوض في حق البيع فيكون ربوا وكذلك اذا كان مثله في الوزن لانه يكون الفضة بمثلها والذهب بمثله فالفضل يكون ربوا وان كان من خلاف جنسه وكذلك اذا كان لا يعلم وزنه انه اكثر او وزنه مثله او اقل او اختلف اهل النظر فيه فقال بعضهم الثمن اكثر وقال بعضهم هو مثله لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز وجه قوله ان الاصل في البيع جوازه والفساد لعارض الربوا او في جوازه شك فلا يفسد او يثبت الفساد بالجهة لشك ولان جهة الفساد في هذا العقد اكثر من جهة الجواز لان وزن المفرد لو كان اقل يفسد وكذلك لو كان مثله ولو كان اكثر يجوز فجاز من وجه وفسد من وجهين فكانت الغلبة لجهة الفساد والحكم للغالب ثم اذا كان وزن المفرد اكثر حتى جاز البيع فيجتمع في هذا العقد صرف وهو بيع الفضة بالفضة او الذهب بالذهب وبيع مطلق وهو بيع الذهب او الفضة بخلاف جنسها فيراعي في الصرف شرايطه وسنذكر شرايط الصرف في موضعها ان شا الله تعالى واذا فات شي من الشرايط حتى فسد الصرف هل يتعدي الفساد الي البيع المطلق ففيه تفصيل نذكره في موضعه ان شا الله تعالى هذا اذا اشتري فضة مع غيرها بفضة مفردة او ذهبا مع غيره بذهب مفرد فاما اذا اشتري ذهبا مع غيره بفضة مفردة او فضة مع غيرها بذهب مفرد فالبيع جايز لانه لا ربوا عند اختلاف الجنس غير انه يقسم المفرد على قيمة المجموع وقيمة ذلك الغير فما كان بمقابلة الذهب او الفضة يكون صرفا فيراعي فيه شرايط الصرف وما كان بمقابلة غيره يكون بيعا مطلقا على ما نذكره في بيان شرايط الصرف ثم ينظر ان لم يخلص منه شي تبين ان البيع كان فاسدا لانه تبين انه باع ما ليس بمال فصار كما لو اشتري شخصا على انه عبد ثم تبين انه حر او اشتري شاة مسلوخة على انها مذبوحة ثم تبين انها ميتة وان خلص منه شي فالامر ماض والمشتري بالخيار لانه اشتري شيا لم يره فاشبه ما لو اشتري ثوبا في سفط او سمكة في جب ولو باعه بعوض جاز ايضا لما قلنا ثم ينظر ان خلص منه شي او لم يخلص على ما ذكرنا ولو باعه بتراب معدن مثله من الفضة لم يجز لان البيع يقع على ما فيهما من الفضة ولا يعلم تساويهما في الوزن فكان بيع الفضة بالفضة مجازفة ولو باعه بتراب معدن الذهب جاز لاختلاف الجنس ويراعي فيه شرايط الصرف ثم ان لم يخلص منه شي تبين ان البيع كان فاسدا لانه تبين انه باع ما ليس بمال وكذا ان خلص من احدهما ولم يخلص من الاخر لانه تبين انه باع المال بما ليس بمال وان خلص من واحد منهما فالامر ماض ولهما خيار الروية لان كل منهما مشتري ما لم يره

وكذلك

وكذلك لو كان تراب معدن الفضة بين رجلين فاقتسماه لم يجز لان القسمة فيها معني البيع فلا تحتمل المجازفة كالبيع ولو باع منه قفيزا بغير عينه بذهب او بعرض لم يجز لان المبيع ما في التراب من الفضة وانه مجهول القدر لانه متفاوت منه قفيز يخلص منه خمسة ومنه قفيز يخلص منه عشرة فكان المبيع مجهولا وانه جهالة مفضية الي المنازعة بخلاف بيع القفيز من صبرة لان قفزان الصبرة الواحدة متماثلة فلم يكن المبيع مجهولا جهالة مفضية الي المنازعة ولو باع نصف جملة التراب او ثلثها او ربعها شايعا بذهب او عرض جاز لان الجنس مختلف فلا يتحقق الربوا الا اذا لم يخلص منه شي فتبين ان البيع كان فاسدا لما قلنا وان خلص منه شي فيكون ما خلص مشتركا بينهما وله الخيار اذا راه ولو استقرض تراب المعدن جاز وعلى المستقرض مثل ما خلص منه وقبض لان القرض وقع على ما يخلص منه والقول قول القابض في قدر ما قبض وخلص ولو استاجر اجيرا بتراب المعدن بعينه جازت الاجارة وان خلص منه شي لانه استاجره بمال والاجير بالخيار لانه اجر نفسه بما لم يره فان شا رضي به ولا شي له غيره وان شا رده ورجع على المستاجر باجر مثله بالغا ما بلغ ولو استاجره بقفيز من تراب بغير عينه لا تجوز الاجارة لان الاجرة ما في التراب من الفضة وانه مجهول القدر ولهذا لم يجز بيعه ولو استاجره بنصف هذا التراب او بثلثه او بربعه يجوز وان خلص منه شي كما يجوز بيعه ويكون بينهما وله الخيار وان لم يخلص لا يجوز وله اجر مثله وعلى هذا حكم تراب معدن الذهب في جميع ما ذكرنا والله اعلم ● واما تراب الصاغة فان كان فيه فضة خالصة فحكمه حكم تراب معدن الفضة وان كان فيه ذهب خالص فحكمه حكم تراب معدن الذهب وان كان فيه ذهب وفضة فان اشتراه بذهب او فضة لم يجز لاحتمال ان يكون فيه من الذهب او الفضة اكثر او اقل او مثله فيتحقق الربوا ولو اشتراه بذهب وفضة يجوز لانه اشتري ذهبا وفضة بذهب وفضة فيجوز ويصرف الجنس الي خلاف الجنس ويراعي فيه شرايط الصرف ولو اشتراه بعرض جاز لانعدام احتمال الربوا وهذا كله اذا خلص منه شي فان لم يخلص تبين ان البيع كان فاسدا والله اعلم وعلى هذا الاصل يخرج بيع الدراهم المغشوشة التي الغش فيها هو الغالب بفضة خالصة انه لا يجوز الا على طريق الاعتبار وجملة الكلام فيه ان الدراهم المضروبة اقسام ثلثة اما ان تكون الفضة هي الغالبة واما ان يكون الغش فيها هو الغالب واما ان تكون الفضة والغش فيها على السوا فان كانت الفضة فيها هي الغالبة بان كان فيها ثلثاها فضة وثلثها صفرا او كانت ثلثة ارباعها فضة وربعها صفرا ونحو ذلك فحكمها حكم الفضة الخالصة الا سوا بسوا وكذا بيع بعضها ببعض لا يجوز الا مثلا بمثل لان اعتبار الغالب والحاق المغلوب بالعدم

هو الاصل في احكام الشرع ولان الدراهم الجياد لا تخلوا عن قليل غش لا ينطبع
بدونه علي ما قيل فكان قليل الغش مما لا يمكن التحرز عنه فكانت العبرة للغلبة
وان كان الغش فيها هو الغالب فان كانت الفضة لا تخلص بالذوب والسبك
بل تحترق ويبقي النحاس فحكمها حكم النحاس الخالص لان الفضة فيها اذا كانت
مستهلكة كانت ملحقة بالعدم فيعتبر كله نحاسا لا يباع بالنحاس الا سوا
بسوا يدا بيد وان كانت تخلص من النحاس ولا تحترق ويبقي النحاس علي حاله
ايضا فانه يعتبر كل واحد منهما علي حياله ولا يجعل احدهما تبعا للاخر
بل يجعل كانهما منفصلان ممتازان احدهما عن صاحبه لانه اذا امكن
تخليص احدهما من صاحبه علي وجه يبقي كل واحد منهما بعد الذوب والسبك
لم يكن احدهما مستهلكا فلا يجوز بيعها بفضة خالصة الا علي طريق الاعتبار
وهو ان تكون الفضة الخالصة اكثر من الفضة المخلوطة فينصرف الي
الفضة المخلوطة مثلها من الفضة الخالصة والزيادة الي الغش كما اذا باع
فضة وصفرا ممتازين بفضة خالصة فان كانت الفضة الخالصة
اقل من المخلوطة لم تجز لان زيادة الفضة من المخلوطة مع الصفر يكون
فضلا خاليا عن العوض في عقد المعاوضة فيكون ربوا وكذا اذا كانت
مثلها لان الصفر يكون فضلا لا يقابله عوض وكذا اذا كان لا يدري قدر الفضتين
ايهما اكثر وهما سوا لا يجوز عندنا وعند زفر يجوز وقد ذكرنا الحجج فيما قبل
وذكر في الجامع اذا كانت الدراهم ثلثاها صفرا وثلثها فضة ولا يقدر ان يخلص
الفضة من الصفر ولا يدري انه اذا خلصت الفضة ابقي الصفر ام يحترق
انه يراعي في بيع هذه الدراهم بفضة خالصة طريق الاعتبار ثم اذا كانت
الفضة الخالصة اكثر حتي جاز البيع يكون هذا صرفا وبيعا مطلقا فيراعي
في الصرف شرايط واذا افسد بفوات شرط منه يفسد البيع في الصفر
لانه لا يمكن تمييزه الا بضرر وبيع ما لا يمكن تمييزه من غيره الا بضرر
فاسد علي ما ذكرنا ولو بيعت هذه الدراهم بذهب جاز لان المانع هو الربوا
واختلاف الجنس يمنع تحقق الربوا لكن يراعي فيه شرايط الصرف
لانه صرف واذا فات شرط منه حتي فسد يفسد البيع في الصفر ايضا
لما قلنا ولو بيعت بجنسها من الدراهم المغشوشة جاز متساويا ومتفاضلا
نص عليه محمد رحمه الله في الجامع ويصرف الجنس الي خلاف الجنس كما لو
لو باع فضة منفصلة وصفرا منفصلا بفضة وصفر منفصلين وقالوا
في الستوقة اذا بيع بعضها ببعض متفاضلا انه يجوز ويصرف الجنس الي
خلاف الجنس ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا في ذلك الا بالتحريم احترازا
عن فتح باب الربوا وقالوا في الدراهم الغطريفية يجوز بيع واحد او اثنين
او ثلثة او اربعة او خمسة منها بدرهم فضة لان ما فيها من الفضة
يكون بمثل وزنها من الفضة الخالصة وزيادة الفضة الخالصة
يكون بمقابلة الصفر ولا يجوز ستة منها بدرهم فضة لان الصفر الذي
فيها يبقي فضلا خاليا عن العوض في عقد المعاوضة فيكون ربوا
وكان الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل رحمه الله لا يفتي بجواز هذا

وان كانت الفضة والغش فيها سوا فلم يقطع محمد رحمه الله الجواب فيه
في الجامع لكنه بناه علي قول الصيارفة وحكي عنهم انهم قالوا ان الفضة
والصفر اذا اختلطا لا تتميز الفضة من الصفر حتي يحترق الصفر لانهما
لا يتميزان الا بذهاب احدهما والصفر اسرع ذهابا اسرعهما ذهابا
فقال في هذه الدراهم ان كانت الفضة هي الغالبة اي علي ما تقوله
الصيارفة ان الصفر يتسارع اليه الاحتراق عند الاذابة والسبك
فلا يجوز بيعها بالفضة الخالصة ولا بيع بعضها ببعض الا سوا بسوا كبيع
الزيوف بالجياد لان الصفر اذا كان يتسارع اليه الاحتراق كان
مغلوبا مستهلكا فكان ملحقا بالعدم وان لم يغلب احدهما علي الاخر
وبقيا علي السوا يعتبر كل واحد منهما علي حياله كانهما منفصلين ويراعي في
بيعها بالفضة الخالصة طريق الاعتبار كما في النوع الاول والله اعلم
وهل يجوز استقراض الدراهم المغشوشة عددا اما النوع الاول
وهو ما كانت فضته غالبة علي غشه فلا يجوز استقراضه الا وزنا لان
الغش اذا كان مغلوبا فيه كان بمنزلة الدراهم الزايفة ولا يجوز بيع الدراهم
الزايفة بعضها ببعض عددا لانها وزنية فلم يعتبر العدد فكان بيع
بعضها بالبعض مجازفة فلم يجز فلا يجوز استقراضها ايضا لانها مبادلة
حقيقة او فيها شبهة المبادلة فيجب صيانتها عن الربوا وعن شبهة الربوا
ولهذا لم يجز استقراض المكيل وزنا لما ان الوزن في الكيلي غير معتبر فكان
اقراضه مبادلة الشي بمثله مجازفة او شبهة المبادلة فلم يجز كذا هذا
وكذلك النوع الثالث وهو ما كان نصفه فضة ونصفه صفرا لان الغلبة
كانت للفضة علي اعتبار بقائها وذهاب الصفر في المال علي ما يقوله اهل
الصنعة كان ملحقا بالدراهم الزيوف فلا يجوز استقراضه عددا وان
كان لا يغلب احدهما علي الاخر ويبقيان بعد السبك علي حالهما كان كل واحد
منهما اصلا بنفسه فيعتبر كل واحد منهما علي حياله فكان استقراض
الفضة والصفر جملة عددا وهذا لا يجوز لان اعتبار الصفر ان كان يوجب
الجواز لان الفلس عددي فاعتبار الفضة يمنع الجواز لان الفضة وزنية
والحكم بالفساد عند تعارض جهتي الجواز والفساد احوط واما النوع
الثاني ما كان الغش فيه غالبا والفضة مغلوبة فانه ينظر ان كان الناس
يتعاملون به وزنا لا عددا لا يجوز استقراضه عددا لان العدد في الموزون
باطل فكان استقراضه مبادلة الموزون بجنسه مبادلة مجازفة او شبهة
المبادلة وانه لا يجوز وان كانوا يتعاملون به عددا يجوز استقراضه
عددا لانهم اذا تعاملوا به عددا فقد الحقوه بالفلوس في الجملة وجعلوا
الفضة التي فيه تبعا للصفر وانه ممكن لانها قليلة وقد يكون في الفلوس
في الجملة قليل فضة فتثبت التبعية بدلالة التعامل ومثل هذه الدلالة
لم توجد فيما اذا تعاملوا بها وزنا لا عددا فبقيت وزنية فلا يجوز استقراضه
عددا وان تعامل الناس بها عددا لان هناك لا يمكن جعل الفضة تبعا
للغش لانها اكثر منه او مثله والكثير لا يكون تبعا للقليل ومثل الشي لا

يكون تبعا له فبقيت على الصفة الاصلية الثابتة شرعا وهي كونها وزنية فلا
يجوز استقراضها مجازفة لا كما لا يجوز بيع بعضها ببعض مجازفة وكذلك الشرا
بالدراهم المغشوشة من الانواع الثلاثة عددا حكمه حكم الاستقراض سوا
فلا يجوز الشرا بالنوع الاول الا وزنا لانها في حكم الجياد وانها وزنية فلم يجز
الشرا بها الا وزنا اذا لم تكن مشارا اليها وكذا بالنوع الثالث لما ذكرنا في
الاستقراض واما النوع الثاني فالامر فيه على التفصيل الذي ذكرناه في
الاستقراض ان الناس كانوا يتبايعون فيها وزنا لا عددا لا يجوز لرجل ان
يبتاع بها عددا لان الوزن صفة اصلية للدراهم وانما تصير عددية بتعامل
الناس فاذا اجري التعامل بها وزنا لا عددا فقد تقررت الصفة الاصلية
وبقيت وزنية فاذا اشتري بها عددا على غير وزن والعدد هدر ولم توجد
الاشارة فبقي الثمن مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة لانه لا يدري ما
وزن هذا القدر من العدد المسمى فيوجب فساد العقد على غير وزن ولكن
اشار اليها فيما يكتفى فيه بالاشارة حيث يجوز لان مقدار وزنها وان كان
مجهولا بعد الاشارة اليها لكن هذه جهالة لا تفضي الى المنازعة لانه يمكن
معرفة مقدار المشار اليه الا بالوزن اذا كان قايما فلا يمنع جواز العقد
وان كانوا يتعاملون عددا جاز لانها صارت عددية يتعامل الناس وصارت
كالفلوس الرايجة هذا اذا اشتري بالانواع الثلاثة عددا على وزن ولم يعينها
فاما اذا عينها واشتري بها عرضا بان قال اشتريت هذا العرض بهذه الدراهم
واشار اليها فلا شك في جواز الشرا بها ولا تتعين بالاشارة اليها ولا يتعين
العقد بعينها حتى لو هلكت قبل ان ينقدها المشتري لا يبطل البيع
ويعطي مكانها مثلها من جنسها ونوعها وقدرها وصفتها اما النوع الاول فلانها
بمنزلة الدراهم الجياد وانها لا تتعين بالاشارة اليها ولا يبطل البيع
بهلاكها فكذا هذه واما النوع الثالث فلان الصفة فيها ان كانت هي الغالبة
على ما يقوله السباكون فهي في حكم النوع الاول وان لم يغلب احدهما على
الاخر يعتبر كل واحد منهما بحياله فلا يبطل البيع ايضا لان اعتبار الفضة
لا يوجب البطلان لانها لا تتعين واعتبار الصفر يوجب لانه يتعين
فلا يبطل بالشك واما النوع الثاني فلان الناس ان كانوا يتعاملون بها
وزنا فهي وساير الدراهم سوا فلا يتعين بالاشارة ويتعلق العقد بمثلها
في الذمة لا بعينها فلا يبطل البيع بهلاكها وان كانوا يتعاملون بها عددا
فهي بمنزلة الفلوس الرايجة وانها اذا قوبلت بخلاف جنسها في المعاوضات
لا تتعين ولا يتعلق العقد بعينها بمثلها عددا ولا يبطل بهلاكها كذا
هذه ولو كسد هذا النوع من الدراهم وصارت لا تروج بين الناس
فهي بمنزلة الفلوس الكاسدة والستوق والرصاص حتى يتعين بالاشارة
اليها ويتعلق العقد بعينها حتى يبطل العقد بهلاكها قبل القبض لانها صارت
سلعة لكن قالوا هذا اذا كان العاقدان عالمين بحال هذه ويعلم كل واحد
منهما ان الاخر يعلم بذلك فاما اذا كانا لا يعلمان او يعلم احدهما ولا يعلم
الاخر او يعلمان لكن لا يعلم كل واحد منهما ان صاحبه يعلم فان العقد لا يتعلق

بالمشار

بالمشار اليه ولا بجنسها وانما يتعلق بالدراهم الرايجة التي عليها تعامل الناس في
تلك البلدة هذا اذا صارت بحيث لا تروج اصلا فاما اذا كانت يقبلها البعض
دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزايفة فيجوز الشرا بها ولا يتعلق العقد بعينها
بل يتعلق بجنس تلك الدراهم الزيوف ان كان البايع يعلم بحالها خاصة لانه
رضي بجنس الزيوف وان كان لا يعلم لا يتعلق العقد بجنس المشار اليه وانما
يتعلق بالجيد من نقد تلك البلدة لانه لم يرض الا به اذا كان لا يعلم بحالها
والله اعلم ثم انما لا يبطل البيع بهلاك الدراهم في الانواع الثلثة بعد الاشارة
اليها اذا كان علم عددها او وزنها قبل الهلاك لانه اذا كان علم ذلك يمكن
اعطا مثلها بعد هلاكها فاما اذا كان لم يعلم عددها ولا وزنها حتى هلكت
بطل البيع لان الثمن صار مجهولا اذ المشتري لا يمكنه اعطا مثل الدراهم
المشار اليها والله اعلم بالصواب ومنها الخلو عن شبهة الربوا لان الشبهة
ملحقة بالحقيقة في باب الحرمات احتياطا واصله ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لوابصة بن معبد رضي الله عنه الحلال
بين والحرام بين وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك
وعلى هذا يخرج ما اذا باع رجل شيا نقدا ونسية وقبضه المشتري
ولم ينقد ثمنه انه لا يجوز لبايعه ان يشتريه من مشتريه باقل من ثمنه
الذي باعه منه عندنا وقال الشافعي يجوز وجه قوله ان هذا بيع استجمع
شرايط جوازه وخلا عن الشروط المفسدة اياه فلا معنى للحكم بفساده
كما اشتراه بعد نقد الثمن ولنا ما روي ان امراة جات الى عايشة
رضي الله عنها وقالت اني ابتعت خادما من زيد بن ارقم بثمان مائة ثم
بعتها منه بستمائة فقالت عايشة رضي الله عنها بيس ما شريت وبيس
ما اشتريت ابلغي زيدا ان الله تعالى قد ابطل جهاده مع رسول الله
صلى الله عليه وسلم ان لم يتب ووجه الاستدلال به من وجهين
احدهما انها الحقت بزيد وعيدا لا يوقف عليه بالراي وهو بطلان
الطاعة بما سوى الردة فالظاهر انها قالته سماعا من رسول الله صلى
الله عليه وسلم ولا يلحق الوعيد الا بمباشرة المعصية فدل على فساد
البيع لان البيع الفاسد معصية والثاني انها سمت ذلك بيس شرا وبيس
والفاسد هو الذي يوصف بذلك لا الصحيح ولان في هذا البيع شبهة
الربوا لان الثمن الثاني يصير قصاصا بالثمن الاول فيبقى من
الثمن الاول زيادة لا يقابلها عوض في عقد المعاوضة وهو تفسير
الربوا وهو ان الزيادة تقصد تثبت بمجموع العقدين فكان الثابت
باحدهما شبهة الربوا والشبهة في هذا الباب ملحقة بالحقيقة بخلاف
ما اذا نقد الثمن لان المقاصة لا تتحقق فلا تتمكن الشبهة بالعقد ولو
نقد الثمن كله الا شيا قليلا فهو على الخلاف ولو اشترى ما باع بمثل
ما باع قبل نقد الثمن جاز بالاجماع لانعدام الشبهة وكذا لو اشتراه
باكثر مما باع قبل نقد الثمن ولان فساد العقد معدول به عن
القياس وانما عرفناه بالاثر والاثر جا في الشرا باقل من الثمن الاول

فبقي ما وراءه على اصل القياس وهذا اشتراه بجنس الثمن الاول فان اشتراه
بخلاف الجنس جاز لان الربوا لا يتحقق عند اختلاف الجنس الا في الدراهم
والدنانير خاصة استحسانا والقياس ان لا يجوز لانهما جنسان مختلفان
حقيقة فالتحقا بساير الاجناس المختلفة وجه الاستحسان انهما في
الثمنية كجنس واحد فيتحقق الربوا بمجموع العقدين فكان في العقد الثاني
شبهة الربوا وهي الربوا من وجه ولو تعيب المبيع في يد المشتري فباعه
من بايعه باقل مما باعه جاز لان نقصان الثمن يكون بمقابلة نقصان العيب
فيلحق النقصان بالعدم كانه باعه بمثل ما اشتراه فلا يتحقق شبهة
الربوا ولو خرج المبيع من ملك المشتري فاشتراه البايع من المالك
الثاني باقل مما باعه قبل نقد الثمن جاز لان اختلاف الملك بمنزلة
اختلاف العين فيمنع تحقق الربوا ولو مات المشتري فاشتراه البايع
من وارثه باقل مما باع قبل نقد الثمن لم يجز لان الملك هناك لم يختلف
وانما قام الوارث مقام المشتري بدليل انه يرد بالعيب ويرد عليه
وكذا لو كان المبيع جارية فاستولدها الوارث او كان دارا فبنى عليها ثم
ورد الاستحقاق فياخذ منه قيمة الولد ونقض عليه البنا كان للوارث
ان يرجع على بايع المورث بقيمة الولد وقيمة البنا كما كان يرجع على المشتري
لو كان حيا لان الوارث قايم مقام المشتري فكان الشرا منه بمنزلة
الشرا من المشتري فرق بين هذا وبين ما اذا مات البايع فاشترى
وارثه من المشتري باقل مما باع قبل نقد الثمن انه يجوز اذا كان الوارث
ممن تجوز شهادته للبايع في حال حيوته ووجه الفرق ان الوارث يقوم
مقام المورث فيما يرثه ووارث المشتري ورث عين المبيع فقام مقامه
في عينه فكان الشرا منه كالشرا من المشتري فلم يجز ووارث البايع
وارث الثمن والثمن في ذمة المشتري وما عين في ذمة المشتري لا
يحتمل الارث فلم يكن ذلك عين ما ورثه عن البايع فلم يكن وارث البايع
مقامه فيما ورثه وروي عن ابي يوسف انه لا يجوز شرا وارث البايع كما لا يجوز
من وارث المشتري لان الوارث خلف المورث والمتروك قايم مقامه كانه
هو ولو باعه المشتري من غيره فعاد المبيع الى ملكه فاشتراه منه باقل مما
باع فهذا اما ان عاد اليه بملك جديد واما ان عاد اليه على حكم الملك الاول
فان عاد بملك جديد كالشرا والهبة والميراث والاقالة قبل القبض وبعده
والرد بالعيب قبل القبض بغير قضا القاضي ونحو ذلك من اسباب
تجدد الملك جاز الشرا منه باقل مما باع لان اختلاف الملك بمنزلة
اختلاف العين وان عاد اليه على حكم الملك الاول كالرد بخيار الروية
والرد بخيار الشرط قبل القبض وبعده بقضا القاضي وبغير قضا
القاضي وبعد القبض بقضا القاضي لا يجوز الشرا منه باقل مما باع
لان الرد في هذه المواضع يكون فسخا والفسخ يكون رفعا من الاصل
واعاده الى قديم الملك كانه لم يخرج عن ملكه اصلا ولو كان كذلك
لكان لا يجوز الشرا فكذا هذا ولو لم يشتره البايع لكن اشتراه بعض

من لا تجوز شهادة البايع كالوالدين والمولودين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعند
يجوز وجه قولهما ان كل واحد منهما اجنبي عن ملك صاحبه لانفصال ملكه عن
ملك صاحبه فيقع عقد كل واحد منهما له لصاحبه كشرا الاجانب ثم شرا الاجنبي
بنفسه جايز فكذا شراوه ولابي حنيفة رحمه الله ان كل واحد منهما يبيع
مال صاحبه عادة حتى لا تقبل شهادة احدهما لصاحبه فكان معنى ملك
كل واحد منهما ثابتا لصاحبه فكان عقده واقعا لصاحبه من وجه فيوثر
في فساد العقد احتياطا في باب الربوا ولو باع المولى ثم اشتراه مدبره
او مكاتبه او بعض مماليكه ولا دين عليه او عليه دين باقل مما باع المولى
لا يجوز كما لا يجوز شرا المولى وكذا اذا باع المدبر او المكاتب او بعض
مماليكه ثم اشتراه لا يجوز لان عقد هولا يقع للمولى من وجه ولو كان
وكيلا واشترى باقل مما باع قبل نقد الثمن لا يجوز كما لو باع واشترى الموكل
الموكل بنفسه لان المانع تمكن شبهة الربوا وانه لا يفصل بين الوكيل والموكل
وكذا عايشة رضي الله عنها لم تستفسر السايلة انها مالكة او وكيلة ولو
كان الحكم يختلف لاستفسرت وكذا لو باع الوكيل ثم اشتراه الموكل لم يجز
لانه لو اشتراه وكيله لم يجز فاذا اشتراه بنفسه اولى ان لا يجوز وكذا
لو باعه الوكيل ثم اشتراه بعض من لا تجوز شهادة الوكيل له او بعض
من لا تجوز شهادة الموكل له لم يجز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز على
ما مر ولو باع قبل نقد الثمن فاشتراه الوكيل فهو جايز للموكل والثمنان
يلتقيان قصاصا والزيادة من الثمن الاول لا تطيب للبايع وتكون ملكا
له وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف التوكيل فاسد ويكون
الوكيل مشتريا لنفسه وقال محمد التوكيل صحيح الا انه اذا اشتراه الوكيل
يكون مشتريا للبايع شرا فاسدا ويملكه البايع ملكا فاسدا وهذا بنا
على اصل لهم فاصل ابي حنيفة انه ينظر الى العاقد وتعتبر اهليته ولا
تعتبر اهلية من يقع له حكم العقد ولهذا قال ان المسلم اذا وكل ذميا
بشرا الخمر او ببيعها انه يجوز وكذا المحرم اذا وكل حلالا ببيع صيد له
او بشرا صيد جاز التوكيل عنده وتعتبر اهلية الوكيل واصل ابي يوسف
ومحمد رحمهما الله انهما يعتبران اهلية العاقد والمعقود له جميعا حتى
لم يجز التوكيل عندهما في المسلتين الا ان محمدا رحمه الله خالف ابا
يوسف في هذه المسلة وترك اصله حيث قال بصحة التوكيل ولم
ينظر الى الموكل وعلى هذا الخلاف اذا وكل المسلم ذميا بان يشتري
من ذمي عبده بخمر وعين ذلك العبد ففعل الموكل صح الشرا عند
ابي حنيفة ويكون العبد للموكل وعلى الوكيل للبايع الخمر وهو يرجع بقيمة
الخمر على موكله وعند ابي يوسف التوكيل فاسد ويكون الوكيل مشتريا
لنفسه وعند محمد التوكيل صحيحا ويكون مشتريا للموكل شرا فاسدا ولو
باع بالف درهم حالة ثم اشتراه بالف موجلة ثم باعه بالف الى اجل
ابعد من ذلك فهو فاسد لما قلنا ولو باع عبدا بالف وقبضه المشتري
ثم اشتراه البايع وعبدا اخر قبل نقد الثمن فان الثمن ينقسم عليهما

علي قدر قيمتهما ثم ينظر فان كان حصة العبد الذي باعه بمثل ثمنه او اكثر
جاز الشرا فيهما جميعا اما في الذي لم يبعه فظاهر وكذا في الذي باعه لانه اشترى
ما باع بمثل ما باع او باكثر مما باع قبل نقد الثمن وانه جايز وان كانت اقل
من ثمنه يفسد البيع فيه ولا يفسد في الاخر لان الفساد لا لكونه شرا ما
باع قبل نقد الثمن وذلك وجد في احدهما دون الاخر وعلى هذا اصلهما
ظاهر وكذا على اصل ابي حنيفة فكان ينبغي ان يفسد فيهما لان من اصله ان
الصفقة متى اشتملت على ابدال وفسدت في بعضها يتعدى الفساد الى
الكل كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما جميعا واحدة وانما لم يفسد فيهما
لان الفساد هناك باعتبار انه لما جمع بين الحر والعبد فباعهما صفقة
واحدة فقد حصل قبول العقد في احدهما شرطا لقبول العقد في الاخر
والحر ليس بمحل لقبول العقد فيه بيقين فلا يصح القبول فيه فلا يصح الاخر
فلم ينعقد العقد اصلا والفساد باعتبار شرا ما باع باقل مما باع ذلك
وحده وذلك وجد في احدهما دون الاخر فيفسد في احدهما دون
الاخر لان الاصل اقتصار الفساد على قدر المفسد ولهذا لو جمع بين
عبدين وباع احدهما الى الحصاد والدياس ان البيع يفسد فيما في بيعه
اجل ولا يفسد في الاخر وكذا اذا جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة
واحدة يصح البيع في القن ويفسد في المدبر لوجود المفسد في احدهما
دون الاخر والله اعلم ۰ ومنها قبض راس المال في بيع الدين بالعين وهو
السلم والكلام في السلم في الاصل في ثلاث مواضع ۰ احدها في بيان
ركنه ۰ والثاني في بيان شرايط الركن ۰ والثالث في بيان ما يجوز
من التصرف في المسلم فيه وما لا يجوز ۰ اما ركن السلم فهو لفظ السلم
والسلف والبيع بان يقول رب السلم اسلمت اليك في كذا او اسلفت لان
السلم والسلف يستعملان بمعنى واحد يقال سلفت واسلفت واسلمت
بمعنى فاذا قال المسلم اليه قبلت فقد تم الركن وكذا اذا قال المسلم
اليه بعت منك وذكر شرايط السلم فقال رب السلم قبلت وهذا
قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا ينعقد الا بلفظة السلم لان القياس ان لا ينعقد
اصلا لانه بيع ما ليس عند الانسان وانه منهي عنه الا ان الشرع ورد
بجوازه بلفظة السلم بقوله ورخص في السلم ولنا ان السلم بيع ينعقد
بلفظة البيع والدليل على انه بيع ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان عاما وخص السلم بالرخصة فيه فدل ان
السلم بيع ما ليس عند الانسان ليستقيم تخصيصه من عموم النهي
بالترخص فيه ۰ واما شرايط الركن فهي في الاصل نوعان ۰ نوع
يرجع الى نفس العقد ۰ ونوع يرجع الى البدل ۰ اما الذي يرجع
الى نفس العقد فواحد وهو ان يكون العقد باتا عاريا عن شرايط
الخيار للعاقدين او لاحدهما لان جواز البيع مع شرط الخيار في الاصل
حكم ثبت معدولا به عن القياس لانه شرط يخالف مقتضى العقد لان

مقتضي

مقتضي العقد ثبوت الحكم وشرط الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم
ومثل هذا الشرط مفسد للعقد في الاصل الا انا عرفنا جوازه بالنص
والنص ورد في بيع العين فبقي ما وراه على اصل القياس خصوصا اذا
لم يكن في معناه والسلم ليس في معنى بيع العين فيما شرع له الخيار
لانه شرع لدفع الغبن والسلم مبناه على الغبن ووكس الثمن لانه بيع
المفاليس فلم يكن في معنى مورد النص فورود النص هناك لا يكون ورودا ههنا دلالة
فبقي الحكم فيه للقياس ولان قبض راس المال من شرايط الصحة على ما
نذكر ولا صحة للقبض الا في الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك فيمنع
صحة القبض بخلاف خيار المستحق انه لا يبطل السلم حتى لو استحق راس
المال وقد افترقا بعد القبض واجاز المستحق فالسلم صحيح لانه لما اجاز
تبين ان العقد وقع صحيحا من وجوده وكذا القبض اذ الاجازة اللاحقة
بمنزلة الوكالة السابقة وبخلاف خيار الروية والعيب لانه لا يمنع
ثبوت الملك فلا يمنع صحة القبض ولو ابطل صاحب الخيار خياره قبل
الافتراق بابدانهما وراس المال قايم في يد المسلم اليه ينقلب العقد
جايزا عندنا خلافا لزفر وقد مرت المسلة وان كان هالكا او مستهلكا
لا ينقلب الى الجواز بالاجماع لان راس المال يصير دينا على المسلم اليه
والسلم لا ينعقد براس مال دين فلا ينعقد عليه ايضا ۰ واما
الذي يرجع الى البدل فانواع ثلثة ۰ نوع يرجع الى راس المال خاصة
ونوع يرجع الى المسلم فيه خاصة ۰ ونوع يرجع اليهما جميعا ۰ اما
الذي يرجع الى راس المال فانواع ۰ منها بيان جنسه كقولنا دراهم
او دنانير او حنطة او تمر ۰ ومنها بيان نوعه اذا كان في البلد نقود
مختلفة كقولنا دراهم فتحية او دنانير نيسابورية او حنطة سقية
او تمر برني ۰ ومنها بيان صفته كقولنا جيد او وسط او ردي
لان جهالة الجنس والنوع والصفة جهالة مفضية الى المنازعة مانعة
صحة البيع لما ذكرنا من الوجوه فيما تقدم ۰ ومنها بيان قدره اذا
كان مما يتعلق العقد بقدره من المكيلات والموزونات والمعدودات
المتقاربة ولا يكتفي بالاشارة اليه وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله وسفين
الثوري واحد قولي الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد ليس بشرط والعلم
والتعيين بالاشارة كاف وهو احد قولي الشافعي ولو كان راس
المال مما لا يتعلق العقد بقدره من الذرعيات والعدديات
المتفاوتة لا يشترط اعلام قدره ويكتفي بالاشارة بالاجماع وكذا اعلام
قدر الثمن في بيع العين ليس بشرط والاشارة كافية بالاجماع وصورة
المسلة اذا قال اسلمت اليك هذه الدراهم او هذه الدنانير ولا يعرف وزنها
او هذه الصبرة ولا يعرف كيلها لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز ولو قال اسلمت اليك هذا الثوب ولم يعرف ذرعه او هذا
القطيع من الغنم ولم يعرف عدده جاز بالاجماع وجه قولهما ان
الى تعيين راس المال وانه حصل بالاشارة اليه فلا حاجة الى اعلام

فدره ولهذا لم يشترط اعلام قدر الثمن في بيع العين ولا في السلم اذا كان راس
المال مما يتعلق العقد بقدره ولابي حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر راس المال
تودي الي جهالة قدر المسلم فيه وانها مفسدة للعقد فيلزم اعلام قدره صيانة
للعقد عن الفساد ما امكن كما اذا اسلم في المكيل بمكيال نفسه بعينه ودلالة
انها تودي ما قلنا ان الدراهم علي ما عليه العادة لا تخلو عن قليل زيوف وقد يوجد
الاستحقاق علي بعضها فاذا رد الزايف ولم يستبدل في مجلس الرد ولم يجوز المستحق
ينفسخ السلم في المسلم فيه بقدر المردود والمستحق ويبقي في الباقي وذلك غير
معلوم فيصير المسلم فيه مجهول القدر ولهذا لم يصح السلم في المكيلات
بقفيز بعينه لانه يحتمل هلاك القفيز فيصير المسلم فيه مجهول القدر فلم
يصح كذا هذا بخلاف بيع العين فان الزيف والاستحقاق هناك لا يوثر في العقد
لان قبض الثمن غير مستحق وبخلاف الثياب والعدديات المتفاوتة
لان القدر فيها ملحق بالصفة الا تري لو قال اسلمت اليك هذا الثوب
علي انه عشرة اذرع فوجده المسلم اليه احد عشر سلمت الزيادة له فثبت
ان الزيادة فيها تجري مجري الصفة واعلام صفة راس المال ليس بشرط
لصحة السلم اذا كان معينا مشارا اليه وعلي هذا الخلاف اذا كان راس
المال جنسا واحدا مما يتعلق العقد علي قدره فاسلمه في جنسين مختلفين
كالحنطة والشعير او نوعين مختلفين من جنس واحد كالهروي
والمروي ولم يبين حصة كل واحد منهما فالسلم فاسد عند ابي
حنيفة وعندهما جايز ولو كان جنسا واحدا مما يتعلق العقد علي قدره
كالثوب والعددي المتفاوت فاسلمه في شيين مختلفين ولم يبين حصة
كل واحد منهما من ثمن راس المال فالسلم جايز بالاجماع ولو كان راس
المال من جنسين مختلفين او نوعين مختلفين فاسلمهما في جنس واحد
فهو علي الاختلاف والكلام في هذه المسلة بنا علي الاصل الذي ذكرنا
ان كون راس المال معلوم القدر شرط لصحة السلم عند ابي حنيفة
وعندهما جايز ليس بشرط ووجه البنا علي الاصل ان اعلام القدر لما كان
شرطا عنده فاذا كان راس المال واحدا وقوبل بشيين مختلفين
كان انقسامه عليهما من حيث القيمة لا من حيث الاجزا وحصة كل
واحد منهما من راس المال لا يعرف الا بالحرز والظن فيبقي قدر
حصة كل واحد منهما من راس المال مجهولا وجهالة راس المال مفسدة
للسلم عنده وعندهما اعلام قدره ليس بشرط فجهالته لا تكون
ضارة ولو اسلم عشرة دراهم في ثوبين جنسهما واحد ونوعهما
واحد وصفتهما واحدة وطولهما واحد ولم يبين حصة كل واحد
منهما من العشرة فالسلم جايز بالاجماع اما عندهما فظاهر لان اعلام
قدر راس المال ليس بشرط واما عنده فلان حصة كل واحد منهما
من راس المال يعرف من غير حرز وظن فكان قدر راس المال معلوما
وصار كما اذا اسلم عشرة دراهم في قفيزي حنطة ولم يبين حصة
كل قفيز من راس المال انه يجوز لما قلنا كذا هذا ولو قبض الثوبين

بعد محل الاجل ليس له ان يبيع احدهما مرابحة علي خمسة دراهم عند ابي
حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ليس له ذلك وله ان يبيعهما جميعا
مرابحة علي عشرة بالاجماع وكذا لو كان بين حصة كل ثوب خمسة دراهم
له ان يبيعهما علي خمسة مرابحة بلا خلاف ونذكر دلايل هذه الجملة في مسايل
المرابحة ان شا الله تعالي ومنها ان يكون مقبوضا في مجلس السلم
لان المسلم فيه دين والافتراق لا عن قبض راس المال يكون افتراقا
عن دين بدين وانه منهي عنه لما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم
نهي عن بيع الكالي بالكالي اي النسية بالنسية ولان ماخذ هذا الشرط
فانه يسمي سلما وسلفا لغة وشرعا تقول العرب سلمت واسلفت
بمعني واحد وفي الحديث من اسلم فليسلم في كل معلوم وروي من سلف
فليسلف في كل معلوم والسلم ينبي عن التسليم والسلف ينبي عن التقدم
فيقتضي لزوم راس المال ويقدم قبضه علي قبض المسلم فيه فان قيل شرط
الشي يسبقه او يقارنه والقبض يعقب العقد فكيف يكون شرطا
فالجواب ان القبض شرط بقا العقد علي الصحة لا علي شرط الصحة فان
العقد ينعقد صحيحا بدون قبض ثم يفسد بالافتراق لا عن قبض
وبقا العقد صحيحا يعقب العقد ولا يتقدمه فيصلح القبض شرطا
له وسوا كان راس المال دينا او عينا عند عامة العلما استحسانا
والقياس ان لا يشترط قبضه في المجلس اذا كان عينا وجه القياس
ان اشتراط القبض للاحتراز عن الافتراق عن دين بدين وهذا
افتراق عن عين بدين وانه جايز وجه الاستحسان ان راس مال السلم
يكون دينا عادة ولا يجعل العين راس المال الا نادرا والنادر حكمه حكم
الغالب فيلحق الدين علي ما هو الاصل في الشرع في الحاق المفرد بالجملة
ولان ماخذ العقد في الدلالة علي اعتبار هذا الشرط لا يوجب الفصل
بين الدين والعين علي ما ذكرنا وسوا قبض في اول المجلس او في
اخره فهو جايز لان ساعات المجلس لها حكم ساعة واحدة وكذا لو
لم يقبض حتي قاما يمشيان فقبض قبل ان يفترقا بابدانهما
لا جاز لان ما قبل الافتراق بابدانهما له حكم المجلس وعلي هذا يخرج
الابرا عن راس مال السلم انه لا يجوز بدون قبول رب السلم
لان قبض راس المال شرط صحة السلم فلو جاز الابرا من غير
قبوله وفيه اسقاط هذا الشرط اصلا لكان الابرا فسخا معني
واحد العاقدين لا ينفرد بفسخ العقد فلا يصح الابرا ويبقي
عقد السلم علي حاله واذا قبل جاز الابرا لان الفسخ حينيذ
يكون بتراضيهما وانه جايز واذا جاز الابرا وانه في معني الفسخ
انفسخ العقد ضرورة بخلاف الابرا عن المسلم فيه انه جايز
من غير قبول المسلم اليه لانه ليس في الابرا عنه اسقاط شرط
لان قبض المسلم ليس بشرط فصح من غير قبول وبخلاف الابرا
عن ثمن المبيع انه يصح من غير قبول تمكن المشتري الا تري انه

العقد دليل علي هذا صح

قبض

يرتد بالرد لان قبض الثمن ليس بشرط البيع الا ترى انه يرتد بالرد لان في الابرا
معنى التمليك على سبيل التبرع فلا يلزم دفعا لضرر المنة ولا يجوز الابرا
عن المبيع لانه عين والابرا اسقاط واسقاط الاعيان لا يعقل وعلى هذا يخرج
الاستبدال براس مال السلم في مجلس العقد انه لا يجوز وهو ان ياخذ
براس السلم شيا من غير جنسه لان راس قبض المال لما كان شرطا فبالاستبدال
يفوت قبضه حقيقة وانما يقبض بدله وبدل الشي غيره وكذلك
الاستبدال ببدل الصرف لما قلنا فان اعطى رب السلم من جنس راس
المال اجود او اردى ورضي المسلم اليه بالاردى جاز لانه قبض
جنس حقه وانما اختلف الوصف فان كان اجود فقد قضى حقه
واحسن في القضا وان كان اردى فقد قضى حقه ايضا لكن على وجه
النقصان فلا يكون اخذ الاجود والاردى استبدالا الا انه لا يجبر
على اخذ الاردى لان فيه فوات عن صفة الجودة فلا بد من رضاه
وهل يجبر على الاخذ اذا اعطاه اجود من حقه قال علماونا يجبر
عليه وقال زفر لا يجبر وجه قوله ان رب السلم في اعطا الزيادة
على حقه متبرع والمتبرع عليه لا يجبر على قبول التبرع لما فيه من التزام
المنة فلا يلزمه من غير التزامه ولنا ان اعطا الاجود مكان الجيد
في قضا الديون لا يعد فضلا وزيادة في العادات بل يعد من باب
الاحسان في القضا ولواحق الايفا فاذا اعطاه الاجود فقد قضى
حق صاحب الحق واجمل في القضا فيجبر على الاستبدال بالمسلم فيه
بجنس اخر فلا يجوز ايضا لكن بنا على اصل اخر ذكرناه فيما تقدم وهو ان
المسلم فيه مبيع منقول وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز
وان اعطى اجود او اردى فحكمه حكم راس المال وقد ذكرناه واما
استبدال راس مال السلم بجنس اخر بعد الاقالة او بعد انفساخ
السلم لا يجوز عندنا خلافا لزفر ويجوز استبدال بدل الصرف بعد
الاقالة بالاجماع وقد مر الكلام فيه والفرق فيما تقدم وتجوز الحوالة
براس السلم على رجل حاضر والكفالة به لوجود ركن هذه العقود مع
شرايطه فيجوز كما في سائر العقود فلو امتنع الجواز انما يمتنع لمكان
الخلل في شرط عقد السلم وهو القبض وهذه العقود لا تخل بهذا
الشرط بل تحققه لكونها وسايل الى استيفا الحق فكانت موكدة له
هذا مذهب اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز لان هذه العقود شرعت
لتوثيق حق يحتمل التاخر عن المجلس فلا يحصل بما شرع له العقد فلا
يصح وهذا غير سديد لان معنى التوثق يحصل في الحقين جميعا فجاز
العقد فيهما جميعا ثم اذا جازت الحوالة والكفالة فان قبض المسلم
راس المال من المحتال عليه والكفيل ومن رب السلم فقد تم
العقد بينهما اذا كانا في المجلس سوا بقي الحويل والكفيل او افترقا
بعد ان كان العاقدان في المجلس وان افترق العاقدان بانفسهما
قبل القبض بطل السلم وبطلت الحوالة والكفالة وان بقي المحال

راس صح

الثلاثة صح

عليه

عليه والكفيل في المجلس والعبرة لبقا العاقدين وافتراقهما لا بقا الحويل
والكفيل وافتراقهما لان القبض من حقوق العقد وقيام العقد بالعاقدين
فكان المعتبر مجلسهما وعلى هذا الحوالة والكفالة ببدل الصرف انها انهما
جايزان لما قلنا لكن التقابض من الجانبين قبل تفرق العاقدين لا بد انهما
انهما شرط وافتراق المحال عليه والكفيل لا يضر لما ذكرنا وان افترق العاقدين
لا بد انهما قبل التقابض من الجانبين بطل الصرف وبطلت الحوالة والكفالة
كما في السلم واما الرهن براس المال فان هلك الرهن في المجلس وقيمته
مثل راس المال او اكثر فقد تم العقد بينهما لانه حصل مستوفيا الراس
المال لان قبض الرهن قبض استيفا لانه قبض مضمون وقد تقرر الضمان
بالهلاك وعلى الراهن مثله من جنسه من المالية فيتقاصان فحصل
الافتراق عن قبض راس المال فتم عقد السلم وان كانت قيمته
اقل من راس المال تم العقد بقدره ويبطل في الباقي لانه استوفى
راس المال بقدره وان لم يهلك الرهن حتى افترقا بطل السلم لحصول
الافتراق لا عن قبض راس المال وعليه رد الرهن على صاحبه وكذا هذا
الحكم في بدل الصرف اذا اخذ به رهنا انه ان هلك الرهن قبل افتراق
لا بد انهما تم عقد الصرف لانه بالهلاك صار مستوفيا وان لم يهلك
حتى افترقا بطل الصرف لفوات شرط الصحة وهو القبض كما في السلم
والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا كان راس المال دينا على المسلم اليه او غيره
فاسلمه انه لا يجوز لان القبض شرط ولم يوجد حقيقة فيكون افتراقا
عن دين بدين وانه منهي فان نقده في المجلس لان هناك مانع اخر وهو
العجز عن التسليم لان ما في ذمة الغير لا يكون مقدور التسليم
والقدرة على التسليم عند العقد من شرايط الصحة على ما مر وعلى هذا
المانع منعدم في الاصل الاول لان ذمة المسلم اليه في يده فكان قادرا على
التسليم عند العقد وانما لم يجز لعدم القبض فاذا وجد القبض جاز ولو
اسلم دينا وعينا وافترقا جاز في حصة العين وبطل في حصة الدين
لان الاصل ان الفساد بقدر المفسد والمفسد عدم القبض وانه يخص
بالدين فيفسد السلم بقدره كما لو اشترى عبدين ولم يقبضهما حتى
هلك احدهما قبل القبض انه يبطل في الهالك ويبقى في الاخر لما قلنا
كذا هذا وعلى هذا يخرج ما اذا قبض راس المال ثم انتقض فيه القبض
بمعنى اوجب انتقاضه انه يبطل السلم وبيان ذلك ان جملة راس المال
لا تخلو اما ان تكون عينا وهو مما يتعين بالتعيين واما ان تكون دينا
وهو ما لا يتعين بالتعيين والعين لا تخلو اما ان يوجد مستحقا
او معيبا والدين لا تخلو اما ان يوجد مستحقا او زيوفا او نبهرجة
او ستوقا او رصاصا وكل ذلك لا تخلو اما ان يكون قبل الافتراق او بعده
وجد كله كذلك او بعضه دون بعض وكذلك احد المتصارفين اذا وجد
بدل الصرف كذلك فهو على هذه التفاصيل التي ذكرنا فان كان راس
المال عينا فوجده المسلم اليه مستحقا او معيبا فان لم يجز المستحق

ولم يرض المسلم اليه بالعيب يبطل السلم سوا كان بعد الافتراق او قبله لانه
انتقض القبض فيه بالاستحقاق والرد بالعيب ولا يمكن اقامة غيره مقامه
في القبض لانه متعين فيحصل الافتراق لا عن قبض راس المال في المجلس
فيبطل السلم وان اجاز المستحق ورضي المسلم اليه بالعيب جاز السلم سوا
كان قبل الافتراق او بعده لانه تبين ان قبضه وقع صحيحا فحصل الافتراق
عن قبض راس المال ولا سبيل للمستحق على المقبوض لانه لما اجاز فقد صار
المقبوض ملكا للمسلم اليه وله ان يرجع على الناقد بمثله وبقيمته ان لم
يكن مثليا لانه اتلف عليه بالتسليم وكذا في الصرف غير ان هناك
اذا كان البدل المستحق او المعيب عينا كالتبر والمصوغ من الفضة
ولم يجز المستحق ولا رضي القابض بالمعيب حتى بطل الصرف يرجع على
قابض الدينار بالدينار ان كان قايما وبمثله ان كان هالكا ولا خيار
لقابض الدينار في ظاهر الرواية كما في بيع العين اذا استحق المبيع
واخذه المستحق ولو كان قبض الدينار تصرف فيه واخرجه من ملكه
لا يفسخ عليه تصرفه وعليه مثله كما في المقبوض بعقد فاسد هذا اذا
كان راس المال عينا فاما اذا كان دينا فان وجده مستحقا واجاز
المستحق فالسلم ماض سوا كان قبل الافتراق او بعده لانه ظهر ان
القبض كان صحيحا ولا سبيل للمشتري على المقبوض ويرجع على الناقد
بمثله لانه اتلفه بالتسليم وهو مثلي فيرجع عليه بمثله وان لم يجز فان كان
قبل الافتراق واستبدل في المجلس فالسلم ماض لان راس المال اذا
كان دينا كان الواجب في ذمة رب السلم مثل المستحق لا عينه فقبض
المستحق ان لم يصح او انتقض بالاستحقاق وعدم الاجازة يقوم قبض
مثله مقامه فيرجع عليه بمثله ويلحق ذلك الذي كان بالعدم كانه لم
يقبض واخر القبض الى اخر المجلس بخلاف ما اذا كان عينا لان المستحق
هناك قبض المعين وقد انتقض القبض فيه بالاستحقاق وتعذر
اقامة قبض غيره مقامه فحصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد
وان كان بعد الافتراق يبطل السلم لانه تبين ان الافتراق حصل
لا عن قبض راس المال هذا اذا وجده مستحقا فاما اذا وجده زيوفا
او نبهرجه فان يجوز المسلم اليه فالسلم ماض على الصحة سوا وجده
قبل الافتراق او بعده لان الزيوف من جنسه حقه لانها دراهم
لكنها معيبة بالزيافة وفوات صفة الجودة فاذا تجوز به فقد ابراه
عن العيب ورضي به بقبض حقه مع النقصان بخلاف الستوق فانه
لا يجوز وان تجوز به لانه ليس من جنس الدراهم على ما نذكر وان لم
يتجوز به ورده فان كان قبل الافتراق بطل السلم عند ابي حنيفة
وزفر سوا استبدل في المجلس او لا وعند ابي يوسف ومحمد ان لم
يستبدل في مجلس الرد فكذلك وان استبدل لا يبطل السلم وجه
قولهما ان قبض الزيوف وقع صحيحا لانه قبض جنس الحق الا ترى
انه لو تجوز بها جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز كالستوق الا انه

فانت

فانت صفة الجودة بالزيافة فكانت من جنس حقه اصلا لا وصفا وكانت الزيافة
فيها عيبا والمعيب لا يمنع صحة القبض كما في بيع العين اذا كان المعيب معيبا
وبالرد ينتقض القبض لكن مقصورا على حال الرد ولا يستند الانتقاض
الى وقت القبض فيبقى القبض صحيحا كان ينبغي ان لا يشترط قبض بدله في
مجلس الرد لان المستحق بعقد السلم القبض مرة واحدة الا انه شرط
ولان للرد شبها بالعقد حيث لا يجب القبض في مجلس الرد الا بالرد كما لا
يجب القبض في المجلس العقد الا بالعقد فالحق مجلس الرد بمجلس العقد
وجه قول ابي حنيفة وزفر ان الزيوف من حق المسلم اليه لكن اصلا
لا وصفا ولهذا ثبت له حق الرد بفوات حقه عن الوصف فكان حقه في
الاصل والوصف جميعا فصار بقبض الزيوف قابضا حقه من حيث الاصل
لا من حيث الوصف الا انه اذا رضي به فقد اسقط حقه عن الوصف
وتبين ان المستحق هو قبض الاصل دون الوصف لابرايه اياه عن الوصف
فاذا قبض فقد قبض حقه المستحق واذا لم يرض به تبين انه لم يقبض
حقه لان حقه في الاصل والوصف جميعا فتبين ان الافتراق حصل لا عن
قبض راس المال فيبطل السلم هذا اذا وجده زيوفا او نبهرجه فاما
اذا وجده ستوقا او رصاصا فان وجده بعد الافتراق بطل السلم
لان الستوق ليس من جنس الدراهم الا ترى انها لا تروج في معاملات
الناس فلم تكن من جنس حقه اصلا ووصفا فكان الافتراق عن المجلس لا عن
قبض راس المال فيبطل السلم وسوا تجوز به او لا لانه اذا لم يكن من جنس
حقه كان التجوز به استبدالا براس مال السلم قبل القبض وانه لا يجوز
بخلاف الزيوف فانها من جنس حقه على ما بينا وان وجده في المجلس فاستبدل
فالسلم ماض لان قبضه وان لم يصح فقد بقي الواجب في ذمة رب السلم
دراهم هي حق المسلم اليه فاذا قبضها فقد قبض حقه في المجلس والتحق
قبض الستوق بالعدم كانه لم يقبض اصلا واخر قبض راس المال
الى اخر المجلس وكذا في الصرف غير ان هناك اذا ظهر ان الدراهم ستوقة
او رصاص بعد الافتراق عن المجلس حتى بطل الصرف فقابض الدينار
يسترد دراهمه الستوقة وقابض الدراهم يسترد من قابض الدينار
عين ديناره ان كان قايما ومثله ان كان هالكا ولا خيار لقابض الدينار
كذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل لانه اذا ظهر ان المقبوض ستوقة
او رصاص فقد ظهر ان قبضها لم يصح فتبين ان الافتراق حصل
لا عن قبض فبطل السلم وبقي الدينار في يده من غير سبب شرعي
فاشبه يد الغصب واستحقاق المبيع في بيع العين وهناك يسترد
عينه ان كان قايما كذا هذا وطعن عيسى بن ابان وقال ينبغي ان
يكون قابض الدينار بالخيار ان شا رد عين الدينار وان شا رد مثله
ولا يستحق عليه رد العين وان كان قايما لانه لم يكن متعينا في العقد
فلا يكون متعينا في الفسخ والاعتبار باستحقاق المبيع غير سديد لان
هناك ظهر بطلان العقد من الاصل لانه اذا لم يجز المستحق تبين

جنس صح

ان العقد وقع باطلا من حين وجوده وها هنا العقد وقع صحيحا وانما بطل في المستقبل
لعارض طري عليه بعد الصحة فلا يظهر بطلانه من الاصل وبعض مشايخنا اخذوا
بقول عيسي ونصروه وحملوا عليه جواب الكتاب علي ما اذا اختار قابض الدينار
رد عين الدينار والله اعلم هذا الذي ذكرنا اذا وجد المسلم اليه كل راس المال
مستحقا او معيبا او زيوفا او ستوقا فاما اذا وجد بعضه دون بعض ففي
الاستحقاق اذا لم يجز المستحق ينتقض العقد بقدر المستحق سوا كان راس
المال عينا او دينا بلا خلاف لان القبض انتقض فيه بقدره وكذا في الستوقة
والرصاص فيبطل العقد بقدره قليلا كان او كثيرا بالاجماع لما قلنا وكذا هذا في
الصرف غير ان هناك قابض الستوقة شريكا لقابض الدينار وهو بالخيار علي ما
ذكرنا واما الزيوف والنبهرجة في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله ان ينتقض
العقد بقدره اذا لم يتجوز ورده استبدل في مجلس الرد وهو قول زفر
لانه تبين ان قبض المردود لم يصح فتبين ان الافتراق حصل لا عن قبض راس
المال في قدر المردود فيبطل السلم بقدره الا انه استحسن في القليل وقال
ان كان قليلا فرده واستبدل في ذلك المجلس فالعقد ماض في الكل وان كان
كثيرا يبطل العقد بقدر المردود لان الزيافة في القليل مما لا يمكن التحرز
عنه لان الدراهم لا تخلوا عن ذلك فكانت ملحقة بالعدم بخلاف الكثير واختلفت
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في الحد الفاصل بين القليل والكثير مع ان
اتفاق الروايات علي ان الثلث قليل في رواية عنه وان ما زاد علي الثلث يكون
كثيرا وفي رواية النصف وفي رواية عنه الزايد علي النصف وكذا هذا في الصرف
غير ان هناك اذا كثرت الزيوف فرد حتي بطل العقد في قدر المردود عند
ابي حنيفة يصير شريكا لقابض الدينار فيسترد منه عينه وعلي قول عيسي
قابض الدينار بالخيار علي ما بينا ولو كان تصرف فيه او اخرجه عن ملكه لا يفسخ
عليه تصرفه وعليه مثله كما في البيع الفاسد علي ما مر وكل جواب عرفته في
السلم والصرف فهو الجواب في عقد يتعلق صحته بالقبض قبل الافتراق مما
سوي الصرف والسلم كمن كان له علي اخر دينار فصالح منها علي الدراهم او كان
له علي اخر مكيل او موزون في الذمة دينا او غيرهما مما يثبت مثله دينا في الذمة
فصالح منها علي دراهم او نحو ذلك من العقود مما يكون قبض الدراهم فيه قبل
الافتراق عن المجلس شرطا لصحة العقد فقبض الدراهم ثم وجدها مستحقة
او زيوفا او نبهرجة او ستوقة او رصاصا كلها او بعضها قبل الافتراق او بعده
وعلي هذا تخرج مقاصة راس مال السلم بدين اخر علي المسلم اليه بان وجب علي
المسلم اليه دين مثل راس المال انه هل يصير راس المال قصاصا ذلك بالدين
فهذا لا يخلوا اما ان وجب دين اخر بالعقد واما ان وجب بالقبض فان وجب
بالعقد فاما ان وجب بعقد متقدم علي عقد السلم واما ان وجب بعقد
متاخر عنه فان وجب بعقد متقدم علي المسلم بان كان رب السلم باع
المسلم اليه ثوبا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتي لو اسلم اليه عشرة
دراهم في كر حنطة فان جعلا الدينين قصاصا او تراضيا بالمقاصة يصير
قصاصا وان ابي احدهما لا يصير قصاصا وهذا استحسان والقياس ان لا

يصير قصاصا

يصير قصاصا كيف ما كان وهو قول زفر وجه قوله ان قبض راس المال شرط والحاصل
بالمقاصة ليس بشرط بقبض حقيقة فكان الافتراق حاصلا لا عن قبض راس المال
فيبطل السلم ولنا ان العقد منعقد موجبا القبض حقيقة لولا المقاصة فاذا
تبين انه انعقد موجبا قبضا بطريق المقاصة وقد وجد ونظيره ما قلنا في الزيادة
في الثمن والمثمن انها جايزة استحسانا ويلتحق باصل العقد لان بالزيادة يتبين
ان العقد وقع علي المزيد عليه وعلي الزيادة جميعا كذا هذا وان وجب بعقد متاخر
عن السلم لا يصير قصاصا وان جعلاه قصاصا الا رواية عن ابي يوسف شاذة
لان بالمقاصة لا تبين ان العقد موجبا قبضا بطريق المقاصة من حين وجوده
لان المقاصة تستدعي قيام دينين ولم يكن عند عقد السلم الا دين واحد فانعقد
موجبا حقيقة وانه لا يحصل بالمقاصة هذا وجب الدين بالعقد فاما اذا وجب
بالقبض كالغصب والقرض فانه يصير قصاصا سوا جعلاه قصاصا او لا بعد ان كان
وجوب الدين الاخر متاخرا عن العقد لان العقد ان انعقد موجبا قبضا حقيقة
فقد وجد ها هنا لان قبض الغصب والقرض قبض حقيقة فيجعل عن قبض راس
المال لانه واجب وقبض الغصب محظور وقبض القرض ليس بواجب فكان ايقاعه
عن الواجب اولي بخلاف ما تقدم لان هناك لم يوجد القبض حقيقة والقبض بطريق
المقاصة يكون في احد الفصلين دون الاخر علي ما بينا والله اعلم ❁ هذا اذا تساوي
الدينان فاما اذا تفاضلا بان كان احدهما افضل والاخر دون فرضي احدهما
بالقصاص وابي الاخر فانه ينظر ان ابي صاحب الافضل لا يصير قصاصا لان حقه
في الجودة معصوم محترم فلا يجوز ابطاله عليه من غير رضاه وان ابي صاحب
الادون يصير قصاصا لانه لما رضي به صاحب الافضل فقد سقط حقه عن
الفضل فكانه قضي دينه فاعطاه اجود مما عليه وهناك يجبر علي الاخذ كذا هاهنا
والله اعلم ❁ وكذا المقاصة في ثمن الصرف تخرج علي هذا التفاصيل الذي ذكرناها
في راس السلم فافهم والله الموفق للصواب ❁ ثم ما ذكرنا من اعتبار هذا
الشرط وهو قبض راس المال حال بقا العقد فاما بعد ارتفاعه بطريق الاقالة
او بطريق اخر فقبضه ليس بشرط في مجلس الاقالة بخلاف القبض في مجلس العقد
وقبض بدل الصرف في مجلس الاقالة انه شرط لصحة الاقالة كقبضهما في مجلس
العقد ووجه الفرق ان القبض في مجلس العقد في البابين ما شرط لعينه وانما
شرط وهو ان يصير البدل معينا بالقبض صيانة عن الافتراق عن دين
بدين علي ما بينا ولا حاجة الي التعيين في مجلس الاقالة في السلم لانه لا يجوز استبداله
فيعود اليه عينه فلا تقع الحاجة الي التعيين بالقبض فكان الواجب نفس القبض
فلا يراعي له المجلس بخلاف الصرف لان التعيين لا يحصل الا بالقبض فكان
الواجب نفس القبض فلا يراعي لان استبداله جايز فلا بد من صرف القبض
في المجلس والله اعلم

فصل

واما الذي يرجع الي المسلم فيه فانواع ايضا
منها ان يكون معلوم الجنس كقولنا حنطة او شعيرا وتمر ❁ ومنها ان يكون
معلوم النوع كقولنا حنطة سقية او بخسية تمر برني او فارسي هذا اذا كان
مما لا يختلف نوعه فان كان مما لا يختلف نوعه لا يشترط بيان النوع ❁ ومنها
ان يكون معلوم الصفة كقولنا جيد او وسط او ردي ❁ ومنها ان يكون

التي

له

معلوم القدر بالكيل او الوزن او الذرع او العد لان جهالة النوع والجنس
والصفة والقدر جهالة مفضية الى المنازعة فانها مفسد للعقد وقال
النبي صلى الله عليه وسلم من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم
معلوم الى اجل معلوم ٭ ومنها ان يكون معلوم بكيل او وزن او ذرع يومن
فقده عن ايدي الناس فان كان لا يومن فالسلم فاسد فاذا علم قدره
بمكيال لا يعرف عياره بان قال بهذا الانا ولا يعلم كم يسع فيه او بحجر لا يعرف
عياره بان قال بهذا الحجر ولا يعلم كم وزنه او بخشبة لا يعرف قدرها
بان قال بهذه الخشبة ولا يعلم مقدارها او بذراع يده ولو كان هذا في بيع
العين بان قال بعتك من هذه الصبرة ملأ هذا الانا بدرهم او من هذا
الزيت وزن هذا الحجر بدرهم يجوز في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه كان يقول اولا لا يجوز ثم رجع وقال يجوز وجه هذه الرواية ان
هذا بيع مكايلة والعلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة ولم يوجد
فيفسد كما لو باع قفزانا من هذه الصبرة ولظاهر الرواية الفرق بين السلم
وبين بيع العين ووجه الفرق بينهما من وجهين ان التسليم في باب السلم
لا يجب عقيب العقد انما يجب بعد محل الاجل فيحتمل ان يهلك الانا قبل محل الاجل
وهذا الاحتمال ان لم يكن غالبا فليس بنادر ايضا واذا هلك يصير المسلم فيه
مجهول القدر بخلاف بيع العين لانه يوجب التسليم عقيبه وهلاك القفيز
عقيب العقد بلا فصل نادر والنادر ملحق بالعدم فلا يصير البيع مجهول
القدر والثاني ان القدرة على التسليم شرط انعقاد العقد وصحته
والقدرة على التسليم عند التسليم عند العقد ثابتة في باب السلم لان
السلم بيع المفاليس وفي ثبوت القدرة عند محل الاجل شك قد يثبت
وقد لا يثبت لانه ان بقي المكيال والحجر والخشبة يثبت وان لم يبق لا يقدر
فوقع الشك في ثبوت القدرة فلا يثبت بالشك على الاصل المعهود في غير
الثابت بيقين اذا وقع الشك في ثبوته انه لا يثبت بخلاف بيع العين
لان هناك القدرة على التسليم ثابتة عند العقد وفي فواتها بالهلاك
شك فلا يفوت بالشك على الاصل المعهود في الثابت بيقين اذا وقع الشك
في زواله انه لا يزول بالشك واما قوله العلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة
شرط الصحة فنقول العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة
المفضية الى المنازعة وهذا النوع من الجهالة لا يفضي الى المنازعة لامكان
الوصول الى العلم بقدر المبيع بالكيل للحال بخلاف بيع قفزان من الصبرة
لان هناك لا طريق الى الوصول الى العلم بمقدار المبيع فالمشتري يطالبه
بزيادة والبايع لا يعطيه فيتنازعان فكانت الجهالة مفضية الى المنازعة
فهو الفرق بين الفصلين وقيل انما يجوز هذا في بيع العين اذا كان الانا
من خزف او خشب او حديد او نحو ذلك لانه يحتمل الزيادة والنقصان
واما اذا كان مثل الزنبيل والغرارة والجوالق ونحو ذلك فلا يجوز لانه
يحتمل الزيادة والنقصان والله اعلم ٭ ولو كان المسلم فيه مكيلا فاعلم
قدره بالوزن المعلوم او كان موزونا فاعلم قدره بالكيل المعلوم جاز

لان شرط جواز السلم كون المسلم فيه معلوم القدر والعلم بالقدر كما يحصل
بالكيل يحصل بالوزن فاما شرط الكيل والوزن في الاشيا التي ورد الشرع فيها
باعتبار الكيل والوزن في بيع العين ثبت نصا فكان بيعها بالكيل او الوزن
مجازفة فلا يجوز اما في باب السلم فاعتبار الكيل والوزن لمعرفة مقدار
المسلم فيه وقد حصل والله اعلم ٭ ومنها ان يكون مما يمكن ان يضبط قدره
وصفته بالوصف على وجه لا يبقى بعد الوصف الا تفاوت يسير فان كان
مما لا يمكن ويبقى بعد الوصف تفاوت فاحش لا يجوز السلم فيه اذا لم
يمكن ضبط قدره وصفته بالوصف فيبقى مجهول القدر او الوصف
جهالة فاحشة مفضية الى المنازعة وانها مفسدة للعقد وبيان ذلك
انه يجوز السلم في المكيلات والموزونات فلانها ممكنة الضبط قدرا
وصفة على وجه لا يبقى بعد الوصف بينه وبين جنسه ونوعه الا تفاوت
يسير لانها من ذوات الامثال وكذلك العدديات المتقاربة من الجوز
والبيض لان الجهالة فيها يسيرة لا تفضي الى المنازعة وصغير الجوز والبيض
وكبيرهما سوا لانه لا يجري التنازع في ذلك القدر من التفاوت
بين الناس عادة فكان ملحقا بالعدم فيجوز السلم فيها عددا وكذلك كيلا
وهذا عندنا وقال زفر لا يجوز ووجه الفرق ان الجوز والبيض مما
يختلف ويتفاوت في الصغر والكبر حتى يشتري الكبير منها باكثر
مما يشتري الصغير فاشبه البطيخ والرمان ولنا ان التفاوت بين صغير
الجوز وكبيره يسير اعرض الناس عن اعتباره فكان ساقط العبرة ولهذا
كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف بخلاف الرمان والبطيخ فان التفاوت
بين احاده تفاوت فاحش ولهذا كان مضمونا بالقيمة واما السلم في
في الفلوس عددا فجايز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز
بنا على ان الفلوس اثمان عنده فلا يجوز السلم فيها كما لا يجوز في الدراهم
والدنانير وعندهما ثمنيتها ليست بلازمة بل تحتمل الزوال لانها
تثبت بالاصطلاح فتزول بالاصلاح واقدام العاقدين على عقد السلم
فيها مع علمهما انه لا صحة للسلم في الاثمان اتفاق منهما منهما على اخراجها عن
صفة الثمنية فتبطل ثمنيتها في حق العاقدين سابقا على العقد ويصير
سلعا عددية فيصح السلم فيها كما في ساير السلع العددية كالنصال
ونحوها واما الذرعيات كالثياب والبسط والحصير والبواري
ونحوها فالقياس ان لا يجوز السلم فيها لانها ليست من ذوات
الامثال لتفاوت فاحش بين ثوب وثوب ولهذا لم تضمن بالمثل
في ضمان العدوان بل بالقيمة فاشبه السلم في اللالي والجواهر الا انا
استحسنا الجواز في قوله تعالى في اية الدين ولا تساموا ان تكتبوه
صغيرا او كبيرا الى اجله والمكيل والموزون لا يقال فيه الصغير والكبير
وانما يقال ذلك في الذرعيات والعدديات ولان الناس تعاملوا
السلم في الثياب لحاجتهم الى ذلك فيكون اجماعا منهم على الجواز فيترك
القياس بمقابلته ولانه اذا بين جنسه ونوعه وصفته ورقعته وطوله

وعرضه يتقارب التفاوت فيلحق بالمثلي في باب السلم لحاجة ولا حاجة الى
الالحاق بالمثلي في باب الاستهلاك معما ان هذا الاعتبار غير سديد
لانه قد يتحمل في المعاملات من التفاوت اليسير ما لا يتحمل مثله في الاتلاف
فان الاب اذا باع مال ولده بغبن يسير لا يضمن ولو اتلف عليه شيا
يسيرا من ماله يضمن فلا يستقيم الاستدلال هذا اذا اسلم في ثوب
الكرباس او الكتان فاما اذا اسلم في ثوب الخز فهل يشترط فيها بيان
الوزن بعد بيان الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض
ان كان مما يختلف قيمته باختلاف وزنه من القلة والكثرة بعد التساوي
في الجنس والنوع والصفة والرفعة والطول والعرض يشترط لان
بعد بيان هذه الاشيا يبقى جهالة مفضية الى المنازعة وان كان
مما لا يختلف يجوز لان جهالة الوزن فيه لا تفضي الى المنازعة ولا يجوز
السلم في العدديات المتفاوتة من الحيوان والجواهر من اللالي
والجوز والجلوز والادم والروس والاكارع والبطيخ والقثا والرمان
والسفرجل ونحوها من العدديات المتفاوتة لانه لا يمكن ضبطها
بالوصف اذ يبقى بعد بيان جنسها ونوعها وصفتها وقدرها جهالة
فاحشة مفضية الى المنازعة لتفاوت فاحش بين جوهر وجوهر
ولولوء ولولوء وحيوان وحيوان وكذا بين جلد وجلد وراس وراس
في الصغر والكبر والسمن والهزال وقال الشافعي يجوز السلم في
الحيوان وجه قوله ان المانع من الجواز هو جهالة المسلم فيه
وقد زالت ببيان الجنس والنوع والصفة والسن لان الحيوان
معلوم والنوع صفة والغضة فكان مضبوط الوصف فالتفاوت
فيما ورا ذلك لا يعتبر ولهذا وجب دينا في الذمة في النكاح فاشبه
الثياب ولنا ان بعد بيان هذه الاشيا يبقى بين فرس وفرس
تفاوت فاحش في المالية فتبقى الجهالة مفضية الى المنازعة وانها
مانعة صحة العقد لما ذكرنا من الوجوه فيما قبل وقد روي عن بن
عباس رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن السلف
في الحيوان والسلف والسلم في اللغة شي واحد والاعتبار بالنكاح
غير سديد لانه يتحمل فيه جهالة لا يتحملها البيع الا ترى انه يصح من غير
ذكر البدل وببدل مجهول وهو مهر المثل ولا يصح البيع الا ببدل
معلوم فلا يستقيم الاستبدال ولا يجوز السلم في التبن احمالا
واوقارا لان التفاوت بين الحمل والحمل والوقر والوقر مما يفحش
اذا اسلم فيه بقبان معلوم من قبان التجار ولا يختلف فيجوز
ولا يجوز السلم في الحطب حزما ولا اوقارا للتفاوت الفاحش
بين حزمة وحزمة ووقر ووقر وكذا في القصب والحشيش والعيدان
الا وصفه بوصف يعرف بتقارب التفاوت فيجوز ويجوز السلم
في اللبن والاجر اذا سمي ملبنا معلوما لا يختلف ولا يتفاوت الا يسيرا
وكذا في الطوابيق اذا وصفها بوصف يعرف على وجه لا يبقى بعد

الوصف

بعد الوصف جهالة مفضية الى المنازعة لان الفساد للجهالة فاذا صار
معلوما بالوصف جاز وكذا في طشت وقمقمة او خفين او نحو ذلك ان
كان يعرف يجوز وان كان لا يعرف لا يجوز لان المسلم فيه دين حقيقة
والدين يعرف بالوصف فان كان مما يحصل تمام المعرفة بالوصف بان لم
يبق فيه جهالة مفضية الى المنازعة جاز السلم فيه والا فلا ولو استصنع
رجل شيا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا * والكلام في الاستصناع
في مواضع في بيان جوازه انه جايز ام لا * وفي بيان شرايط جوازه
وفي بيان كيفية جوازه * وفي بيان حكمه * اما الاول فالقياس
يابى جواز الاستصناع لانه بيع المعدوم كالسلم بل هو ابعد جوازا من
السلم لان المسلم فيه تحتمله الذمة لانه دين حقيقة والمستصنع
عين يوجد في الثاني والاعيان لا تحتملها الذمة فكان جواز هذا العقد
ابعد عن القياس في السلم وفي الاستحسان جاز لان الناس تعاملوه
في ساير الاعصار من غير انكار فكان اجماعا منهم على الجواز فيترك
القياس به ثم هو بيع عند عامة مشايخنا وقال بعضهم هو عدة وانه
ليس بسديد لان محمدا رحمه الله ذكر القياس والاستحسان في جوازه
وذكر القياس والاستحسان لا يليق بالعدات وكذا اثبت خيار الروية
للمستصنع وانه من خصايص البيوع وكذا من شرط جوازه ان يكون
فيما للناس فيه تعامل والعدات لا يتقيد جوازها بهذه الشريطة
فدل ان جوازه جواز البياعات لا جواز العدات والله اعلم
واما شرايطه فمنها بيان جنس المستصنع ونوعه وقدره وصفته
لانه مبيع فلا بد وان يكون معلوما والعلم انما يحصل باشيا منها
ان يكون مما للناس فيه تعامل كالخف والقلنسوة والانية ونحوها ولا
يجوز فيما لا تعامل لهم فيه كما اذا امر حايكا ان يحوك له ثوبا بغزل
نفسه ونحو ذلك مما لم تجر عادات الناس بالتعامل فيه لان جوازه
مع ان القياس يا باه ثبت بتعامل الناس فيختص بما لهم فيه تعامل
ويبقى فيما ورا ذلك موكولا الى القياس واما كيفية جوازه فهي
انه عقد غير لازم في حق كل واحد منهما قبل روية المستصنع والرضا
به حتى كان للصانع ان يمتنع من الصنع وان يبيع المصنوع قبل ان
يراه المستصنع وللمستصنع ان يرجع ايضا لان القياس ان لا يجوز
اصلا الا ان جوازه ثبت استحسانا بخلاف القياس لحاجة الناس
وحاجتهم قبل الصنع او بعده قبل روية المستصنع والرضا به
اقرب الى الجواز دون اللزوم فبقي اللزوم قبل ذلك على اصل القياس
واما حكم الاستصناع فحكمه في حق المستصنع اذا اتى الصانع
بالمستصنع على الصفة المشروطة ثبوت غير لازم في حقه حتى يثبت
له خيار الروية اذا راه ان شا اخذه وان شا تركه وفي حق الصانع
ثبوت ملك لازم اذا راه المستصنع ورضي به ولا خيار له وهذا
جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي حنيفة انه غير لازم في حق كل واحد

مهما حتي يثبت لكل واحد منهما الخيار وروي عن ابي يوسف انه
لازم في حقهما حتي لاخيار لاحد منهما لا للصانع ولا للمستصنع ايضا
وجه رواية ابي يوسف ان في اثبات الخيار للمستصنع اضرار بالصانع
لانه قد افسد متاعه وفرى جلده واتى بالمستصنع علي الصفة المشروطة
فلو ثبت له الخيار لتضرر به الصانع فيلزم دفعا للضرر عنه وجه
الرواية الاولي ان في اللزوم اضرارا بهما جميعا واما ضرر الصانع فلما قال
ابو يوسف واما ضرر المستصنع فلان الصانع متي لم يصنعه واتفق
له مشتري يبيعه فلا تندفع حاجة المستصنع فيتضرر به فوجب ان
يثبت الخيار لهما دفعا للضرر عنهما وجه ظاهر الرواية وهو اثبات الخيار
للمستصنع لا للصانع ان المستصنع مشتري شيا لم يره لان المعقود
عليه هو المستصنع وان كان معدوما حقيقة لكنه جعل موجودا
شرعا حتي جاز العقد استحسانا ومن اشتري شيا لم يره فهو
بالخيار اذا راه والصانع بايع شيا لم يره فلاخيار له ولان الزام حكم
العقد في جانب المستصنع اضرار به لان من الجايز ان لا يلايمه المصنوع
ولا يرضي به فلو لزمه وهو مطالب بثمنه فيحتاج الي بيعه من غيره
ولا يشتري منه بمثل قيمته فيتضرر به وليس في الالزام في جانب
الصانع ضرر به لانه لم يرض به المستصنع يبيعه من غيره بمثل قيمته
وذلك متيسر عليه لكثرة ممارسته هذا اذا استصنع شيا ولم
يضرب له اجلا فانه ينقلب سلما عند ابي حنيفة فلا يجوز الا بشرايط
السلم ولا خيار لواحد منهما كما في السلم وعندهما هو علي حاله
وذكر الاجل للتعجيل ولو ضرب الاجل فيما لا تعامل فيه ينقلب سلما
بالاجماع وجه قولهما ان هذا استصناع حقيقة فلو صار سلما انما
يصير بذكر المدة وانه قد يكون للاستعجال كما في الاستصناع فلا
يخرج عن كونه استصناعا مع الاحتمال ولابي حنيفة ان الاجل في البيع
من الخصايص اللازمة في السلم فذكره يكون ذكرا للسلم معني وان
لم يذكره صريحا كالكفالة بشرط براة الاصيل انها حوالة معني وان
لم يات بلفظ الحوالة قوله ذكر الوقت قد يكون للاستعجال قلنا
لو حمل علي الاستعجال لم يكن مفيدا لان التعجيل غير لازم ولو حمل علي
حقيقة التاجيل لكان مفيدا لانه لازم فكان الحمل عليه اولي ولا يجوز
السلم في اللحم في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد يجوز
اذا بين جنسه ونوعه وصفته وقدره وسنه وموضعه لان
الفساد لمكان الجهالة وقد زال ببيان هذه الاشيا ولهذا كان مضمونا
بالمثل في ضمان العدوان ولابي حنيفة ان الجهالة تبقي بعد بيان ما
ذكرناه من وجهين احدهما من جهة الهزال والسمن والثاني من
جهة قلة العظم وكثرته وكل واحدة منهما مفضية الي المنازعة وقياس
الوجه الثاني انه لو اسلم في منزوع العظم يجوز وهو رواية الكرخي
عن ابي حنيفة وقياس الوجه الاول انه لا يجوز كيف ما كان وهو

ظاهر

ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لانه ان زالت الجهالة من احدى
الجهتين بقيت من جهة اخري وهي جهة السمن والهزال فكان المسلم فيه
مجهولا فلا يصح الا انه جعل مثليا في ضمان العدوان وسقط اعتبار التفاوت
فيه شرعا تحقيقا لمعني الزجر من وجه لان ذلك لا يحصل الا بالقيمة لان
رغايب في الاعيان ما ليس في قيمتها ويجوز السلم في الالية والشحم وزنا
لانه لا يختلف بالسمن والهزال الا يسيرا بخلاف اللحم لان التفاوت بين
غير السمين والسمين والمهزول وغير المهزول تفاوت فاحش فاما
السلم في السمك فقد اختلفت عبارات الاصل في ذلك والصحيح انه يجوز
السلم في الصغار منه كيلا ووزنا مالحا وطريا بعد ان كان في حينه لان
الصغار منه لا يتحقق فيه اختلاف السمن والهزال ولا اختلاف العظم
بخلاف اللحم عند ابي حنيفة وفي الكبار عن ابي حنيفة روايتان في رواية
لا يجوز طريا كان او مالحا كالسلم في اللحم لاختلافها بالسمن والهزال
كاللحم وفي رواية انه يجوز كيف ما كان وزنا لان التفاوت بين سمينه
ومهزوله لا يعد تفاوتا عادة لقلته وعند ابي يوسف ومحمد لا يجوز بخلاف
اللحم عندهما والفرق بينهما ان بيان الموضع من اللحم شرط الجواز عندهما
وذلك لا يتحقق في السمك فاشبه السلم في المسالخ والله اعلم ۞ واما
السلم في الخبز عددا فلا يجوز بالاجماع لتفاوت فاحش بين الخبزين
وفي الصغر والكبر واما وزنا فقد ذكر الكرخي ان السلم في الخبز لا يجوز
في قولهم لتفاوت فاحش بين خبز وخبز في الخبز في الخفة والثقل
فتبقي جهالة مفضية الي المنازعة ولان جواز السلم ثبت بخلاف القياس
بتعامل الناس ولا تعامل في الخبز وذكر في نوادر بن رستم انه لا يجوز
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يجوز ۞ ومنها ان يكون موجودا
من وقت العقد الي وقت الاجل فان لم يكن موجودا عند العقد او عند
محل الاجل او كان موجودا فيهما لكنه انقطع من ايدي الناس فيما بين
ذلك كالثمار والفواكه واللبن واشباه ذلك لا يجوز السلم وهذا
عندنا وقال الشافعي الشرط وجوده عند محل الاجل لا غير وجه قوله
ان اعتبار هذا الشرط وهو الوجود ليس لعينه بل للقدرة علي التسليم
فيعتبر وقت وجود التسليم وذلك عند محل الاجل فاما قبل ذلك
فالوجود فيه والعدم بمنزلة واحدة ونظير هذا في العقليات ما قلنا
في استطاعة الفعل انها مع الفعل لا تتقدمه لان وجودها للفعل
فيجب وجودها عند الفعل لا سابقا عليه كذا هذا ولنا ان القدرة علي
التسليم ثابتة للحال وفي وجودها عند المحل شك لاحتمال الهلاك فان
بقي حيا الي وقت المحل تثبت القدرة وان هلك قبل ذلك لا تثبت
والقدرة لم تكن ثابتة وقع الشك في ثبوتها فلا تثبت مع الشك ولو
كان موجودا عند العقد ودام وجوده الي محل الاجل فحل الاجل ولم يقبضه
حتي انقطع من ايدي الناس لا ينفسخ السلم بل هو علي حاله صحيح لثبوت
القدرة علي التسليم لكون المسلم فيه موجودا وقت العقد ودام وجوده

الى محل الاجل الا انه عجز عن التسليم للحال لعارض الانقطاع مع عرضيه حدوث
القدرة ظاهرا بالوجود فكان في بقا العقد فايدة والعقد اذا انعقد
صحيحا يبقى لفايدة محتملة الوجود والعدم على السوا كبيع الابق اذا قبض
فلان يبقى لفايدة عود القدرة في الثاني ظاهرا اولى لكن يثبت الخيار لرب
السلم ان شا فسخ العقد وان شا انتظر وجوده لان الانقطاع قبل القبض
بمنزلة تغير المعقود عليه قبل القبض وانه يوجب الخيار ولو اسلم في
حنطة حديثة قبل حدوثها لا تصح عندنا لانه سلم في المنقطع وعلى هذا
يخرج ما اذا اسلم في حنطة موضع انه ان كان مما لا يتوهم انقطاع طعامه
جاز السلم فيه كما اذا اسلم في حنطة خراسان او العراق او فرغانه
لان كل واحد منهما اسم الولاية فلا يتوهم انقطاع طعامها وكذا اذا اسلم
في طعام بلدة كبيرة كسمرقند وبخارا او كاسان جاز لانه لا ينفد طعام
هذه البلاد الا على سبيل الندرة والنادر ملحق بالعدم ومن مشايخنا
من قال لا يجوز الا في طعام ولاية لان وهم الانقطاع فيها وراء ذلك ثابت
والسلم عقد جوز بخلاف القياس لكنه بيع المعدوم فيجب صيانته
عن غرر الانفساخ ما امكن والصحيح ان الموضع المضاف اليه الطعام
ان كان مما لا ينفد طعامه غالبا يجوز السلم فيه سوا كان ولاية او
بلدة كبيرة اذ الغالب في احكام الشرع ملحق بالمتيقن وان كان مما لا يحتمل
ان ينقطع طعامه فلا يجوز فيه السلم كارض بعينها او قرية بعينها لانه
اذا احتمل الانقطاع لا على سبيل الندرة لا تثبت القدرة على التسليم لما
ذكرنا انه لا قدرة له للحال لانه بيع المفاليس وفي ثبوت القدرة عند محل
الاجل شك لاحتمال الانقطاع فلا تثبت القدرة مع الشك وقد روي
ان زيد بن شعبة لما اراد ان يسلم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال اسلم اليك في تمر نخلة بعينها فقال النبي صلى الله عليه وسلم اما في
تمر نخلة بعينها فلا وذكر في الاصل اذا اسلم في حنطة هراة لا يجوز
واراد به قرية من قرى الفرات المسماة هراة مما يحتمل انقطاع طعامه
ثم لو اسلم في ثوب هراة وذكر شرايط السلم يجوز ووجه الفرق ظاهر
لان اضافة الثوب الى هراة ذكر شرط من شرايط السلم لا جواز له
بدونه وهو بيان النوع لا تخصيص الثوب بالمكان المذكور بدليل
ان المسلم اليه لو اتى بثوب نسج في غير هراة لكن على صنعة ثوب هراة
يجبر رب السلم على القبول فاذا ذكر النوع وذكر الشرايط الاخر
كان هذا عقدا استجمع شرايطه فيجوز فاما اضافة الطعام الى هراة
فليس بقيد شرطا لا جواز للسلم بدونه الا ترى لو ترك الاضافة
اصلا جاز السلم فبقيت الاضافة لتخصيص الطعام بموضع معين
يحتمل انقطاع طعامه فلم يجز ۞ ومنها ان يكون مما يتعين بالتعيين
فان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يجوز السلم
فيه لان المسلم فيه بيع لما روينا ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن
بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم سمى السلم بيعا فكان المسلم

فيه مبيعا والمبيع مما يتعين بالتعيين والدراهم والدنانير لا تتعين في عقود
المعاوضات فلم تكن مبيعة فلا يجوز السلم فيها وهل يجوز السلم في التبر والنقرة
والمصوغ فعلى رواية الصرف لا يجوز لانه جعلها بمنزلة الدراهم والدنانير
المضروبة وعلى رواية كتاب المضاربة يجوز لانه جعلها بمنزلة العروض
حيث الحكم لا تجوز المضاربة بها فيتعين بالتعيين فكانت مبيعة فيجوز السلم
فيها وعلى هذا ايضا يخرج السلم في الفلوس ايضا عددا انه جايز عند ابي
حنيفة وابي يوسف لان الفلوس مما يتعين بالتعيين في الجملة عندهما
حتى جوزا بيع فلس بفلسين باعيانهما وعند محمد لا يجوز السلم فيها كما لا
يجوز في الدراهم والدنانير لانها اثمان عنده ولهذا لم يجز بيع واحد
باثنين باعيانهما ويجوز السلم في القماقم والاواني الصفرية التي تباع
عددا لانها تتعين بالتعيين فكانت مبيعة وان كانت تباع وزنا لا يجوز
السلم فيها ما لم يعرف وزنها لانها صارت مجهولة القدر والله اعلم ۞ ومنها
ان يكون موجلا عندنا حتى لا يجوز السلم الحال وعند الشافعي الاجل ليس
بشرط وسلم الحال جايز وجه قوله ان الاجل شرع نظرا للمسلم اليه تمكينا
له من الاكتساب فلا يكون لازما كما في بيع العين ولنا ما روي عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال من اسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم
الى اجل معلوم اوجب مراعاة الاجل في السلم كما اوجب مراعاة القدر فيه فيدل
على كونه شرطا فيه كالقدر ولان الاسلام حالا يفضي الى المنازعة لان السلم
بيع المفاليس فالظاهر ان يكون المسلم اليه عاجزا عن تسليم المسلم فيه ورب
السلم يطالبه بالتسليم فيتنازعان على وجه تقع الحاجة الى الفسخ وفيه
الحاق الضرر برب السلم لانه سلم راس المال الى المسلم اليه وصرفه في
حاجته فلا يصل الى المسلم ولا الى راس المال فشرط الاجل حتى لا يملك
المطالبة الا بعد حل الاجل وعند ذلك يقدر على التسليم ظاهرا فلا يودي
الى المنازعة المفضية الى الفسخ والاضرار برب السلم ولانه عقد
لم يشرع الا رخصة لكونه بيع ما ليس عند الانسان لما روي ان
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في
السلم فهذا الحديث يدل على ان بيع ما ليس عند الانسان لم يشرع
الا رخصة وان بيع السلم بيع ما ليس عند الانسان ايضا على ما ذكرنا
من قبل والرخصة في عرف الشرع اسم لما يغير الامر الاصلي لعارض
عذر الى تخفيف ويسر كرخصة تناول الميتة وشرب الخمر بالاكراه
والمخمصة ونحو ذلك فالترخص في السلم هو تغيير الحكم الاصلي وهو
حرمة بيع ما ليس عند الانسان الى الحل لعارض عدم العدم وضرورة الافلاس
فحالة الوجود والقدرة لا يلحقها اسم قدرة الرخصة فيبقى الحكم فيها على
العزيمة الاصلية فكانت حرمة السلم الحال على هذا التقريب مستفادة
من النص كان ينبغي ان لا يجوز السلم من القادر على تسليم المسلم فيه
للحال الا انه صار مخصوصا عن النهي العام والحق بالعاجز عن التسليم للحال
على اعتبار الاصل والحاق النادر بالعدم في احكام الشرع والله الموفق

ومنها ان يكون موجلا باجل معلوم فان كان مجهولا فالسلم فاسد سواكانت
الجهالة متفاحشة اومتقاربة لان كل ذلك يفضي الي المنازعة وانها مفسدة
للعقد كجهالة العقد وغيرها علي ما ذكرنا ۞ واما مقدار الاجل فلم يذكر
في الاصل وذكر الكرخي ان تقديرا الاجل الي العاقدين حتي لو قدر نصف
يوم جاز وقال بعض اصحابنا اقله ثلاثة قياسا علي خيار الشرط وهذا القياس
غير سديد لان اقل مدة الخيار ليس بمقدر والثلاث اكثر المدة علي اصل ابي
حنيفة رحمه الله فاني يستقيم القياس وروي عن محمد رحمه الله انه
قدره بالشهر وهو الصحيح لان الاجل انما شرط في السلم ترفيها وتيسيرا
علي المسلم اليه ليتمكن من الاكتساب في المدة والشهر مدة معتبرة
يتمكن فيه من الاكتساب فيتحقق معني الترفيه فاما ما دونه ففي حد
القلة فكان له حكم الحلول والله اعلم ۞ ولو مات المسلم اليه قبل الاجل
حل الدين وكذلك كل دين موجل سواه اذا مات من عليه الدين والاصل
في هذا ان موت من عليه يبطل الاجل وموت من له لا يبطل لان الاجل
حق المديون لا حق صاحب الدين فيعتبر حيوته وموته في الاجل وبطلانه
والله اعلم ۞ ومنها بيان مكان ايفايه اذا كان له حمل ومونة عند ابي
حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد ليس بشرط وعلي هذا الخلاف
بيان مكان الاجرة في الاجارات اذا كان لها حمل ومونة وعلي هذا الخلاف
اذا جعل المكيل الموصوف او الموزون الموصوف ثمنا في بيع العين انه
لابد من بيان مكان التسليم عنده خلافا لهما كذا اطلقه الكرخي ولم يفصل
بينما اذا كان موجلا او غير موجل ومن اصحابنا من فرقوا فقالوا ان كان
حالا يتعين مكان العقد للتسليم بالاجماع وحاصل الاختلاف راجع الي
مكان العقد هل يتعين للايفا عنده لا يتعين وعندهما يتعين لانه
اذا لم يتعين مكان العقد للايفا عنده ولم يوجد منهما تعيين مكان اخر
بقي مكان الايفا مجهولة جهالة مفضية الي المنازعة فيفسد العقد
ولما تعين مكان العقد للايفا عندهما صار مكان الايفا معلوما فيصح
وجه قولهما ان سبب وجوب الايفا هو العقد والعقد وجد في هذا
المكان فيتعين مكان العقد لوجوب الايفا فيه لما قلنا كذا ولا هذا
ولابي حنيفة رحمه الله ان العقد وجد مطلقا عن تعيين مكان فلا يتعين
مكان العقد للايفا والدليل علي اطلاق العقد عن تعيين مكان الحقيقة
والحكم اما الحقيقة فلانه لم يوجد ذكر المكان في العقد نصا فالقول
بتعيين مكان العقد شرعا من غير تعيين مكان العاقدين تقييد
المطلق فلا يجوز الا بدليل واما الحكم فلان العاقدين لو عينا مكانا
اخر جاز ولو كان تعيين مكان العقد من مقتضيات العقد شرعا
لكان تعيين مكان اخر تغيير المقتضي العقد وانه تغيير حكم الشرع
فينبغي ان لا يجوز واذا لم يتعين مكان العقد للايفا بقي مكان الايفا
مجهولا جهالة مفضية الي المنازعة لان في الاشيا التي لها حمل ومونة
تختلف باختلاف الامكنة لما يلزم من حملها من مكان الي مكان من المونة

فيتنازعان واما المسلم فيه اذا لم يكن له حمل ومونة فعن ابي حنيفة فيه روايتان
في رواية لا يتعين مكان العقد هناك ايضا وهو رواية كتاب الاجارات
ويوفيه في اي مكان شا وهذا لا يوجب الفساد لان الفساد ههنا لمكان
الجهالة المفضية الي المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف الامكنة وما لا
حمل له ولا مونة لا تختلف قيمته باختلاف الاماكن فلم تكن جهالة مكان
الايفا فيه مفضيا الي المنازعة وفي رواية يتعين مكان العقد للايفا
وهو قول ابي يوسف ومحمد وهو رواية الجامع الصغير ورواية البيوع
من الاصل ومن مشايخنا من اول هذه الرواية وقال هي معني قوله
يوفيه في المكان الذي اسلم فيه اذا لم يتنازعا واذا تنازعا ياخذه
بالتسليم حيث ما لقيه ولو شرط رب السلم التسليم في بلدة او قرية
حيث سلم اليه في ذلك الموضع فهو جايز وليس لرب السلم ان يتخير
مكانا لان المشروط هو التسليم في مكان منه مطلقا وقد وجد فان سلم
في غير المكان المشروط فلرب السلم ان يابي لقوله صلي الله عليه وسلم المسلمون
عند شروطهم فان اعطاه علي ذلك اجرا لم يجز له اخذ الاجر عليه لانه لما
قبض المسلم فيه فقد تعين ملكه في المقبوض فتبين انه اخذ الاجر علي نقل
ملك نفسه فلم يجز فيرد الاجر وله ان يرد المسلم فيه حتي يسلم في المكان
المشروط لان حقه في التسليم فيه ولم يرض ببطلان حقه الا بعوض ولم
يسلم له فبقي حقه في التسليم في المكان المشروط وهذا بخلاف ما اذا
صالح الشفيع من الشفعة التي وجبت له علي عوض لا يصح الصلح ويرد العوض
واذا رده لا يعود حقه في الشفعة لانه ليس للشفيع حق ثابت في المحل
فلا يحتمل الاعتياض ويبطل حقه في الشفعة باعراضه عن الطلب كما يسقط
باسقاطه صريحا ولرب السلم حق ثابت في التسليم في المكان المشروط فاذا
لم يصح الاعتياض عنه التحق الاعتياض بالعدم وبقي الحق علي ما كان
والذي يدل علي التفرقة بينهما انه لو قال اسقطت حقي في الشفعة
يسقط ولو قال اسقطت حقي في التسليم في ذلك المكان لا يسقط

فصل واما الذي يرجع الي البدلين جميعا فهو ان يجتمعا احد وصفي
علة ربوا الفضل وذلك اما الكيل والوزن واما الجنس لان احد وصفي
علة ربوا الفضل هو علة ربوا النسا فاذا اجتمع احد هذين الوصفين
في البدلين يتحقق النسا والعقد الذي فيه ربوا فاسد وعلي هذا
يخرج اسلام المكيل في المكيل والموزون في الموزون والمكيل في الموزون
والموزون في المكيل وغير المكيل والموزون بجنسهما من الثياب والعدديات
المتقاربة وقد ذكرنا جملة ذلك وتفصيله فيما تقدم في مسايل ربوا
النسا والله الموفق

فصل واما بيان ما يجوز من التصرفات في المسلم
فيه وما لا يجوز فنقول وبالله التوفيق لا يجوز استبدال المسلم فيه
قبل قبضه بان ياخذ رب السلم مكانه من غير جنسه لما ذكرنا ان المسلم
فيه وان كان دينا فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض ويجوز
الابرا عنه لان قبضه ليس بمستحق علي رب السلم فكان هو بالابرا متصرفا

في خالص حقه بالاسقاط فله ذلك بخلاف الابرا عنه لان قبضه ليس بمستحق
على رب السلم فكان هو بالابرا عن راس المال لانه مستحق القبض حقا
للشرع فلا يملك اسقاطه بنفسه بالابرا على ما ذكرنا وتجوز الحوالة بالمسلم
فيه لوجود ركن الحوالة مع شرايطه وكذا الكفالة به لما قلنا الا ان في الحوالة
يبرا المسلم اليه وفي الكفالة لا يبرا ورب السلم بالخيار ان شا طالب
المسلم اليه وان شا طالب الكفيل لان الحوالة مبرية والكفالة ليست
بمبرية الا اذا كانت بشرط براة المكفول عنه لانها حوالة معنى على ما ذكرنا
ولا يجوز لرب السلم الاستبدال مع الكفيل كما يجوز ذلك مع المسلم اليه
فان شا طالب الكفيل لان الحوالة مبرية والكفالة ليست بمبرية الا اذا كانت
بشرط براة المكفول عنه لان حوالة معنى على ما ذكرنا ولا يجوز لرب السلم
الاستبدال مع الكفيل كما يجوز ذلك في المسلم اليه لانه كفيل بما على
المسلم اليه لابد بين اخر اذ الدين واحد وانما تعذرت المطالبة بالكفالة
هو الصحيح على ما مر في كتاب الكفالة ويجوز للكفيل ان يستبدل مع المسلم
اليه عند الرجوع فياخذ بدل ما ادى الى رب السلم لان الكفالة اذا
كانت بامر المكفول عنه كانت اقراضا واستقراضا كان الكفيل اقرض
المسلم اليه واستبدال القرض قبل القبض جايز ويجوز الرهن بالمسلم
فيه لانه دين حقيقة والرهن بالدين اي دين كان جايز وتجوز الاقالة
في المسلم فيه كما تجوز في بيع العين لقوله صلى الله عليه وسلم من اقال
نادما اقال الله عثرته يوم القيمة مطلقا من غير فصل ولان الاقالة في
البيع انما شرعت للعاقدين دفعا لحاجة الندم واعتراض الندم
في السلم هاهنا اكثر لانه بيع باوكس الاثمان فكان ادعى الى شرع الاقالة
فيه ثم جملة الكلام في الاقالة في السلم انه لا يخلوا اما ان تقايلا السلم
في كل المسلم فيه واما ان تقايلا في بعضه دون بعض فان تقايلا
في كل المسلم فيه جازت الاقالة لما قلنا سوا كانت الاقالة بعد حل الاجل
او قبله لان نص الاقالة مطلق لا يفصل بين حال وحال وكذا جواز اعتراض
البدل قايم في الحالين وسوا كان راس المال قايما في يد المسلم اليه او هالكا
اما اذا كان قايما فلا شك فيه وكذا اذا كان هالكا لان راس المال ثمن
والمبيع وقد وجد ثم اذا جازت الاقالة فان كان راس المال مما يتعين
بالتعيين وهو قايم فعلى المسلم اليه رد عينه الى رب السلم لقوله
صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو احق به وان كان هالكا فان
كان مما له مثل فعليه رد مثله وان كان مما لا مثل له فعليه رد قيمته
وان كان راس المال مما يتعين بالتعيين فعليه رد مثله هالكا كان او قايما
لانه قبضه عن عقد صحيح وكذلك لو قبض رب السلم المسلم فيه ثم تقايلا
والمقبوض قايم في يده جازت الاقالة وعلى رب السلم رد عين ما قبض
لان المقبوض في يده بعقد السلم كانه عين ما ورد عليه عقد السلم
الا ترى انه يجوز لرب السلم ان يبيع المقبوض مرابحة على راس المال
وان تقايلا السلم في بعض المسلم فيه فان كان بعد حل الاجل جازت

الاقالة

255

الاقالة بقدره اذا كان الباقي جزوا معلوما من النصف والربع والثلث ونحو
ذلك من الاجزا المعلومة لما ذكرنا ان الاقالة شرعت نظرا وفي اقالة البعض
دون البعض هاهنا نظر من الجانبين لان الثمن بيع باخس الاثمان لهذا سماه
ابن عباس رضي الله عنهما حسنا جميلا فقال في ذلك المعروف الحسن الجميل
والسلم في الباقي الى اجله عند عامة العلما وقال ابن ابي ليلى ينفسخ العقد
في الكل والصحيح قول العامة لان الاقالة وجدت في البعض لا في الكل فلا يوجب انفساخ
العقد في الكل لان الحكم يثبت بقدر العلة هذا هو الاصل وان كان قبل حل الاجل
يبطل ان لم يشترط في الاقالة تعجيل الباقي من المسلم اليه جازت الاقالة ايضا
والسلم في الباقي الى اجله وان شرط فيها تعجيل الباقي من المسلم اليه جازت
الاقالة لم يصح الشرط والاقالة صحيحة اما فساد الشرط فلانه اعتياض عن الاجل
وانه لا يجوز لان الاجل ليس بمال فلا يجوز الاعتياض عنه واما صحة الاقالة
فلان الاقالة لا تبطلها الشروط الفاسدة فيبطل الشرط وهذا على قياس قول
ابي حنيفة ومحمد لان الاقالة عندهما فسخ واما على قياس قول ابي يوسف
فتبطل الاقالة والسلم على حاله الى اجله لان الاقالة عنده بيع جديد والبيع
يبطله الشروط الفاسدة والله اعلم ۞ ومنها قبض البدلين في بيع الدين
بالدين وهو عقد الصرف ۞ والكلام في الصرف في الاصل في موضعين
احدهما في تفسير الصرف في عرف الشرع ۞ والثاني في بيان شرايطه
اما الاول فالصرف في متعارف الشرع اسم لبيع الاثمان المطلقة بعضها
ببعض وهو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة واحد الجنسين بالاخر
فاحتمل تسمية هذا النوع من المبيع صرفا لمعنى الرد والنقل يقال صرفته
عن كذا فسمي صرفا لاختصاصه برد البدل فيه ونقله من يد الى يد ويحتمل
ان تكون التسمية لمعنى الفضل اذ الصرف يذكر بمعنى الفضل كما روي في
الخبر من فعل كذا لم يقبل الله منه صرفا ولا عدلا فالصرف الفضل وهو
النافلة والعدل الفرض سمي هذا العقد صرفا لطلب التاجر منه الفضل
عادة لما لا يرغب في عين الذهب والفضة **فصل** واما الشرايط فمنها
قبض البدلين قبل الافتراق لقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث
المشهور والذهب بالذهب مثلا بمثل يدا بيد والفضة بالفضة مثلا
بمثل يدا بيد وروي عن ابي سعيد الخدري ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال لا تبيعوا الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على
بعض ولا تبيعوا منها شيا غايبا بناجز وروي عن عبد الله بن عمر عن ابيه
رضي الله عنهما انه قال لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل ولا تبيعوا
الورق بالورق الا مثلا بمثل ولا تبيعوا الذهب بالورق احدهما غايب
والاخر ناجز وان استنظرك حتى يلج بيته فلا تنظره اني اخاف عليكم الربوا
اي الربوا فدلت هذه النصوص على اشتراط قبض البدلين في الصرف
قبل الافتراق وتفسير الافتراق هو ان يتفرق العاقدان بابدانهما
عن مجلسهما فياخذ هذا في جهة وهذا في جهة او يذهب احدهما ويبقى
الاخر حتى لو كانا في مجلسهما لم يبرحا عنه لم يكونا متفرقين وان طال

الكل صح

مجلسهما لانعدام التصرف بابدانهما وكذا اذا ناما في المجلس او اغمي عليهما لما قلنا
وكذا اذا قاما عن مجلسهما فذهبا معا في جهة واحدة وطريق واحد ومشيا ميلا
او اكثر ولم يفارق احدهما صاحبه فليسا بمتفرقين لان العبرة لتفرق الابدان
ولم يوجد فرق بين هذا وبين المخيرة انها اذا قامت عن مجلسها او اشتغلت
بعمل اخر يخرج الامر عن يدها لان خيار المخيرة يبطل بالاعراض عما فوض
اليها والقيام عن المجلس او الاشتغال بعمل اخر دليل الاعراض وهاهنا
لا عبرة بالاعراض انما العبرة للافتراق بالابدان ولم يوجد وروي عن
محمد رحمه الله انه الحق هذا بخيار المخيرة حتى لو نام طويلا او وجد ما
يدل على الاعراض يبطل الصرف كالخيار وروي عن محمد في رجل له على
انسان الف وكذلك الرجل عليه خمسون دينارا فارسل اليه رسولا
فقال بعتك الدنانير التي لي عليك بالدراهم التي لك علي وقال قبلت فهو باطل
لان حقوق العقد لا تتعلق بالرسول بل بالمرسل وهما مفترقان بابدانهما
وكذلك لو نادى احدهما صاحبه من وراء جدار او ناداه من بعيد لم يجز
لانهما مفترقان بابدانهما عند العقد بخلاف البيع المطلق اذا ارسل رسولا
الى انسان فقال بعت عبدي الذي في مكان كذا منك بكذا فقبل ذلك
الرجل فالبيع جايز لان التقابض في البيع المطلق ليس بشرط لصحة العقد
فلا يكون الافتراق مفسدا له ثم المعتبر افتراق المتعاقدين سوا كانا
مالكين او نايبين كالاب والوصي والوكيل لان القبض من حقوق العقد
وحقوق العقد تتعلق بالعاقدين فيعتبر افتراقهما ثم انما يعتبر التفرق
بالابدان في موضع يمكن اعتباره فان لم يمكن اعتباره يعتبر المجلس
دون التفرق بالابدان فان قال الاب اشهدوا اني اشتريت هذا الدينار
من ابني الصغير بعشرة دراهم ثم قام قبل ان يزن العشرة فهو باطل كذا
روي عن محمد رحمه الله لان الاب هو العاقد فلا يمكن اعتبار التفرق بالابدان
فيعتبر المجلس والله اعلم ثم بيع الجنس وبخلاف الجنس كالذهب بالفضة
سوا لا يختلفان في حكم القبض لان كل ذلك شرط فيشترط فيه التقابض
وانما يختلفان في جواز التفاضل وعدمه فلا يجوز التفاضل عند اتحاد
الجنس ويجوز عند الاختلاف ولكن يجب التقابض اتحد الجنس او اختلف لما
ذكرنا من الدلايل ولو تصارفا ذهبا بذهب او فضة بفضة مثلا بمثل
وتقابضا وتفرقا ثم زاد احدهما شيا او حط عنه شيا وقبله الاخر فسد
البيع عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف الزيادة والحط باطلان والعقد
الاول صحيح وعند محمد الزيادة باطلة والحط جايز بمنزلة الهبة المستقبلة
واختلافهم في هذه المسلة فرع اختلافهم في اصل ذكرناه فيما تقدم وهو
ان الشرط الفاسد المتاخر عن العقد في الذكر اذا الحق به هل يلتحق به ام لا
فمن اصل ابي حنيفة فيه انه يلتحق باصل العقد على اصل اصحابنا لان العقد
ورد على المزيد والزيادة جميعا فيتحقق التفاضل والجنس متحد فيتحقق
الربوا فكانت الزيادة والحط بمنزلة شرط فاسد ملحق بالعدم متاخر
عنه فيلتحق به ويوجب فساده ومن اصل ابي يوسف ومحمد ان الشرط

الفاسد

الفاسد المتاخر عن العقد لا يلتحق بالعقد فطرد ابو يوسف هذا الاصل وقال
تبطل الزيادة والحط جميعا ويبقى البيع صحيحا ومحمد فرق بين الزيادة وبين الحط
وقال الزيادة باطلة والحط جايز لان الزيادة لو صحت لالتحقت باصل العقد
فتوجب فساده فبطلت الزيادة وليس من شرط صحة الحط ان يلتحق بالعقد
الا ترى لو حط جميع الثمن صح ولا يلتحق اذ لو التحق لكان البيع واقعا بلا ثمن
فيجعل حطا للحال بمنزلة هبة مستانفة ولو تبايعا الجنس بخلاف الجنس
بان تصارفا دينارا بعشرة دراهم ثم زاد احدهما صاحبه درهما وقبل
الاخر او حط عنه درهما من الدينار جازت الزيادة والحط بالاجماع
لان المانع من الجواز والالتحاق تحقق الربوا واختلاف الجنس يمنع تحقق
الربوا الا ان في الزيادة يشترط قبضها قبل الافتراق حتى لو افترقا قبل
القبض بطل البيع في حصة الزيادة لان الزيادة لما التحقت باصل العقد
صار كان العقد ورد على الزيادة والاصل جميعا الا انه جاز التفاضل لاختلاف
الجنس فاذا لم يقبض الزيادة قبل الافتراق بطل العقد بقدرها واما
الحط فجايز سوا كان قبل التفرق او بعده لان الحط وان كان يلتحق باصل
العقد فيودي الى التفاضل عند اختلاف الجنس جايز ولا زيادة هاهنا حتى
يشترط قبضها فيصح الحط ووجب عليه رد المحطوط لان الحط لما التحق
باصل العقد تبين ان العقد لم يقع على قدر المحطوط من الابتدا فيجب رده
ولو حط مشتري الدينار قيراطا منه فباع الدينار يكون شريكا له
في الدينار لانه تبين ان العقد وقع على ما سوى القيراط ولو اشترى سيفا
محلى بفضة وحليته خمسون بماية وتقابضا ثم زاده دينارا في الثمن
دفعه اليه قبل ان يفارقه او بعد ما فارقه يجوز كذا روي عن محمد رحمه
الله وتصرف الزيادة الى النصل والجفن والحمايل لانها تلحق باصل العقد
فصار كان العقد ورد على الاصل والزيادة جميعا ولو كان كذلك لكان
الامر على ما وصفنا كذا هذا بخلاف بيع المرابحة فانه يقسم على جميع
الثمن لما نذكر في مسايل المرابحة ان شا الله تعالى وسوا كان دينا
بدين وهو الدراهم والدنانير او عينا بعين وهو التبر والمصوغ
او دينا بعين وهو الدراهم والدنانير بالتبر والمصوغ لان ما ذكرنا من
الدلايل لا يوجب الفصل بين الدين والعين وسوا كان مفردا او مجموعا
مع غيره كما اذا باع ذهبا وثوبا بفضة مفردة لان الفضة تنقسم على الذهب
والثوب فما قابل الذهب يكون صرفا فيشترط قبضهما وما يقابل الثوب
يكون بيعا مطلقا فلا يشترط فيه القبض وكذا اذا باع ذهبا وثوبا بذهب
والذهب الثمن اكثر حتى جاز البيع انه في حصة الذهب يكون صرفا وفي
حصة الثوب يكون بيعا مطلقا وكذا اذا باع سيفا محلى بالفضة بفضة
مفردة او منطقة مفضضة او لجاما او سرجا او سكينا مفضضة او
جارية في عنقها طوق فضة بفضة مفردة والفضة المفردة اكثر حتى جاز
البيع كان بحصة الفضة صرفا فيراعى فيه شرايط الصرف وبحصة الزيادة
التي هي من خلاف جنسها بيعا مطلقا فلا يشترط له ما يشترط للصرف فان

وجد التقابض وهو القبض من الجانبين قبل التفرق بالابدان يجب الصرف
والبيع جميعا وان لم يوجد او وجد القبض من احد الجانبين دون الاخر
بطل الصرف لوجود الافتراق من غير قبض وهل يبطل البيع المطلق ينظر ان
كانت الفضة المجموعة مع غيرها يمكن فصلها وتخليصها من غير ضرر كالجارية
مع الطوق وغير ذلك فالبيع جايز وفساد الصرف لا يتعدي الي البيع لانه اذا
امكن تخليصها من غير ضرر جاز كانهما شيان منفصلان ولهذا جاز بيع
احدهما دون الاخر ابتدا فلان يبقي جايزا انتهي اولي لان البقا اسهل من
الابتدا وان كان لا يمكن فصلها وتخليصها الا بضرر نبطل البيع ايضا لانه باع
ما يمكن تسليمه الا بضرر وانه لا يجوز ابتدا كبيع الجذع في السقف ونحو ذلك
فكذا في حالة البقا وكذا فاذا بطل العقد في قدر الصرف يبطل في البيع ايضا
والله اعلم هذا اذا انعقد العقد علي الصحة ثم فسد في قدر الصرف لطريان
المفسد عليه وهو الافتراق من غير تقابض فاما اذا انعقد علي الفساد من
الابتدا بان شرطا الخيار او دخلا الاجل فيه حتي لم يصح الصرف بالاجماع هل
يصح البيع المطلق اختلف فيه قال ابو حنيفة رحمه الله لا يصح سوا كان
يتخلص من غير ضرر او لا يتخلص الا بضرر قال ابو يوسف ومحمد هذا والاول
سوا ان كان يتخلص من غير ضرر يصح وان كان لا يتخلص الا بضرر لا يصح وكذا
اذا اشتري دينارا بعشرة دراهم نسية ثم نقد بعض العشرة دون
البعض في المجلس فسد الصرف في الكل عنده وعندهما يصح في قدر ما
قبض وهذا بنا علي اصل مختلف بينهم وهو ان الصفقة اذا اشتملت علي
الصحيح والفاسد يتعدي الفساد الي الكل عنده وعندهما لا يتعدي فهما
سويا بين الفساد الطاري والمقارن وابو حنيفة رحمه الله فرق بينهما
ووجه الفرق ما ذكرنا من قبل ان الفساد اذا كان مقارنا يصير قبول
العقد في الفاسد شرط قبول العقد في الاخر وهذا شرط فاسد فيوثر
في الكل ولم يوجد هذا المعني في الطاري فاقتصر الفساد فيه علي قدر
المفسد ثم اذا كانت الفضة المفردة فيه اكثر ولم يوجد فيه شرط
الخيار ولا الاجل حتي جاز العقد ثم نقد قدر الفضة المجموعة من المفردة
دون غيرها وتفرقا عن قبض من الجانبين بان باع سيفا محلي بماية درهم
وحليته خمسون فنقده المشتري خمسين فالقدر المنقود من الفضة
المفردة يقع عن الصرف حتي لا يبطل بالافتراق او عن البيع حتي يبطل
الصرف بالافتراق من غير قبض فهذا لا يخلوا من خمسة اوجه اما
ان ذكر ان المنقود واما ان ذكر انه من ثمن الجفن والنصل واما ان ذكر انه
من ثمنهما جميعا واما ان ذكر انه من ثمن السيف واما ان سكت ولم يذكر شيا
فان ذكر انه من ثمن الحلية يقع عنها ويجوز الصرف والبيع جميعا وهذا ظاهر
وكذا اذا ذكر انه من ثمنهما فانه يقع علي الحلية ايضا وجاز البيع والصرف
لان قبض الصرف مستحق حقا للشرع وقبض البيع ليس بمستحق فيصرف
الي جهة الاستحقاق ويمكن ايقاع المنقود كله عن هذه الجهة وان اضافه
اليهما لان ذكر شيين علي ارادة احدهما جايز في اللغة قال الله تعالي يخرج

منهما

منهما اللولو والمرجان وانما يخرج من احدهما وهو المالح وكذلك اذا لم يذكر شيا
يقع عن الصرف لان امور المسلمين محمولة علي الصحة والسداد ما امكن وذلك
فيما قلنا لان قبض حصة الحلية مستحق فعند الاطلاق يصرف الي جهة الاستحقاق
وكذا اذا ذكر انه من ثمن السيف يقع عن الحلية لان الحلية تدخل في اسم السيف
فان ذكر انه من ثمن الجفن والنصل ينظر ان امكن تخليص الفضة من غيرها
من غير ضرر يقع عن ثمن المذكور ويبطل الصرف بالافتراق قبل القبض لانه
قصد جواز البيع وفساد الصرف واذا امكن تخليصها من غير ضرر امكن القول
بجواز البيع مع جواز الصرف الا تري انه يجوز بيع السيف بانفراده فيجوز البيع
ويبطل الصرف وان لم يمكن تخليصها الا بضرر فالمنقود يقع عن ثمن الصرف
ويجوز البيع والصرف جميعا لانه قصد جواز البيع ولا يجوز الا بجواز الصرف
لان بيع السيف بدون الحلية لا يجوز اذا لم يمكن تخليصها من غير ضرر فيجوزان
والله اعلم وكذلك السيف المحلي اذا لم يكن من جنس الحلية بان كانت حلية
السيف ذهبا اشتراه مع حليته بفضة مفردة فحكمه وحكم الجنس سوا
في جميع ما وصفنا لانهما في حكم القبض وما يتعلق به لا يختلفان وقد ذكرنا
جملة ذلك وتفصيله علي الاختلاف والاتفاق والله اعلم وعلي هذا يخرج
الابرا عن بدل الصرف وهبته ممن عليه والتصدق به عليه انه لا يصح
بدون قبوله وان قبل انتقض الصرف وان لم يقبل لم يصح ويبقي الصرف
علي حاله لان قبض البدل مستحق والابرا عن الدين اسقاطه والدين
بعد ما سقط لا يتصور قبضه فكان الابرا عن البدل جعل البدل بحال
لا يتصور قبضه فكان في معني الفسخ فلا يصح الا بتراضيهما كصريح الفسخ
واذا لم يصح بقي عقد الصرف علي حاله فيتم بالتقابض قبل الافتراق بابدانهما
ولو اراد الواهب او المبري او المتصدق ان ياخذ ما ابرا او وهب او
تصدق يجبر علي القبض لانه بالامتناع عن القبض يريد فسخ العقد
واحد العاقدين لا ينفرد بالفسخ وعلي هذا يخرج الاستبدال ببدل الصرف
انه لا يجوز والصرف علي حاله يقبض البدل قبل الافتراق ويتم العقد
لان قبض البدل شرط بقا العقد علي الصحة وبالاستبدال يفوت قبضه
حقيقة لانه يقبض بدله وبدله غيره وقال زفر ان الاستبدال جايز
لان الشرا لا يقع بغير ما في الذمة لان الدراهم في الذمة لا تحتمل التعيين
بلا خلاف فكان مشتريا بمثل ما في الذمة فيجب لمن عليه الدين في ذمة المشتري
دراهم مثل ما في ذمته في النوع والصفة فلا يفوت قبض البدل بالاستبدال
بل يصير قابضا بطريق المقاصة فيصح الاستبدال والجواب عنه ان
الدراهم والدنانير وان كانت لا تتعين بالعقد ولكنها تتعين بالقبض
وقبضها واجب وبالمقاصة يفوت القبض حقيقة فلم يصح المقاصة فبقي
الشرا بها اسقاطا للقبض المستحق حقا للشرع فلا يصح الشرا وبقي الصرف
صحيحا موقوفا بقاوه علي الصحة علي القبض قبل الافتراق وان اعطاه صاحبه
دراهم اجود او اردي من حقه فرضي به وقبض والمقبوض مما يجري
مجري الدراهم الواجبة بالعقد في معاملات الناس جاز لان المقبوض

من جنسه اصلا وانما نخالفه في الوصف فاذا رضي به فقد اسقط حقه فكان
استيفا لا استبدالا وتجوز الحوالة ببدل الصرف اذا كان المحتال حاضرا وكذلك
الرهن به والصرف على حاله فان قبض من المحتال عليه او من الكفيل او هلك الرهن
في يد المرتهن في المجلس فالصرف ماض على الصحة وان افترق المتصارفان قبل
القبض وهلاك الرهن بطل الصرف وعند زفر لا تجوز الحوالة والكفالة
ببدل الصرف وقد مرت المسئلة في السلم والعبرة لبقا العاقدين في المجلس
وافتراقهما عنه لا لبقا المحتال عليه والكفيل وافتراقهما لما ذكرنا ان القبض
من حقوق العقد فيتعلق بالعاقدين فيعتبر مجلسهما وكذلك لو وكل كل واحد
من المتعاقدين رجلا ان ينقد عنه يعتبر مجلس الموكلين بقا وافتراقا لا
مجلس الوكيل لما قلنا والله اعلم ٥ وعلى هذا تخرج المقاصة في ثمن الصرف
اذا وجب الدين بعقد متاخر عن عقد الصرف انه لا يعتبر قصاصا ببدل
الصرف وان تراضيا بذلك وقد ذكرنا جملة الكلام في ذلك وتفصيله
في السلم وعلى هذا تخرج ما اذا قبض بدل الصرف ثم انتقض القبض فيه
بمعنى اوجب انتقاضه انه يبطل الصرف وقد مر الكلام فيه جملة وتفصيلا
فيه في السلم ثم قبض بدل الصرف في المجلس كما هو شرط بقا العقد على
الصحة فقبضهما في مجلس الاقالة شرط بقا الاقالة على الصحة ايضا حتى
لو تقايلا الصرف وتقابضا قبل الافتراق مضت الاقالة على الصحة وان
افترقا قبل التقابض بطلت الاقالة اما على اصل ابي يوسف فظاهر لان
الاقالة على اصله بيع جديد فكانت مصارفة مبتداة فلا بد من التقابض
في المجلس وعلى اصلهما ان كانت فسخا في حق المتعاقدين فهي بيع جديد في حق
ثالث واستحقاق القبض حقا للشرع هاهنا ثالث فيعتبر بيعا جديدا
في حق هذا الحكم فيشترط فيه التقابض بخلاف السلم فان قبض راس
مال السلم في مجلس الاقالة ليس بشرط لصحة الاقالة وقد ذكرنا وجه
الفرق بينهما فيما تقدم ولو وجد ببدل الصرف عيبا وهو عين كما اذا اشترى
قلب فضة بذهب فرده ثم افترقا قبل قبض الثمن ان رده عليه بقضا
قاض فالرد صحيح على حاله وان كان بغير قضا قاض فلا ينبغي ان يفارقه حتى
يقبض الثمن لان القبض بغير قضا يكون فسخا في حق الكل ورفعا للعقد
من الاصل كانه لم يكن واعادة للمالك الى قديم ملكه كانه لم يزل عن ملكه
فلا حاجة الى القبض والرد بغير قضا يكون فسخا في حق العاقدين بيعا
جديدا في حق ثالث وحق الشرع وهو القبض يعتبر ثالثا فيجعل بيعا
جديدا في هذا الحكم واما التقابض في بيع المطعوم بالمطعوم بجنسه
او بخلاف جنسه فان باع قفيز حنطة بقفيز حنطة او بقفيزي شعير
عينا اليد لين بالاشارة اليهما فهل هو شرط اختلف فيه قال اصحابنا
رحمهم ليس بشرط وقال الشافعي شرط حتى لو افترقا من غير قبض عندنا
يثبت الملك وعنده لا يثبت ما لم يتقابضا ما لم يتقابضا في المجلس احتج
بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المشهور الحنطة بالحنطة مثلا
بمثل يدا بيد ويقوله عليه السلام لا تبيعوا الطعام الا سوا بسوا

يدا بيد ولان الافتراق من غير تقابض في بيع المطعوم بجنسه لا يخلو عن الربوا
لجواز ان يقبض احد العاقدين دون الاخر فيتحقق الربوا لان للمقبوض فضلا
على غير المقبوض فاشبه فضل الحلول على الاجل وانما التحرز عنه بوجوب التقابض
ولهذا صار شرطا في الصرف كذا هذا ولنا عمومات البيع من نحو قوله تعالى
﴿يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم الا ان تكون تجارة عن تراض منكم﴾
وقوله تعالى واحل الله البيع ونحو ذلك نهي عن الاجل بدون التجارة عن تراض
واستثنى التجارة عن تراض فيدل على اباحة الاجل في التجارة من غير شرط القبض
وذلك دليل ثبوت الملك بدون التقابض لان اكل مال الغير ليس بمباح
واما الحديث فظاهر قوله يدا بيد غير معمول به لان اليد بمعنى الجارحة
ليس بمراد فلان حملها على القبض لانها الة القبض فنحن نحملها على التعيين
لان الاشارة باليد سبب التعيين وعندنا التعيين شرط فسقط احتجاجه
بالحديث بحمد الله تعالى على ان الحمل على ما قلناه اولى لان فيه توفيقا بين
الكتاب والسنة وهكذا نقول في الصرف ان الشرط هناك هو التعيين
لا نفس القبض الا انه قام الدليل عندنا ان الدراهم والدنانير لا تتعين
بالتعيين وانما تتعين بالقبض فشرطنا التقابض للتعيين لا للقبض
وهاهنا التعيين حاصل من غير تقابض فلا يشترط التقابض والله اعلم
وقوله المقبوض خير من غير المقبوض فيتحقق الربوا قلنا هذا انما يستقيم
ان لو قلنا بوجوب تسليم احدهما دون الاخر وليس كذلك ۞ ومنها
ان يكون خاليا عن شرط الخيار فان شرطا فيه الخيار لهما او لاحدهما فسد
الصرف لان القبض في هذا العقد شرط بقايه على الصحة وخيار الشرط
يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع صحة القبض ولو ابطل صاحب الخيار
خياره قبل الافتراق ثم افترقا عن تقابض ينقلب الى الجواز عندنا
خلافا لزفر ولو لم يبطل حتى افترقا تقرر الفساد وقد ذكرنا جنس هذه
المسايل بدلايلها فيما تقدم ومنها ان يكون خاليا عن الاجل لهما او لاحدهما
فان شرطاه لهما او لاحدهما فسد الصرف لان قبض البدلين مستحق
قبل الافتراق والاجل يعدم القبض فيفسد العقد فان ابطل صاحب
الاجل اجله قبل الافتراق ونقد ما عليه ثم افترقا عن تقابض ينقلب
جايزا عندنا خلافا لزفر وهاتان الشريطتان على الحقيقة فريعتان
لشريطة القبض لان احدهما يوثر في نفس القبض والاخرى في صحته
على ما بينا واما خيار العيب وخيار الروية فيثبتان في هذا العقد لانهما
لا يمنعان حكم العقد فلا يمنعان صحة القبض الا ان خيار الروية يثبت
في العين وهو التبر والنقره والمصوغ ولا يثبت في الدين وهو الدراهم
والدنانير المضروبة لانه لا فايدة في الرد اذا العقد لا ينفسخ بالرد لانه
ما ورد على قيام المردود وقيام العقد يقتضي ولاية المطالبة بمثله فاذا
قبض يرد فيطالبه باخر هكذا الى ما لا يتناهى وكذا خيار الروية لانه لا
يثبت في ساير الديون في ساير العقود لما قلنا بخلاف ما اذا كان ثمن الصرف
عينا لان هناك ينفسخ العقد بالرد فلا يملك المطالبة بعين اخرى فكان

الرد مفيدا والله اعلم ۝ واما خيار العيب فيثبت في الوجهين جميعا لان السلامة عن
العيب مطلوبة عادة ففواتها يوجب الخيار كما في ساير البياعات الا ان بدل الصرف
اذا كان عينا فرده بالعيب ينفسخ العقد سوا رده في المجلس او بعد الافتراق
ويرجع على البايع بما نقد وان كان دينا بان وجد الدراهم المقبوضة زيوفا او كاسدة
او وجدها رايجة في بعض التجارات دون بعض وذلك عيب عند التجار فردها في
المجلس لا ينفسخ العقد بالرد حتي لو استبدل مكانه مضي الصرف وان ردها
بعد الافتراق بطل الصرف عند ابي حنيفة وزفر لحصول الافتراق لا عن قبض
وعند ابي يوسف ومحمد لا يبطل اذا استبدل في مجلس الرد على ما ذكرنا في السلم
وخيار المستحق لا يبطل الصرف ايضا ولانه لا يمنع صحة القبض على تقدير الاجازة
واحتمال الاجازة قايم فلا يبطل العقد المنعقد ظاهرا بالشك ثم اذا استحق احد
بدلي الصرف بعد الافتراق فان اجاز المستحق والبدل قايم او ضمن الناقد وهو
هالك جاز الصرف لانه اذا كان قايما كان محل الاجازة والاجازة اللاحقة بمنزلة
الوكالة السابقة واذا كان هالكا وضمن الناقد فقد ملك الناقد المضمون بالضمان
فتبين انه سلم ملك نفسه وان استرده وهو قايم او ضمن القابض قيمته وهو
هالك بطل الصرف لانه نقض قبضه او تبين انه لم يصح بخلاف الاول لانه سلم
له القبض فجاز الصرف والله اعلم ۝ ومنها ان يكون الثمن الاول معلوما في بيع
المرابحة والتولية والاشتراك والوضيعة والاصل في هذه العقود عمومات
البيع من غير فصل بين بيع وبيع وقال الله تعالي وابتغوا من فضل الله وقال تعالي
ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم والمرابحة ابتغا الفضل من البيع
نصا وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اراد الهجرة اشترى ابو بكر
الصديق رضي الله عنه بعيرين فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم ولني
احدهما فقال ابو بكر رضي الله عنه هو لك من بغير شي فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم اما بغير ثمن فلا فدل طلب التولية على جوازها وروي ان ابا بكر رضي الله
عنه اشترى بلالا فاعتقه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم الشركة
يا ابا بكر فقال يا رسول الله قد اعتقته لو لم تكن الشركة مشروعة لم يكن
ليطلبها عليه السلام وكذا الناس توارثوا هذه البياعات في ساير الاعصار
من غير انكار وذلك اجماع على جوازها ۝ ثم الكلام في المرابحة في مواضع ۝ في
تفسير بيع المرابحة ۝ وفي بيان شرايطه ۝ وفي بيان راس المال انه ما
هو ۝ وفي بيان ما يلحق براس المال وما لا يلحق به ۝ وفي بيان ما يجب بيانه
عند المرابحة مما بيانه يكون جناية وما لا يجب بيانه وترك بيانه لا يكون
جناية ۝ وفي بيان حكم الجناية اذا ظهرت ۝ اما تفسيره فقد ذكرناه في
اول الكتاب وهو انه بيع بثمن المثل الاول مع زيادة ربح ۝ واما شرايطه
فمنها ما ذكرنا وهو ان يكون الثمن الاول معلوما للمشتري الثاني لان المرابحة
بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والعلم بالثمن شرط صحة البياعات كلها لما
ذكرنا فيما تقدم فان لم يكن معلوما له فالبيع فاسد الى ان يعلم في المجلس فيختار
ان شا فيجوز او يترك فيبطل اما الفساد للحال فلجهالة الثمن لان الثمن الحال
مجهول واما الخيار فللخلل في الرضا لان الانسان قد يرضي بشرا شي بثمن يسير

ولا يرضى

ولا يرضى بشرايه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا الا بعد مقدار الثمن فاذا لم يعرف
اختل رضاه واختلال الرضا يوجب الخيار ولو لم يعلم حتي افترقا عن المجلس بطل العقد
لتقرر الفساد وقد ذكرنا اختلاف عبارات الرواية عن اصحابنا عن هذا النوع
من البيع كبيع الشي برقمه ونحو ذلك في بعضها انه فاسد وفي بعضها انه موقوف
على الاجازة والاختيار اذا علم وكذلك التولية والاشتراك والوضيعة في
اعتبار هذا الشرط والمرابحة سوا لان التولية بمثل المثل الاول فلا بد ان يكون
الثمن الاول معلوما والاشتراك ولكنه تولية بعض المبيع ببعض الثمن والعلم بالثمن
كله شرط صحة البيع والوضيعة بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شي معلوم منه فلا
بد وان يكون الاول معلوما ليعلم قدر النقصان منه وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى
رجلان جملة مما له مثل فاقتسما ثم اراد كل واحد منهما ان يبيع حصته مرابحة انه
لا يجوز لان القسمة وان كانت لا تخلوا عن معنى المبادلة حقيقة لكن معنى المبادلة
في قسمة المتماثلات ساقط شرعا بل بعد القسمة فيها تمييزا للنصيب وافرازا
محضا واذا كان كذلك فما يصل الي كل واحد منهما كان عين له ما كان قبل القسمة
وكان يجوز له ان يبيع نصيبه مرابحة قبل القسمة كذا بعدها وان اشتريا
جملة مما لا مثل له فاقتسماها لا يجوز لاحدهما ان يبيع حصته مرابحة لان معنى المبادلة
في قسمة هذا النوع معتبرة اذ الاصل اعتبار الحقيقة فكان ما يصيب كل واحد
منهما بالقسمة نصف ملكه ونصفه بدل ملكه كانه اشتراه به فلا يجوز بيعه مرابحة
كما اذا اشترى عرضا بعرض ثم اراد ان يبيعه مرابحة والله اعلم ۝ ولو اسلم عشرة
دراهم في ثوبين متفقين من جنس واحد ونوع واحد وصفة واحدة وطول واحد
حتي جاز السلم بالاجماع ولم يبين حصة كل واحد منهما من راس المال فحل الاجل
له ان يبيعهما جميعا مرابحة على العشرة بلا خلاف وان باع احدهما مرابحة على
خمسة لم يجز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز ولو كان بين حصة
كل واحد من الثوبين من راس المال جاز ان يبيع احدهما مرابحة على خمسة بالاجماع
وجه قولهما ان المقبوض هو المسلم فيه والملك في المسلم فيه يثبت بعقد السلم وعقد
السلم اوجب انقسام الثمن وهو راس المال على الثوبين المقبوضين على السوا لاتفاقهما
في الجنس والنوع والصفة والقدر فكانت حصة كل واحد منهما معلوما فيجوز
المرابحة عليها كما اذا اسلم عشرة دراهم في كري حنطة فحل السلم وقبضهما ثم
باع احدهما مرابحة ولابي حنيفة ان المقبوض ليس عين المسلم فيه لان المسلم فيه دين
حقيقة وقبض الدين لا يتصور فلم يكن المقبوض مملوكا بعقد السلم بل بالقبض فكان
القبض بمنزلة انشا العقد كانه اشتراهما جميعا ابتدا ولم يبين حصة كل واحد
منهما ثم اراد ان يبيع احدهما مرابحة وذلك لا يجوز فيما لا مثل له ويجوز فيما له مثل
على ما ذكرنا كذا هذا ۝ ومنها ان يكون الربح معلوما لانه بعض الثمن والعلم بالثمن
شرط صحة البياعات ۝ ومنها ان يكون راس المال من ذوات الامثال وهو شرط
جواز المرابحة على الاطلاق وكذلك التولية وبيان ذلك ان كان راس المال لا يخلوا
اما ان يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة فان كان
واما ان يكون مما لا مثل له من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فان كان مما
له مثل يجوز بيعه مرابحة على الثمن الاول وتولية مطلقا سوا باعه من بايعه او

من غيره وسوا جعل الربح من جنس راس المال في المرابحه او من خلاف جنسه بعد
ان كان الثمن الاول معلوما والربح معلوما وان كان مما لا مثل له من العروض
لا يجوز بيعه مرابحة ولا تولية ممن ليس ذلك العرض في ملكه لان المرابحة
بيع بمثل الثمن الاول وكذا التولية فاذا لم يكن للثمن الاول مثل جين حسه
فاما ان يقع البيع علي ذلك العرض واما ان يقع علي قيمته وعينه ليس في ملكه
وقيمته مجهولة تعرف بالحرز والظن لاختلاف اهل التقويم فيها ويجوز بيعه
تولية ممن العرض في ملكه ويده واما بيعه مرابحة ممن العرض في يده وملكه
فينظر ان جعل الربح شيا مفردا عن راس المال معلوما كدراهم وثوب معلوم
معين ونحو ذلك جاز لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم وان جعل الربح
جزوا من راس المال بان قال بعتك بالثمن الاول بربح ده يازده لا يجوز لانه
لانه جعل الربح جزوا من العرض والعرض ليس بمتماثل للاجزا فانما يعرف
ذلك بالتقويم والقيمة مجهولة لان معرفتها بالحرز والظن واما بيعه
مواضعة ممن العرض في يده وملكه فالجواب فيها علي العكس من المرابحة
وهو انه ان جعل الوضيعة شيا مفردا عن راس المال معلوما كدراهم ونحوه
لا يجوز لانه يحتاج الي وضع ذلك القدر عن راس المال وهو مجهول
وان جعلها من جنس راس المال بان باعه بوضيعة ده يازده جاز البيع بعشرة
اجزا من احد عشر جزوا من راس المال لان الموضوع جزو شايع من راس
المال معلوم ومنها ان لا يكون الثمن في العقد الاول مقابلا بجنسه من
اموال الربوا فان كان بان اشتري المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل لم
يجز له ان يبيعه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة والزيادة
في اموال الربوا تكون ربوا لا ربحا وكذا لا يجوز بيعه مواضعة لما قلنا وله
ان يبيعه تولية لان المانع هو تحقق الربوا ولم يوجد في التولية ولانه
بيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وكذا الاشتراك لانه تولية
لكن ببعض الثمن واما عند اختلاف الجنس فلا باس بالمرابحة حتي لو اشتري
دينارا بعشرة دراهم فباعه بربح درهم او ثوب بعينه جاز لان المرابحة بيع
بالثمن وزيادة ولو باع دينارا باحد عشر درهما او بعشرة دراهم وثوب
كان جايزا كذا هذا ولو باع الدينار بربح ذهب فان قال بعت هذا الدينار
الذي اشتريته بربح قيراطين لم يجز عند ابي يوسف وعند محمد جاز وجه
قوله ان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة كانه باع دينارا بعشرة دراهم
وقيراطين وذلك جايز وطريق جوازه ان يكون القيراطان بمثلهما من الدينار
والعشرة ببقية الدينار كذا هذا ولابي يوسف ان في تجويز هذا تغيير
المرابحة لان المتصارفين حصلا العشرة راس المال والدراهم ربحا فلو جوزنا
علي ما قاله محمد لصار القيراط راس مال وبعض العشرة ربحا وفيه تغيير المقابلة
واخراجها عن كونها فلا يصح ولو اشتري سيفا محلي بفضة وحليته خمسون
بماية درهم ثم باعه مرابحة بربح درهم او ربح دينارا او ربح ثوب بعينه
لا يجوز لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ربح والربح ينقسم علي كل الثمن
لانه جعل ربح كل الثمن فلا بد وان ينقسم علي كله ليكون مرابحة علي كل الثمن

ومتى

ومتي انقسم علي الكل كان للحلية حصة من الربح لا محالة فيتحقق الربوا فلا يصح العقد
والله اعلم ● ومنها ان يكون العقد الاول صحيحا فان كان فاسدا لم يجز بيع
المرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول مع زيادة ربح والبيع الفاسد وان كان
يفيد الملك في الجملة لكن بقيمة المبيع او بمثله لا بالثمن لفساد التسمية والله
اعلم فصل واما بيان راس المال فراس المال ما لزم المشتري بالعقد لا ن
ما نقده بعد العقد لان المرابحة بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو ما وجب
بالبيع فاما ما نقده بعد البيع فذلك وجب بعقد اخر وهو الاستبدال فيا خذ
من المشتري الثاني الواجب بالعقد لا المنقود بعده وكذا التولية وبيان
هذا الاصل اذا اشتري ثوبا بعشرة دراهم ونقد مكانها دينارا او ثوبا
فراس المال هو العشرة لا الدينار والثوب لان العشرة هي التي وجبت بالعقد
وانما الدينار والثوب بدل الثمن الواجب وكذلك لو اشتري ثوبا بعشرة
دراهم جياد ونقد مكانها الزيوف وتجوز بها البايع الاول فعلي المشتري
نقد الجياد لما قلنا ولو اشتري ثوبا بعشرة هي خلاف نقد البلد ثم باعه
مرابحة فان ذكر الربح مطلقا بان قال ابيعك بالثمن الاول وربح درهم كان
علي المشتري عشرة من جنس ما نقد والربح من دراهم هي نقد البلد لان المرابحة
بيع بالثمن الاول والثمن الاول هو الواجب بالعقد الاول وهو عشرة هي خلاف
نقد البلد فيجب بالعقد الثاني مثلها والربح من نقد البلد لانه اطلق الربح وما
اضافه الي راس المال والمطلق ينصرف الي المتعارف وهو نقد البلد وان اضاف
الربح الي العشرة بان قال ابيعك ربح العشرة او ربح ده يازده فالعشرة والربح
من جنس الثمن الاول اما اذا قال ربح العشرة فلانه اضاف الربح الي تلك العشرة
اذا كان من جنسها واما اذا قال ربح ده يازده فلانه جعل جزوا من العشرة
فكان من جنسها ضرورة وعلي هذا يخرج ما اذا زاد المشتري البايع الاول في
الثمن الاول وقبل انه يبيعه مرابحة وتولية علي الاصل والزيادة جميعا فكان
الاصل مع الزيادة راس المال لوجوبهما بالعقد تقديرا فيبيعه مرابحة
عليهما وكذا لو حط البايع الاول عن المشتري بعض الثمن فانه يبيعه مرابحة
علي الباقي بعد الحط لان الحط ايضا يلتحق باصل العقد فكان الباقي بعد الحط
راس المال وهو الثمن الاول فيبيعه مرابحة عليه ولو حط البايع الاول
عن المشتري بعد ما باعه المشتري حط المشتري الاول ذلك القدر
عن المشتري الثاني مع حصته من الربح لما ذكرنا ان الحط يلتحق باصل العقد
فيصير راس المال وهو الثمن الاول ما وراء قدر المحطوط فيحط المشتري
المشتري عن المشتري الثاني ذلك القدر ويحط حصته من الربح ايضا
لان قدر الربح ينقسم علي جميع الثمن فاذا حط شي من ذلك الثمن لا بد
من حط حصته من الربح بخلاف ما اذا باع مساومة ثم حط عن المشتري
الاول شي من الثمن انه لا يحط ذلك عن المشتري الثاني لان الثمن الاول
اصل في بيع المرابحة ولا عبرة به في بيع المساومة الا تري لو اشتري
عبدين قيمتهما سوا احدهما بالف والاخر بخمسماية ثم باعهما مساومة
انقسم الثمن عليهما علي القيمتين نصفين ولو باعهما مرابحة او تولية

انقسم الثمن عليهما علي قدر الثمن الاول دل ان الاصل اصل في بيع المرابحة
ولا عبرة به في بيع المساومة فالحط عن الثمن الاول في بيع المرابحة يوجب
الحط عن الثمن الثاني ولا يوجب في المساومة وهذا الذي ذكرنا على اصل
اصحابنا الثلاثة رحمهم الله لان الزيادة على الثمن تلتحق باصل العقد وكذلك
الحط عنه ويصير كان العقد في الابتدا وقع على هذا القدر فاما على اصل
زفر والشافعي فالزيادة والحط كل واحد منهما لا يصح زيادة في الثمن وحطا
عنه وانما يصح هبة مبتداة والمسئلة تاتي في موضعها ان شا الله تعالى

فصل واما بيان ما يلحق براس وما لا يلحق به فنقول لا باس بان يلحق براس
المال اجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسايق
الغنم والكرا ونفقة الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف
وعلف الدواب ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتبارا للعرف والعادة لان
العادة فيما بين التجار انهم يلحقون هذه المون براس المال ويعدونها منه
وعرف المسلمين وعاداتهم حجة مطلقة قال النبي صلى الله عليه وسلم
ما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن الا انه لا يقول عند البيع اشتريته
بكذا لكن يقول قام علي بكذا لان الاول كذب والثاني صدق واما اجرة
الراعي والطبيب والحجام والختان والبيطار وجعل الابق والفدا عن الجناية
وما انفق على نفسه واما الرقيق من تعليم صناعة او قران او شعر فلا يلحق
براس المال ويباع مرابحة وتولية على الثمن الاول الواجب بالعقد الاول
لا غير لان العادة ما جرت من التجار بالحاق هذه المون براس المال وقال النبي
صلى الله عليه وسلم ما راه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح وكذا المضارب ما
انفق على الرقيق من طعامهم وكسوتهم وما لا بد لهم منه بالمعروف يلحق براس
المال لجريان العادة وما انفق على نفسه في سفره لا يلحق لانه لا عادة فيه
والتعويل في هذا الباب على العادة والله اعلم

فصل واما بيان ما يجب
بيانه في المرابحة وما لا يجب فالاصل فيه ان بيع المرابحة والتولية بيع امانة
لان المشتري ايتمن البايع في اخباره عن الثمن الاول من غير بينة ولا استحلاف
فيجب صيانتها عن الخيانة وعن سبب الخيانة والتهمة عن ذلك كله واجب
ما امكن قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تخونوا الله والرسول وتخونوا
اماناتكم وانتم وقال صلى الله عليه وسلم ليس منا من غشنا وقال
عليه السلام لوابصة بن معبد رضي الله عنه الحلال بين والحرام بين
وبينهما امور مشتبهات فدع ما يريبك الى ما لا يريبك وروي عنه
صلى الله عليه وسلم الا ان لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام
حول الحمى يوشك ان يقع فيه وقال النبي صلى الله عليه وسلم من كان يومن
بالله واليوم الاخر فلا يقف مواقف التهم والاحتراز عن الخيانة وعن
شبهة الخيانة والتهمة انما يحصل ببيان ما يجب بيانه فلا بد من بيان
ما يجب بيانه وما لا يجب فنقول وبالله التوفيق اذا حدث بالسلعة
عيب في يد البايع او في يد المشتري فاراد ان يبيعها مرابحة ينظر ان
حدث بافة سماوية له ان يبيعه مرابحة بجميع الثمن من غير بيان عندنا

وعند

وعند زفر والشافعي لا يبيعه مرابحة حتى يبين وان حدث بفعله او بفعل
اجنبي لم يبيعه مرابحة حتى يبين بالاجماع وجه قولهما ان البيع من غير بيان
حدوث العيب لا يخلو من شبهة الخيانة لان المشتري لو علم ان البيع حدث
في يد المشتري لكان لا يربحه فيه ولانه لما باعه بعد حدوث العيب في يده
فقد احتبس عنده جزء منه فلا يملك بيع الباقي من غير بيان كما لو احتبس بفعله
او بفعل اجنبي ولنا ان الفايت لا يقابله ثمن بدليل انه لو فات بعد العقد قبل
القبض لا يسقط بحصته شي من الثمن فكان بيانه والسكوت عنه بمنزلة
واحدة وما يقابله الثمن قايم بالكلية فله ان يبيعه مرابحة من غير بيان
لانه لا يكون بايعا ما بقي بجميع الثمن بخلاف ما اذا فات بفعله او بفعل اجنبي
لان الفايت صار مقصودا بالفعل وصار مقابله الثمن فقد حبس المشتري
جزا يقابله الثمن فلا يملك بيع الباقي مرابحة الا ببيان والله اعلم ولو
حدث من المبيع زيادة كالولد والثمرة والصوف واللبن والعقر لم يبيعه
مرابحة حتى يبين لان الزيادة المتولدة من المبيع مبيعة عندنا حتى يمنع
الرد بالعيب وانه لم يكن لها حصة من الثمن للحال فهذا حبس لبعض المبيع
وباقي الباقي فلا يجوز من غير بيان وكذلك لو هلك بفعله او بفعل اجنبي
ووجب الارش لانه صار مبيعا مقصودا يقابله الثمن ثم المبيع بلغ لم يبعه
مرابحة من غير بيان فالمبيع مقصودا اولى ولو هلك بافة سماوية له ان
يبيعه مرابحة من غير بيان كما انه لو هلك طرف من اطرافه بافة سماوية
باعه مرابحة من غير بيان على ما مر فالولد اولى لانه ملحق بالطرف ولو
استغل الولد والارض جاز له ان يبيعه مرابحة من غير بيان لان الزيادة
ليست بمتولدة من المبيع لا تكون مبيعة بالاجماع ولهذا لا يمنع الرد بالعيب
فلم يكن بيع الدار او الارض حابسا جزوا من المبيع فكان له ان يبيعه مرابحة
من غير بيان وكذا لو كان المشترا جارية ثيبا فوطيها جاز له ان يبيعها
مرابحة من غير بيان لان الوطي استيفا المنفعة حقيقة والمنفعة ليست
بجزء لها حقيقة فاستيفاوها لا يوجب نقصا في الذات الا انه الحق بالجزء
عند عدم الملك اظهارا لخطر الابضاع ولا حاجة الى ذلك في الملك فبقيت
منفعة حقيقة ووطي الثيب انما منع الرد بالعيب عندنا لا لانه اتلاف
جزء بل لمعنى اخر نذكره في موضعه ولو كانت الجارية بكرا فاقتضها المشتري
لم يبيعها حتى يبين لان الاقتضاض ازالة العذرة وهي جزء منها فكان اتلافا
جزئها فاشبه اتلاف ساير الاجزا ولو اتلف منها جزا اخر لكان لا يبيعها مرابحة
الا ببيان كذا هذا ولو اشترى شيا نسية لم يبيعه مرابحة حتى يبين
لان للاجل شبهة المبيع وان لم يكن مبيعا حقيقة لانه مرغوب فيه الا
ترى ان الثمن قد يزاد لمكان الاجل فكان له شبهة ان يقابله شي من الثمن
فيصير كانه اشترى شيين ثم باع احدهما مرابحة على ثمن الكل لان الشبهة
ملحقة بالحقيقة في هذا الباب فيجب التحرز عنها في بالبيان ولو اشترى
شيا من انسان بدين له عليه له ان يبيعه مرابحة من غير بيان ولو اخذ
شيا صلحا له من دين له على انسان لا يبيعه مرابحة حتى يبين ووجه الفرق

ان مبني الصلح على الحط والاغماض والتجوز بدون الحق فلابد من البيان ليعلم المشتري
انه ساح امرلا فيقع التحرز عن التهمة ومبني الشرا على المطابقة والمماكسة
فلاحاجة الى البيان و فرق اخر ان في الشرا لا يتصور الخيانة لان الشرا
لايقع بذلك الدين بعينه بل بمثله وهو ان يجب على المشتري مثل ما في ذمة
المديون فيلتقيان قصاصا لعدم الفايدة والدليل على انه كذلك انه لو
لو اشتري ثم تصادقا على انه لم يكن عليه دين لم يبطل الشرا ولو وقع
الشرا بذلك الدين بعينه لبطل الشرا واذا لم يقع الشرا بذلك الدين
بعينه لا يتصور الخيانة كما اذا اشتري ثوبا بعشرة دراهم ابتدا بخلاف الصلح
فانه يقع بما في الذمة على البدل المذكور الا تري انهما لو تصادقا بعد عقد
الصلح على انه لم يكن عليه دين يبطل الصلح فاحتمل تهمة المسامحة والتجوز
بدون الحق فوجب التحرز عن ذلك بالبيان ولو اشتري ثوبا بعشرة ورقمه
اثني عشر فباعه مرابحة على الرقم من غير بيان جاز اذا كان الرقم معلوما
والربح معلوما ولا يكون خيانة لانه صادق لكن لا يقول اشتريته بكذا لانه
يكون كاذبا فيه وروي عن ابي يوسف ان المشتري اذا كان لا يعلم عادة
التجار وعنده ان الرقم هو الثمن لم يبعه مرابحة على ذلك من غير بيان
وذلك لو ورث مالا ثم رقمه ثم باعه مرابحة على رقمه يجوز لما قلنا
ولو اشتري شيا ثم باعه وربح ثم اشتراه فاراد ان يبيعه مرابحة
فانه يطرح كل ربح كان قبل ذلك فيبيعه مرابحة على ما يبقي من راس المال
بعد الطرح فان لم يبق منه شي بان استغرق الربح الثمن لم يبعه
مرابحة وهذا عند ابي حنيفة واما عند ابي يوسف ومحمد يبيعه مرابحة
على الثمن الاخر من غير بيان ولا عبرة بالعقود المتقدمة ربح فيها او
خسر وبيان ذلك اذا اشتري ثوبا بعشرة فباعه بخمسة عشر ثم
اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة عنده وعندهما على عشرة ولو
باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لم يبعه مرابحة اصلا وعندهما
يبيعه مرابحة بعشرة على عشرة وجه قولهما ان العقود المتقدمة
لاعبرة بها لانها ذهبت وتلاشت بنفسها وحكمها فاما العقد الاخير
فحكمه قايم وهو الملك فكان هذا المعتبر فيبيعه مرابحة على الثمن
الاخر ولابي حنيفة رحمه الله ان الشرا الاخير كما اوجب ملك الثوب
نقدا كذا الربح وهو خمسة لانه كان يحتمل البطلان الرد بالعيب او بغيره
من اسباب الفسخ فاذا اشتري فقد خرج عن احتمال البطلان فتاكد
وللتاكيد شبهة الاثبات فكان مشتريا الثوب وخمسة الربح بعشرة
من وجه فكان فيه شبهة انه اشتري شيين ثم باع احدهما مرابحة
على ثمن الكل وذا لا يجوز من غير بيان لان الشبهة في هذا الباب لها حكم
الحقيقة الا تري لو اشتري ثوبا بعشرة نسية ثم اراد ان يبيعه
مرابحة على عشرة نقدا لم يبعه مرابحة من غير بيان احترازا عن الشبهة
لان للاجل شبهة ان يقابله الثمن على ما مر فيوجب التحرز عنه بالبيان
كذا هذا فاذا باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة صار كانه باع ثوبا وعشرة

بعشرة فتكون العشرة بالعشرة ويبقي الثوب خاليا عن العوض في عقد
المعاوضة فتمكن فيه شبهة الربوا فلم يبعه مرابحة والله اعلم ولو اشتري
ممن لا تجوز شهادته له كالوالدين والمولودين والزوج والزوجة لم يجز
له ان يبيعه مرابحة حتي يبين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد
له ذلك من غير بيان ولو اشتري من مكاتبه او من عبده الماذون وعليه دين
او لا دين عليه لم يبعه مرابحة من غير بيان بالاجماع وجه قولهما انه لا خلل في الشرا
الاول لان ملك كل واحد منهما ممتاز عن ملك صاحبه منفصل عنه فيصح الشرا الاول
فيجب البيان فلا يجب البيان كما اذا اشتري من الاجنبي ولابي حنيفة رحمه الله
ان تهمة المسامحة في الشرا الاول قايم لان الناس في العادات لا يماكسون
في الشرا من هولا فكانت التهمة وهي الشرا بزيادة الثمن قايمة فلابد من
البيان كما في المكاتب والماذون ولان الشرا من هولا شبهة عدم الصحة
لان كل واحد منهما يبيع بمال صاحبه عادة ولهذا لا تقبل شهادة احدهما
لصاحبه لكونها شهادة لنفسه من وجه فكان ملك كل واحد منهما يجمع بمال
صاحبه عادة ولهذا لا تقبل شهادة احدهما لصاحبه بعد البيع والشرا قايما
معني فكان لهذا الشرا شبهة عدم الشرا الصحة والشبهة في هذا الباب
ملحقة بالحقيقة فتوثر في المرابحة كما في المكاتب والعبد الماذون ولو اشتري
سلعة من رجل بالف درهم ثم اشتري منه من لا تقبل شهادته له بالف وخمسماية
فانه يبيعه مرابحة على اقل الثمنين وذلك الف ولا يبيعه مرابحة على الف وخمسماية
الا ببيان عند ابي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الف وخمسماية من غير
بيان لما ذكرنا واجمعوا على انه لو اشتري عبدا بخمسماية فباعه من المكاتب
المديون او لا دين عليه بالف انه لا يبيعه مرابحة على اكثر الثمنين وكذا لو اشتري
المكاتب او الماذون عبدا بخمسماية فباعه من المولي بالف لما قلنا ولو اشتري
من مضاربه او اشتري مضاربه منه فانه يبيعه مرابحة على اقل الثمنين
وحصة المضارب من الربح لو كان فيه ربح وان لم يكن فيه ربح يبيعه مرابحة
على اقل الثمنين بيان ذلك اذا دفع الفا مضاربة فاشتري رب المال عبدا
بخمسماية فباعه من المضارب بالف فان المضارب يبيعه مرابحة على خمسماية
لان جواز بيع رب المال من المضارب والمضارب من رب المال ليس
بمقطوع به بل هو محل الاجتهاد فان عند زفر لا يجوز وهو القياس لانه
بيع ماله بنفسه على نفسه والشرا من الانسان من ماله الا انا استحسنا
الجواز بالاجتهاد وهو احتمال الخطا فكانت شبهة عدم الجواز قايمة فيلحق
بالحقيقة في المنع من المرابحة من غير بيان ولانه يحتمل ان رب المال باعه
من المضارب باكثر من قيمته لكن ساهله المضارب لانه ما اشتراه
بمال نفسه بل بمال رب المال فتمكنت التهمة في هذا البيع فلا يبيعه
مرابحة باوفر الثمنين الا ببيان ولو اشتري المضارب عبدا بالف
فباعه من رب المال بالف ومايتين فان رب المال يبيعه مرابحة
على الف ومايه ان كانت المضاربة بالنصف لان المايتين ربح وهي بينهما
الا ان حصة رب المال فيها شبهة وتهمة على ما ذكرنا فيطرح ذلك القدر

من بيع المرابحة واما حصة المضارب فلا شبهة فيها ولا تهمة اذ لاحق فيها لرب المال فيبيعه مرابحة على الف ومائة ولو اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بالف ومائة باعه المضارب مرابحة على مائة وهي اقل الثمنين ولانه لا تهمة في الاقل وفي الاكثر تهمة على ما بينا ولو اشترى رب المال بخمسمائة فباعه من المضارب بالف وخمسمائة ومائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة وخمسين لان الخمسمائة اقل الثمنين والخمسون قدر حصة المضارب من الربح فيضم الى الخمسمائة والله اعلم

واما حكم الخيانة اذا ظهرت فنقول وبالله التوفيق اذا ظهرت الخيانة في المرابحة لا تخلوا اما ان ظهرت في صفة الثمن واما ان ظهرت في قدره فان ظهرت في صفة الثمن بان اشترى شيا نسية ثم باعه مرابحة على الثمن الاول ولم يبين انه اشتراه نسية او باعه تولية ثم علم المشتري فله الخيار بالاجماع ان شا اخذه وان شا رده لان المرابحة عقد بني على الامانة لان المشتري اعتمد على البايع وايتمنه في الخبر عن الثمن الاول فكانت امانة مطلوبة في هذا العقد فكانت صيانته عن الخيانة مشروطة دلالة ففواتها يوجب الخيار كفوات السلامة عن العيب وكذا لو صالح من دين الف له على انسان على عبد ثم باعه مرابحة على الف ولم يبين المشتري انه كان بدل الصلح فله الخيار لما قلنا وان ظهرت في قدر الثمن في المرابحة والتولية بان قال اشتريت بعشرة وبعتك بربح ده يازده او قال اشتريت بعشرة ووليتك بما توليت ثم تبين انه كان اشترى بتسعة فقد اختلف في حكمه قال ابو حنيفة رحمه الله المشتري بالخيار في المرابحة ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا ترك وفي التولية لا خيار له لكن يحط قدر الخيانة ويلزم العقد بالباقي وقال ابو يوسف لا خيار له ولكن يحط قدر الخيانة فيهما جميعا ذلك درهم في التولية وفي المرابحة درهم وحصته من الربح وهو جزء من عشرة اجزا من درهم وقال محمد له الخيار فيهما جميعا ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا رده على البايع وجه قول محمد ان المشتري لم يرض بلزوم العقد الا بالقدر المسمى من الثمن فلا يلزم بدونه ويلزم ويثبت له الخيار لفوات السلامة عن الخيانة كما يثبت الخيار لفوات السلامة عن العيب اذا وجد المبيع معيبا ووجه قول ابي يوسف ان الثمن الاول اصل في بيع المرابحة والتولية فاذا ظهرت الخيانة تبين ان تسمية قدر الخيانة لم يصح فلغت تسميته وبقي العقد لازما بالثمن الباقي ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين المرابحة والتولية وهو ان الخيانة في المرابحة لا توجب خروج العقد عن كونه مرابحة لان المرابحة بيع بالثمن الاول وزيادة ربح وهذا قايم بعد الخيانة لان بعض الثمن راس مال وبعضه ربح فلم يخرج العقد وانما اوجبت تغيرا في قدر الثمن وهذا يوجب خللا في الرضا فيثبت الخيار كما اذا ظهرت الخيانة في صفة الثمن بان الثمن كان نسيئة ونحو ذلك على ما ذكرنا بخلاف التولية لان الخيانة فيها تخرج العقد عن كونه

تولية

تولية لان التولية بيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وقد ظهر النقصان في الثمن الاول فلو اثبتنا الخيار لاخرجناه عن كونه تولية وجعلناه مرابحة وهذا انشا عقد اخر لم يتراضيا عليه وهذا لا يجوز فحططنا قدر الخيانة والزمنا العقد بالثمن الباقي والله اعلم هذا اذا كان المبيع عند ظهور الخيانة بمحل الفسخ فاما اذا لم يكن بان هلك او حدث به ما يمنع الفسخ بطل خياره ولزمه جميع الثمن لانه اذا لم يكن بمحل الفسخ لم يكن في ثبوت الخيار فايدة فيسقط كما في خيار الشرط وخيار الرؤية

فصل

واما الاشراك فحكمه حكم التولية لانه تولية حقيقة لكن تولية بعض المبيع ببعض الثمن وقد ذكرنا ما يتعلق بالتولية من الشرايط والاحكام والذي يختص بالاشراك بيان القدر الذي يثبت فيه الشركة فنقول وبالله التوفيق المشترك لا يخلوا اما ان يكون لواحد واما ان يكون لاثنين واما ان يكون لاكثر فان كان لواحد فاشرك فيه غيره لا يخلوا اما ان اشركه في قدر معلوم كالنصف والثلث والربع ونحو ذلك واما ان اطلق الشركة فان اشركه في قدر معلوم فله ذلك القدر لا شك فيه لان حكم التصرف يثبت في قدر ما اضيف اليه هو الاصل وان اطلق الشركة بان قال اشركتك في هذا الكر فله نصف الكر كما لو قال اشركتك في نصف الكر لان الشركة المطلقة تقتضي المساواة فتقتضي ان يكون نصيب الرجل مثل نصيبه ولو اشرك رجلا في نصفه فلم يقبضه حتى هلك نصفه فالرجل بالخيار ان شا اخذ نصف ما بقي وهو ربع الكر وان شا ترك لانه كان له نصف شايع من ذلك فما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي على الشركة وله الخيار اذا كان قبل القبض لان الصفقة قد تفرقت عليه وكذلك لو باع رجلا نصف الكر ثم هلك نصفه قبل القبض لما قلنا ولو كان مكان الهلاك استحقاق بان استحق نصف الكر فهاهنا يختلف حكم الشركة والبيع فيكون النصف الباقي للمشتري خاصة في البيع وفي الشركة يكون بينهما وانما كان كذلك لان البيع اضيف الى نصف شايع وتعذر تنفيذه في النصف المستحق لانعدام الملك وامكن تنفيذه في النصف المملوك فيجب تنفيذه فيه وكذلك في الشركة الا ان تنفيذها في النصف المملوك يقتضي المساواة بينهما في ذلك النصف وذلك في ان يكون نصفه للرجل ونصفه له ولو اشترى فقال له رجل اشركني في هذا العبد فقال قد اشركتك ثم قال له رجل اخر مثل ذلك فاشركه فيه ان كان الثاني علم بمشاركة الاول فله الربع وللمشتري الربع والنصف للاول وان كان لم يعلم بمشاركته فالنصف له والنصف للاول ولا شي للمشتري لانه اذا علم الثاني بمشاركة الاول فلم يطلب الشركة منه الا في نصيبه خاصة والشركة في نصيبه تقتضي المساواة بين النصيبين وهي ان يكون لكل واحد منهما الربع واذا لم يعلم بالشركة فيقول الشركة طلب الشركة في الكل والاشراك في الكل نصفه والاول قد استحق النصف بالمشاركة فيستحق الثاني النصف الباقي تحقيقا للشركة المقتضية للمساواة ولو قال لرجل اشتر جارية فلان بيني وبينك

فقال المامور نعم ثم لقيه غيره فقال له مثل ما قال الاول فقال المامور نعم
ثم اشترى الجارية فالجارية بين الامرين ولا شي منها للمامور لان الاول وكله
بنصف الجارية وبقبول الوكالة الجانية لا تخرج عن كونه وكيلا للاول لانه لا
يمكن اخراجه عن الوكالة من غير محضر من الموكل فبقي وكيلا في شرا النصف فاذا
قبل الوكالة من الثاني صار وكيلا في شرا النصف الاخر فاذا اشترى الجارية
فقد اشتراها لموكليه فكانت بينهما ولو لقيه ثالث فقال له مثل ما قال
الاولان فقال نعم ثم اشتراها كانت الجارية للاولين ولا شي للثالث لانه
قد بقي وكيلا للاولين اذ لا يملك اخراج نفسه عن وكالتهما حال غيبتهما
فلم يصح قبوله الوكالة من الثالث ∘ شريكان شركة عنان في الرقيق امر
احدهما لصاحبه ان يشتري عبد فلان بينه وبين المامور ثم امره اجنبي
بمثل ذلك فاشتراه فالنصف للاجنبي والنصف للشريكين لان كل واحد
من الشريكين يملك شرا الرقيق بعقد الشركة من غير امر فكان الامر
سفها فلم يصح وصح من الاجنبي فاستحق النصف واستحقاق بقضية
الشركة والله اعلم هذا اذا كان المشترى الواحد فاشركه فان كان للاثنين
فلا يخلوا اما ان يشرك احدهما رجلا واما ان اشركاه جميعا فان اشركه
احدهما فاما ان اشركه في نصيبه خاصة بان قال اشركتك في نصيبي
واما ان اشركه في نصفه بان قال اشركتك في نصفي واما ان اشركه
مطلقا بان قال اشركتك في هذا العبد واما ان اشركه في نصيبه ونصيب
صاحبه واما ان اشركه في نصيبه فان قال اشركتك في نصف هذا العبد
فان اشركه في نصيبه خاصة فله نصف نصيبه لان الشركة المطلقة
في نصيبه تقتضي ان يكون نصيبه فيه نصف نصيبه لانها تقتضي
المساواة وكذلك لو اشركه في نصفه لان الشركة المطلقة في نصفه
تقتضي المساواة مطلقا فان اجاز شريكه فله النصف كاملا والنصف لهما
وان لم يجز فالربع لما ذكرنا ان الشركة المطلقة تقتضي المساواة
فيقتضي ان يكون نصيبه وحده مثل نصيبهما جميعا الا انه اذا لم يجز
تعذر تنفيذ الاشراك في نصيبه فينفذ في نصيب صاحبه فيكون
له الربع فاذا اجاز امكن اجرا الشركة على اطلاقها وهي باطلة تقتضي
المساواة وذلك في ان يكون له النصف ولكل واحد منهما الربع وان
اشركه في نصيب ونصيب صاحبه فكذلك في ظاهر الرواية انه ان اجاز
صاحبه فله النصف والنصف الاخر لهما وان لم يجز فله الربع وروي
عن ابي يوسف انه في النوادر انه ان اجاز كان بينهما اثلاثا وان ابى ان يجيز
كان له ثلث ما بيدي الذي اشركه وهو سدس الكل وجه هذه الرواية
ان اشراك احدهما واجازة الاخر بمنزلة اشراكهما معا لان الاجازة
تستند الى حال العقد فكانهما اشركاه معا ولان الاجازة اللاحقة بمنزلة
الوكالة السابقة فصار كان العاقد اشرك وكالة صاحبه وجه ظاهر
الرواية ان الاشراك والاجازة يثبت على التعاقب لوجود الاشراك
والاجازة على التعاقب والحكم يثبت على وفق العلة فصار كما لو اشرك كل

فيه وان اشركه صح

واحد

واحد منهما على التعاقب قوله الاجازة تستند الى حالة العقد قلنا نعم لكن الثابت
بطريق الاستناد يثبت للحال ثم يستند فكان حكم الاجازة متاخرا عن حكم
الاشراك ثبوتا وان اشركه في نصف العقد فاجاز شريكه فله نصف ما في يد
هذا ونصف ما في يد الاخر وان لم يجز فله نصف ما في يد الذي اشركه
لما قلنا هذا اذا اشركه احدهما فاما اذا اشركاه جميعا فلا يخلوا اما ان اشركاه
معا واما ان اشركاه على التعاقب فان اشركاه معا فالقياس ان يكون له النصف
كاملا ولكل واحد منهما الربع وفي الاستحسان يكون بينهم اثلاثا وان اشركاه
على التعاقب مطلقا ولم يبينا قدر الشركة او اشركاه في نصيبهما بان قال
كل واحد منهما اشركتك في نصيبي ولم يبين في كم اشركه كان له النصف
وللاولين النصف وجه القياس انه لما اشركه كل واحد منهما فقد استحق
نصف نصيبه فكان النصف والنصف لهما جميعا كما لو اشركاه على التعاقب
وجه الاستحسان وهو الفرق بين حالة الاجتماع والافتراق ان الاشراك المطلق
من كل واحد منهما اياه في زمان واحد يقتضي المساواة في انصبا الكل وهو
ان يكون نصيب كل واحد منهما مثل نصيب الاخر وذلك يكون في المشترا
بينهم اثلاثا بخلاف الاشراك على التعاقب لان الاشراك من احدهما مطلقا في
زمان يقتضي ان يكون نصيبه مثل نصيبه وكذا اشراك الاخر في الزمان
الثاني فيجتمع له ربعان وهو النصف ولكل واحد منهما الربع والله اعلم
فصل واما المواضعة فهو بيع بمثل الثمن الاول مع نقصان شي معلوم
معلوم منه ويعتبر لها من الشرايط والاحكام ما يعتبر للمرابحة وقد
ذكرنا ذلك كله والاصل في معرفة مقدار الثمن في المواضعة ان يضم
قدر الوضيعة الى راس المال ثم يطرح منه فما بقي بعد الطرح هو الثمن
مثاله اذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة وابعتكه بوضيعة ده
يازده فاذا اردت ان تعرف الثمن انه كم هو فسبيلك ان تجعل كل درهم
من العشرة التي هي راس المال احد عشر جزءا فيكون الكل احد عشر منها
درهما فيكون الثمن تسعة دراهم وجزءا من احد عشر جزءا من درهم
على هذا القياس تجري مسايل المواضعة فصل واما شرايط لزوم البيع
بعد انعقاده ونفاذه وصحته فواحد وهو ان يكون خاليا عن خيارات
اربعة خيار التعيين وخيار الشرط وخيار العيب وخيار الروية فلا
يلزم مع احد هذه الخيارات وهذا عندنا وقال الشافعي افتراق العاقدين
مع الخلو عن الخيارين وهو خيار الشرط وخيار العيب شرط ايضا ولقب
المسلة ان خيار المجلس ليس بثابت عندنا وعنده ثابت واحتج الشافعي بما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا وهذا نص
في الباب ولان الانسان قد يبيع شيا او يشتري ثم يبدو له فيندم فيحتاج
الى التدارك بالفسخ فكان ثبوت الخيار في المجلس من باب النظر للمتعاقدين
ولنا ظاهر قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا
ان تكون تجارة عن تراض منكم اباح الاكل بالتجارة عن تراض مطلقا عن
قيد التفرق عن مكان العقد وعنده اذا فسخ احدهما العقد في المجلس لا

يباح الاكل فكان ظاهر النص حجة عليه ولان البيع من المتعاقدين صدر مطلقا عن
شرط والعقد المطلق يقتضي ثبوت الملك في العوضين في الحال فالفسخ من احد
المتعاقدين يكون تصرفا في العقد الثابت بتراضيهما او في حكمه بالرفع والابطال
من غير رضا الاخر وهذا لا يجوز ولهذا لم ينفرد احدهما بالفسخ والاقالة بعد
الافتراق كذا هذا واما الحديث فان ثبت مع كونه في حد الاحاد مخالفا لظاهر
الكتاب والخيار المذكور فيه محمول على خيار الرجوع والقبول ما داما في التبايع
وهو ان البايع اذا قال لغيره بعت منك كذا فله ان يرجع ما لم يقل المشتري
اشتريت وللمشتري ان لا يقبل ايضا واذا قال المشتري اشتريت منك
بكذا كان له ان يرجع ما لم يقل البايع بعت وللبايع ان لا يقبل ايضا وهذا
النوع من التاويل للخبر نقله محمد في الموطا عن ابراهيم النخعي رحمهما الله وانه
موافق لرواية ابي حنيفة رحمه الله البيعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما
حملناه على هذا توفيقا بين الدلايل بقدر الامكان والله اعلم

فصل

واما
بيان ما يكره من البياعات وما يتصل بها فاما البياعات المكروهة فمنها
التفريق بين الرقيق في البيع والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال لا توله والدة عن ولدها والتفريق بينهما توليه
فقيل قد بيع ولدها فالامر بالرد وقال من فرق بين والدة وولدها
فرق الله بينه وبين احبته يوم القيمة وهذا خرج مخرج الوعيد
وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يجمع عليهم السبي والتفريق
حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية ونهى عن التفريق في حالة الصغر وروي
انه عليه السلام وهب من علي رضي الله عنه غلامين صغيرين فباع احدهما
فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عنهما فقال له بعت احدهما فقال له
عليه السلام بعهما او رد والامر بالجمع بينهما في البيع او رد المبيع فيهما
دليل على كراهة التفريق ولان التفريق بين الصغير والكبير اضرار بهما
لان الصغير ينتفع بشفقة الكبير ويسكن اليه والكبير يستانس
بالصغير وذا يفوت بالتفريق فيلحقهما الوحشة فكان التفريق اضرار
بهما بالحاق الوحشة وكذا بين الصغيرين لانهما ياتلفان ويسكن
قلب احدهما بصاحبه فكان التفريق بينهما ايحاشا بهما فكره ولان الصبا
من اسباب المرحمة قال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر
كبيرنا فليس منا وفي التفريق ترك المرحمة فكان مكروها • ثم
الكلام في كراهة التفريق في مواضع • في بيان شرط الكراهة
وفي بيان ما يحصل به التفريق • وفي بيان صفة ما يحصل به التفريق
انه جايز ام لا • اما شرايط الكراهة فمنها صغر احدهما وهو ان يكون
احدهما صغيرا او يكونا صغيرين فان كانا كبيرين لا يكره التفريق بينهما
لما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا يجمع عليهم السبي والتفريق
حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية مد النهي عن التفريق الى غاية البلوغ فدل
على اختصاص الكراهة بحالة الصغر وزوالها بعد البلوغ ولان الكراهة
معلولة بالاضرار بزوال الاستيناس والشفقة وترك المرحمة وكل ذلك

يختص بحالة الصغر ومنها الرحم وهو القرابة فان كانا اجنبيين لم يكره
التفريق بينهما ومنها المحرمية وهو ان يكونا ذو رحم محرم فان كان بينهما
قرابة محرمة للنكاح فلا يكره التفريق بين ابني العم ونحو ذلك لان القرابة
المحرمة للنكاح محرمة القطع مفترضة الوصل فكانت منشا الشفقة والانس
بخلاف ساير القرابات وكذا المحرمية بدون الرحم لا يحرم التفريق كحرمة
الرضاع والمصاهرة لانعدام معنى الشفقة والانس لعدم دليلهما وهو
القرابة ومنها ان يكون مالكهما واحدا باي سبب ملكهما بشرا او هبة
او ميراث او صدقة او وصية حتى لو كان احدهما في ملكه والاخر في ملك
ولده الصغير فلا باس بان يبيع احدهما دون الاخر وكذا لو كان له ولدان
صغيران احد المملوكين في ملك احدهما والاخر في ملك الاخر لا باس
للاب ان يبيع احدهما لان الكراهة في التفريق ان يكونا في ملك واحد
واذا لم يجمعهما ملك مالك واحد لا يقع البيع تفريقا لانهما كانا متفرقين
قبل البيع وكذا اذا كان احدهما في ملكه والاخر في ملك مكاتبه لانهما لم
يجتمعا في ملك شخص واحد لان المكاتب فيما يرجع الى الكسب ملحق بالاحرار
فاختلف المالك وان كان احدهما في ملكه والاخر في ملك عبده الماذون
فان كان عليه دين فلا باس للمولى ان يبيع العبد الذي عنده اما على اصل ابي
حنيفة فظاهر لان المولى لا يملك كسب عبده الماذون المديون فلم
يوجد الاجتماع في ملك مالك واحد وعندهما ان كان يملكه لكنه ملك تعلق
به حق الغرما فكان كالاجنبي عنه فلم يوجد الاجتماع معنى وان لم يكن عليه
دين يكره للمولى ان يبيع احدهما لوجود الاجتماع في ملك شخص واحد ولو كان
احدهما في ملكه والاخر في ملك مضاربه فلا باس بالتفريق لان مال المضارب
وان لم يكن ملك المضارب لكن له حق قوي فيه حتى جاز بيع المضارب
من رب المال وبيع رب المال من المضارب استحسانا فكان رب المال
بمنزلة الاجنبي فلم يوجد الاجتماع في ملك رجل واحد وعلى هذا يخرج ما اذا
باع جارية كبيرة على انه بالخيار ثلثة ايام ثم ملك ولدها الصغير في مدة
الخيار انه يكره ايجاب البيع في الجارية بالاجازة او بالترك حتى تمضي المدة
بل يفسخ البيع حتى لا يحصل التفريق لان خيار البايع يمنع زوال السلعة
عن ملكه فكانت الجارية في ملكه فاذا ملك ولدها الصغير فقد اجتمعا
في ملك شخص واحد فكانت الاجازة تفريقا فيكره ولو باع الجارية على
ان المشتري بالخيار ثلثة ايام ثم ملك البايع ولدها الصغير في المدة
فلا باس للمشتري ان يجيز البيع او يفسخ لان الجارية خرجت عن ملك
البايع بلا خلاف لان خيار المشتري لا يمنع خروج السلعة عن ملك
البايع بلا خلاف بين اصحابنا وانما الخلاف في دخولها في ملك المشتري
فلم يجتمع المملوكان في ملك شخص واحد فلم تكن الاجازة تفريقا ولو
كان الخيار للمشتري ولها ابن عند المشتري لا تكره الاجازة بلا اشكال
لان الاجازة لا تكون تفريقا بل تكون جمعا واما الفسخ فكذلك لا يكره
ايضا اما على اصل ابي حنيفة فلا يشكل ايضا لان الجارية لم تدخل في

ملك المشتري لان خيار المشتري يمنع دخول السلعه في ملكه على اصله
فلم يقع الفسخ تفريقا لانعدام الاجتماع في ملكه واما عندهما فالجارية وان
دخلت في ملكه لكن الفسخ حقه فالاجبار على الاجازة ابطال لحقه وهذا لا يجوز
فكان له ان يفسخ والله اعلم ● ومنها ان يملكهما على الكمال فان ملك من كل
واحد منهما شقصا منه لم يكره ان يبيع نصيبه من احدهما دون الاخر
لان البيع هاهنا لا يقع تفريقا مطلقا لحصول التفريق قبله من وجه فلم يدخل
تحت النهي عن التفريق على الاطلاق ● ومنها ان يكون كل واحد منهما محلا
للبيع عند البيع فان خرج احدهما عن محلية البيع بالتدبير والاستيلاد
فلا باس ببيع الاخر وان كان فيه تفريق لانه تعذر عليه بيعهما جميعا فلو
منع عن بيع الاخر يتضرر به المالك وكراهة التفريق شرعا لدفع ضرر
زايد فلا يجوز دفعه بالحاق ضرر فوقه بالمالك ● ومنها ان لا يتعلق باحدهما
حق فان تعلق بان لحق احدهما دين بان استهلك مال انسان او جني جناية
على بني ادم او اشتراهما رجل فوجد باحدهما عيبا لم يكره التفريق بل يباع
بالدين ويدفع بالجناية ويرد بالعيب لان في المنع من التفريق دفع ضرر
زايد بضرر اقوي منه وهو ابطال الحق وهذا لا يجوز وروي عن ابي حنيفة
رحمه الله انه اذا جني احدهما يستحب للمالك ان يفدي لما فيه من مراعاة
الحقين ودفع الضرر من الجانبين وانه حسن عقلا وشرعا وروي
عن ابي يوسف انه اذا اشتراهما رجل فوجد باحدهما عيبا يردهما جميعا
او يمسكهما وليس له ان يرد المعيب خاصة لان رده خاصة لانه تفريق وانه
اضرار فصار كما اذا اشتري مصراعي باب او زوجي نعل او خف ثم وجد باحدهما
عيبا انه ليس له ان يرد المعيب خاصة لكونه اضرارا بالبايع خاصة كذا هذا
ومنها ان يكون مالكهما مسلما فان كان كافرا لا يكره التفريق وسواء كان المالك
حرا او مكاتبا او ماذونا عليه او لا دين عليه صغيرا او كبيرا وسواء كان المملوكان
مسلمين او كافرين او احدهما مسلما والاخر كافرا لان ما ذكرنا من الدلايل الموجبة
لكراهية التفريق من النصوص والمعقول لا توجب الفصل ولو دخل حربي
دار الاسلام بامان ومعه عبدان صغيران او احدهما صغير والاخر كبير
وهما ذوي رحم محرم او اشتراهما في دار الاسلام من صاحبه الذي
دخل معه بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا باس للمسلم ان يشتريه ولو
كان اشتراهما من مسلم في دار الاسلام او ذمي او حربي دخل بامان من
ولاية اخري لا من ولايته يكره للمسلم ان يشتري احدهما ووجه الفرق
ان الضرورة دفعت الكراهة في الفصل الاول لانه لو لم يشتره لادخلهما
دار الحرب فيصير عونا لهم على المسلمين وهذه الضرورة تنعدم في
الفصل الثاني لانه يجبر على بيعهما ولا يمكن من الحاقهما بدار الحرب فلم
يتحقق الضرورة ● ومنها ان لا يرضيا بالتفريق فان رضيا به لا يكره
بان كان الصبي مراهقا ورضي بالبيع ورضيت امه فيبيع برضاهما
لان كراهة التفريق لمكان الضرر فاذا رضيا به علم انه لا ضرر فلا يكره
والله اعلم ● هذا اذا اجتمع مع الصغير في ملك شخص واحد قريب واحد

٣

بهو ذو رحم محرم منه فاما اذا كان معه عدد من الاقارب كل واحد ذو ابو بن
يكره التفريق بينه وبينهما وبين احدهما بلا خلاف وان كانا ممن سواهما من ذوي
الرحم المحرم فاما اذا كان احدهما اقرب من الصغير والاخر ابعد منه واما ان
كانا في القرب منه على السوا فان كان احدهما اقرب فلا باس بالتفريق بين الصغير
وبين الابعد منهما لان شفقة الاقرب تغني عن شفقة الابعد فلم يكن التفريق
اضرارا بالصغير سوا اتفقت قرابة الكبيرين كالاب مع الجد والام مع الجدة
او الخالة او الخال او اختلفت كالام مع العمة او العم وروي عن ابي يوسف
انه يكره التفريق بينه وبين احدهما كيف ما كان لان لكل واحد منهما شفقة
على الصغير ويزول بالتفريق وان كان الكبيران في القرب من الصغير
شرعا سوا ينظر ان اتفقت جهة قرابتهما قرابتهما كالعمتين والخالتين
والاخوين لاب وام فالقياس ان يكره التفريق بين الصغير وبين احدهما
وكذا روي عن ابي يوسف وفي الاستحسان لا يكره اذا بقي مع الصغير
قريب واحد لان كل واحد منهما شفقة على حدة على الصغير فلا تقوم شفقة
احدهما مقام الاخر وكذا قد يختص احدهما بزيادة شفقة ليست في الاخر
فكان التفريق اضرارا بتفويت شفقة من حيث الاصل او من حيث
القدر فيكره وجه الاستحسان ان كراهة التفريق للاضرار بالصغير بتفويت
النظر وعند اتحاد جهة القرابة والتساوي في القرب من الصغير كان معني
النظر حاصلا تبعا لاحدهما بخلاف ما اذا اختلفت الجهة لان عند اختلاف جهة
القرابة تختلف الشفقة فيحصل من كل واحد منهما ما لا يحصل بالاخر فكان
التفريق اضرارا وكذلك لو ملك ستة اخوة او ستة اخوات ثلثة منهم
كبار وثلثة صغار لا باس ببيع كل صغير مع كل كبير لما قلنا ولو كان مع الصغير
ابوان حكما بان ادعياه رجلان حتي ثبت نسبه منهما ثم اجتمعوا في ملك
شخص واحد فالقياس ان لا يكره بيع احدهما لاتحاد جهة القرابة وهي قرابة
الابوة كالعمين والخالين ونحو ذلك وفي الاستحسان يكره لان الاب احدهما
حقيقة فكان الثابت قرابة احدهما الا انا حكمنا بثبات نسبه منهما لاستوايهما
في الدعوة ولكن الاب في الحقيقة احدهما فلو باع احدهما لاحتمل انه باع الاب
فيتحقق التفريق بخلاف ما اذا كان للصغير اب وام حيث يكره بيع احدهما
لان قرابة كل واحد منهما متحققة فكان البيع تفريقا بين الصغير وبين احد
ابويه بيقين فكره وان اختلفت جهة قرابة الصغير الكبيرين كالعمة مع
الخالة والعم مع الخال والاخ لاب مع الاخ لام وما اشبه ذلك يكره
التفريق لان من يدلي بقرابة الاب الي الصغير يقوم مقام الاب والذي
يدلي اليه بقرابة الام يقوم مقام الام فصار مع الصغير ابا واما ولو كان
كذلك يكره التفريق كذا هذا ● امراة سبيت وفي حجرها بنت صغيرة
وقعتا في سهم رجل والمراة تزعم انها بنتها يكره التفريق بينهما وان كان
لا يثبت نسبها بمجرد دعوتها في ساير الاحكام لان الاخبار في كراهية التفريق
وردت في السبايا ولا يظهر كون الصغير ولد المسبية الا بقولها فدل ذلك
على قبول قولها في حق قرابة التفريق ولان هذا من باب الديانة وقول المراة الواحدة

في الديانات مقبول خصوصا فيما يسلك في باب الاحتياط ولو كبرت الصغيرة في يد
السابي وكان قد وطي الكبيرة ولم يعلم من المراة الكبيرة ارضاع الصغيرة
لا ينبغي له ان يقرب البنت وان لم يثبت نسبها منها لدعوتها لاحتمال
انها بنتها من النسب او الرضاع فلا يقربها احتياطا ويمكن ان لا يمنع من قربانها
في الحكم لان قول المراة الواحدة في حقوق العباد غير مقبول وان لم تكن
الصغيرة في حجرها وقت التسبي فلا باس بالتفريق والجمع بينهما في الوطي
لانه اذا لم يكن في حجرها عند التسبي فلا دليل على كونها ولدا لها في حق حكم
ما فلا يقبل قولها اصلا ولو ادعى رجل من السبايا صغيرا انه ولده
قبل قوله وثبت نسبه منه سوا كان قبل الاحراز بدار الاسلام او
بعده بعد ان يكون قبل القسمة او قبل الدخول في ملك خاص بالبيع
او غيره لان دعوة الرجل صحيحة الا ترى انه يثبت نسبه منه فيظهر في حق
كراهة التفريق سوا كان الولد وقت التسبي في يده او لم يكن بخلاف دعوة
المراة وكذلك لو ادعت المراة ان الولد معها من هذا الرجل وهو زوجها
وصدقها يثبت بينهما الزوجية بتصادقهما وثبت الولد منهما ويكره
التفريق بين الصغير وبين احدهما لانه ولدهما باقرارهما ولو ادعى
واحد من الغانمين ولدا صغيرا من السبي انه ولده قبل القسمة
او البيع صحت دعوته ويكون ولده ثم ينظر ان كان معه علامة الاسلام
كان مسلما ولا يسترق وان لم يكن معه علامة الاسلام يثبت نسبه
من المدعي ولكن يسترق لان دعوته ان صحت في حق ثبات النسب واستندت
الى وقت العلوق لكنها لم تصح ولم يستند في حق الاسترقاق لان
فيه ابطال حق الغانمين فلا يصدق في ابطال حق الغير ويجوز
ان يصدق الانسان في اقراره في حق غيره اذا تضمن ابطال حق الغير
كمن اقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه صح الشرا وعتق عليه وكذا لو
اشتراه ثم اقر بحريته صح اقراره في حقه حتى يعتق عليه ولا يصدق
في حق بايعه حتى لم يكن له ان يرجع بالثمن على بايعه ولهذا نظاير والله
اعلم

فصل واما ما يحصل به التفريق فهو التمليك بالبيع لانه ينقطع به
منفعة الانس والشفقة وكذا القسمة في الميراث والغنايم لان القسمة
لا تخلوا عن معنى التمليك خصوصا فيما لا مثل له فيحصل بها التفريق
فيكره ولا باس ان يعتق احدهما او يكاتبه لان الاعتاق ليس بتمليك
بل هو ازالة الملك وانهاوه فلا يتحقق به التفريق لانه اذا اعتق يمكنه
الاستيناس بصاحبه والاحسان اليه فلم يكن الاعتاق تفريقا
وكذا الكتابة لان المكاتب حر يدا فلا ينقطع بها منفعة الانس ونحو ذلك
فلا يكون تفريقا والله اعلم ولين كان تفريقا فنفع الاعتاق فوق ضرر
التفريق فلا يكون ضررا معنى ولو باع احدهما نسمة للعتق يكره عند
ابي حنيفة وعند محمد لا يكره وجه قوله ان الوفا بالوعد من مكارم
الاخلاق فالظاهر من حال المشتري انجاز ما وعد فيخرج التفريق من ان
يكون ضررا لانه يقابله نفع اعظم منه وهو العتق وجه قول ابي حنيفة

ان

ان العتق ليس بمشروط في البيع ولو كان مشروطا لاوجب فساد البيع فبقي قصد
الاعتاق وتنفيذ هذا القصد ليس بلازم فبقي البيع تفريقا فيكره حتى لو
كان قال المشتري ان اشتريته فهو حر ثم اشتراه قالوا لا يكره بالاجماع
لانه يعتق بعد الشرا لا محالة فيخرج البيع من ان يكون ضررا والله اعلم

فصل واما صفة البيع الذي يحصل به التفريق انه جايز ام فقد اختلف
العلما فيه قال ابو حنيفة ومحمد البيع جايز مفيد للحكم بنفسه لكنه
مكروه والبايع بالتفريق اثم وقال ابو يوسف البيع فاسد في الوالدين
والمولودين وفي ساير ذوي الرحم جايز وقال الشافعي البيع باطل في الكل
واحتج بما روينا من الاحاديث الواردة بالنهي عن التفريق او ما يجري مجرى
النهي والبيع تفريق فكان منهيا والنهي لا يصلح سببا لثبوت الملك كساير
البياعات التي ورد النهي عنها على اصله وابو يوسف رحمه الله انما خص
البيع في الوالدين والمولودين للفساد لورود الشرع بتغليظ الوعيد
بالتفريق فيهم وهو ما روينا ولهما ان قوله تعالى واحل الله البيع ونحوه
من نصوص يقتضي شرعية البيع على العموم والاطلاق من ادعى التخصيص
او التقييد فعليه الدليل واما الاحاديث فهي محمولة على النهي من غير البيع
وهو الاضرار فلا يخرج البيع من ان يكون مشروعا كالنهي عن البيع في وقت
الندا وانما حملناه على غير البيع اما حملا لخبر الواحد على موافقة الكتاب
واما النهي لا يرد عما عرف حسنه عقلا على ما عرف ومنها البيع وقت الندا
وهو اذان الجمعة لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا نودي للصلاة من
يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع امر بترك البيع عند الندا
فيكون نهيا عن البيع لكن لغيره وهو ترك السعي فكان البيع في ذاته
مشروعا جايزا لكنه يكره لانه اتصل به غير مشروع وهو ترك السعي
ومنها بيع الحاضر للبادي وهو ان يكون لرجل طعام وعلف لا يبيعهما
الا لاهل البادية بثمن غال لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ولو باع
جاز البيع لان النهي لمعنى في غير البيع وهو الاضرار باهل المصر فلا يوجب
فساد البيع كالبيع وقت الندا وهذا اذا كان يضر باهل البلد بان كان
اهله في قحط من الطعام والعلف فان كانوا في خصب وسعة فلا باس به
لانعدام الضرر ومنها بيع متلقي السلع واختلف في تفسيره قال
بعضهم هو ان يسمع واحد خبر قدوم قافلة بميرة عظيمة فيتلقاهم
الرجل ويشتري جميع ما معهم من الميرة فيدخله المصر فيبيعه ما يشا
من الثمن وهذا الشرا مكروه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تلقوا السلع حتى تهبط الاسواق وهذا اذا كان يضر باهل
البلد بان كان اهله في جدب وقحط فان كان لا يضرهم فلا باس وقال بعضهم
تفسيره هو ان يتلقاهم فيشتري منهم بارخص من سعر البلد وهم لا يعلمون
بسعر البلد وهذا ايضا مكروه سوا تضرر به اهل البلد او لا لانه غرهم
والشرا جايز في الصورتين جميعا لان البيع مشروع في ذاته والنهي في

غيره وهو الاضرار بالعامة على التفسير الاول وتخرير اصحاب السلع على
التفسير الثاني ۝ ومنها بيع المستام على سوم اخيه وهو ان تساوم
الرجلان فطلب البايع بسلعته ثمنا ورضي المشتري بذلك الثمن ورضي
المشتري بذلك فجا مشتر اخر ودخل على سوم الاول فاشتراه بزيادة او
بذلك الثمن لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يستام
الرجل على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه وروي لا يسوم الرجل
على سوم اخيه والنهي لمعنى في غير البيع وهو الايذا فكان نفس البيع مشروعا
فيجوز شراوه لكنه يكره وهذا اذا جنح البايع بالثمن الذي طلبه المشتري الاول
فان كان لم يجنح له فلا باس للمشتري الثاني ان يشتريه لان هذا ليس استياما
على سوم اخيه فلا يدخل تحت النهي ولانعدام معنى الايذا ايضا وهو بل هو
بيع من يزيد وانه ليس بمكروه لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
باع قدحا وحلسا ببيع من يزيد وما كان عليه السلام ليبيع
بيعا مكروها وكذا في النكاح اذا خطب رجل امراة وركن قلبها
اليه يكره لغيره ان يخطبها لما روينا وان لم يركن فلا باس والله اعلم
ومنها بيع السلاح من اهل الفتنة وفي عساكرهم لان بيعه منهم من باب
الاعانة على الاثم والعدوان وانه منهي ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح
منهم كالحديد وغيره لانه ليس معد للقتال فلا يتحقق معنى الاعانة
ونظيره بيع الخشب الذي يصلح لاتخاذ المزمار فانه لا يكره وان كره بيع
المزامير واما ما يكره مما يتصل بالبيوع فمنها الاحتكار وقد ذكرنا
جملة الكلام فيه في باب الكراهة والحاقه بهذا الموضع اولى ومنها
النجش وهو ان يمدح السلعة ويطلبها بثمن ثم لا يشتريه بنفسه ولكن
يسمع غيره فيزيد في ثمنه وانه مكروه لما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه نهى عن النجش ولانه احتيال للاضرار باخيه المسلم وهذا
اذا كان المشتري يطلب السلعة من صاحبها بمثل ثمنها فاما اذا كان يطلبها
باقل من ثمنها فنجش رجل سلعته حتى تبلغ الى ثمنها فهذا ليس بمكروه وان
كان الناجش لا يريد شراها والله اعلم بالصواب

فصل

واما حكم البيع
فلا يمكن الوقوف عليه الا بعد الوقوف على قسمة البياعات في حق الحكم
فنقول وبالله التوفيق البيع في حق الحكم لا يخلوا اما ان يكون صحيحا واما
ان يكون فاسدا واما ان يكون باطلا واما ان يكون موقوفا والصحيح لا
يخلوا ان يكون فيه خيار او لا خيار فيه اما البيع الصحيح الذي لا خيار فيه
فله احكام لكن لبعضها اصل وبعضها من التوابع ۝ اما الحكم الاصلي
فالكلام فيه في موضعين ۝ في بيان اصل الحكم ۝ وفي بيان صفته
اما الاول فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع وللبايع في الثمن الحال
فلا بد من معرفة المبيع والثمن لمعرفة حكم البيع والاحكام المتعلقة بهما
فيقع الكلام في موضعين ۝ احدهما في تفسير البيع والثمن ۝ والثاني
في بيان الاحكام المتعلقة بهما ۝ اما الاول فنقول ولا قوة الا بالله
المبيع والثمن على اصل اصحابنا رحمهم الله من الاسما المتباينة الواقعة

على معاني مختلفة فالمبيع في الاصل اسم لما يتعين بالتعيين في البيع والثمن
في الاصل ما لا يتعين بالتعيين وان احتمل تغير هذا الاصل بعارض بان يكون
مما لا يحتمل التعيين مبيعا كالمسلم فيه وما يحتمله ثمنا كراس مال السلم
اذا كان عينا على ما نذكره واما على اصل زفر وهو قول الشافعي فالمبيع والثمن
من الاسما المترادفة الواقعة على مسمى واحد وانما يتميز احدهما من الاخر
في الاحكام بحرف البا واذا عرف هذا فالدراهم والدنانير على اصل اصحابنا
لا تتعين في حق الاستحقاق وان عينت حتى لو بعت منك هذا الثوب
بهذه الدراهم او بهذه الدنانير كان للمشتري ان يمسك المشار اليه
ويرد مثله ولكنها تتعين في حق ضمان الجنس والنوع والصفة والقدر
حتى يجب عليه رد مثل المشار اليه جنسا ونوعا وقدرا وصفة ولو
هلك المشار اليه لا يبطل العقد وعلى اصلهما يتعين حتى يستحق البايع
على المشتري الدراهم المشار اليها كما في ساير الاعيان المشار اليها
ولو هلك قبل القبض يبطل العقد كما في ساير الاعيان وجه قولهما ان
المبيع والثمن يستعملان استعمالا واحدا قال الله تعالى ولا تشتروا باياتي
ثمنا قليلا سمى المشتري وهو المبيع ثمنا دل على ان الثمن مبيع والمبيع ثمن
ولهذا ان يذكر الشرا بمعنى البيع يقال شريت الشي بمعنى بعته وقال
الله تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه ولان ثمن الشي قيمته وقيمة الشي
ما يقوم مقامه لهذا سميت قيمة لقيامه مقام غيره والثمن والمثمن كل
واحد منهما يقوم مقام صاحبه فكان كل واحد منهما ثمنا ومبيعا دل انه
لا فرق بين الثمن وبين المبيع في اللغة والمبيع يحتمل التعين بالتعيين
فكذا الثمن اذ هو مبيع على ما بينا ولنا ان الثمن في اللغة اسم لما في الذمة
كذا نقل عن الفرا وهو امام في اللغة ولان احدهما يسمى ثمنا والاخر مبيعا
في عرف اللغة والشرع واختلاف الاسامي دليل اختلاف المعاني في
الاصل الا انه يستعمل على الاخر لوجود معنى المقابلة كما يسمى جزا السية
سية وجزا الاعتدا اعتدا فاما الحقيقة فما ذكرنا واذا كان الثمن اسما
لما في الذمة لم يكن محتملا للتعيين بالاشارة فلم يصح التعيين حقيقة
في حق استحقاق العين فيجعل كناية عن بيان الجنس المشار اليه ونوعه
وصفته وقدره تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان ولان التعيين
غير مفيد لان كل عوض يطلب من المعين من المعاوضات يمكن استيفاوه
من مثله فلم يكن التعيين في حق استحقاق العين مفيدا فيلغوا في حقه
ويعتبر في حق بيان الجنس والنوع والصفة والقدر لان التعيين في
حقه مفيد ثم الدراهم والدنانير عندنا اثمان على كل حال اي شي
كان في مقابلها وسوا دخل حرف البا فيهما او فيما يقابلهما لانها لا تتعين
بالتعيين بحال فكانت اثمانا على كل حال واما من سواهما من الاموال
وان كان مما لا مثل له من العدديات المتفاوتة والذرعيات فهو مبيع
على كل حال لانه يتعين بالتعيين بل لا يجوز بيعها الا عينا الا الثياب الموصوفة
المؤجلة سلما فانها تثبت دينا في الذمة بطريق السلم استحسانا بخلاف

الحاد القياس لحاجة الناس الي السلم فيها وكذا الموصوف الموجل فيها الا بطريق السلم
يثبت دينا في الذمة ثمنا استحسانا وان كان مما له مثل كالمكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة فان كان في مقابلة المكيل او الموزون دراهم او دنانير
فهو مبيع وان كان في مقابلته مالا مثل له من الاعيان التي ذكرنا فانه ينظر ان
كان المكيل او الموزون معينا فهو مبيع وان لم يكن معينا يحكم فيه حرف البا
فما دخله فهو ثمن والاخر مبيع وان كان احدهما معينا والاخر موصوفا او كان كل
واحد منهما موصوفا فانه يحكم فيه حرف البا فما صحبه فهو الثمن والاخر المبيع
واما الفلوس الرايجة فان قوبلت بخلاف جنسها متفاضلين في العدد فهي مبيعة
عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد هي اثمان على كل حال ۞ واما بيان ما
يتعلق بها من الاحكام ۞ فمنها انه لا يجوز التصرف في المبيع المنقول قبل القبض بالاجماع
وفي العقار اختلاف ويجوز التصرف في الاثمان قبل القبض الا الصرف والسلم
وقال الشافعي ان كان الثمن عينا لا يجوز التصرف فيها قبل القبض وهذا على
اصله مستقيم لان الثمن والمبيع عنده من الاسما المترادفة الواقعة على مسمى واحد
فكان كل واحد منهما مبيعا ولا يجوز بيع المبيع قبل القبض وان كان دينا فله فيه
قولان في قول لا يجوز ايضا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع ما
لم يقبض فيتناول الدين والعين ولنا ما روينا عن عبد الله بن عمر رضي الله
عنهما انه قال يا رسول الله انا نبيع الابل بالبقيع وناخذ مكان الدراهم دنانير
ومكان الدنانير دراهم فقال عليه السلام لا باس اذا بسعر يومهما وافترقتما
وليس بينكما نص وهذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع ولان قبض العين
بقبض نفس الدين لا يتصور لانه عبارة عن مال حكمي في الذمة او عبارة عن الفعل
وكل ذلك لا يتصور قبضه فتصير العين المقبوضة مضمونة على القابض وفي
ذمة المقبوض منه مثلها في المالية فيلتقيان قصاصا هذا هو طريق قبض الديون
وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين ان يكون المقبوض من جنس ما عليه او من خلاف
جنسه لان المقاصة انما تتحقق بالمعنى وهو المالية والاموال كلها في معنى المالية
جنس واحد وبه تبين ان المراد من الحديث العين لا الدين لان النهي عن بيع ما لم
يقبض يقتضي ان يكون المبيع شيا يحتمل القبض ونفس الدين لا يحتمل القبض على ما
بينا فلا يتناوله النهي بخلاف الصرف والسلم اما الصرف فلان كل واحد من بدلي الصرف
مبيع من وجه وثمن من وجه لان البيع لا بد له من مبيع اذ هو من الاسما الاضافية
وليس احدهما بجعله مبيعا اولى من الاخر فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثمنا
من وجه فمن حيث هو ثمن يجوز التصرف فيه قبل القبض كساير الاثمان ومن
حيث هو مبيع لا يجوز فترجح جانب الحرمة احتياطا واما المسلم فيه فلانه مبيع
بالنص والاستبدال بالمبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وراس المال الحق بالمبيع
العين في حق حرمة الاستبدال شرعا فمتى ادعى الالحاق في ساير الاموال فعليه
الدليل وكذا يجوز التصرف في القرض قبل القبض وذكر الطحاوي انه لا يجوز
وفرق بين القرض وساير الديون ووجه الفرق له ان الاقراض اعارة لا مبادلة
الا ترى انه لا يلزم الاجل فيه كما في العارية ولو كان مبادلة للزم فيه الاجل وكذا
لا يملكه الاب والوصي والمكاتب والماذون وهو لا يملكون المبادلة ولانه لو جعل

مبادلة لما جاز لانه يتمكن فيه الربوا وهو فضل العين على الدين دل انه اعارة والواجب
في العارية رد العين وانه لا يحصل بالاستبدال وجه ظاهر الرواية ان الاقراض في الحقيقة
مبادلة الشي بمثله فان الواجب على المستقرض مثل ما استقرض دينا في ذمته لا عينه
فكان محتملا للاستبدال كساير الديون ولهذا اختص جوازه بما له مثل من المكيلات
والموزونات والعدديات المتقاربة دل ان الواجب على المستقرض تسليم ما استقرض
لا تسليم عينه الا انه اقيم تسليم المثل فيه مقام تسليم العين كانه انتفع بالعين مدة
ثم ردها اليه فاشبه دين الاستهلاك وغيره والله اعلم ۞ ومنها انه لا يجوز بيع
ما ليس عند البايع الا السلم لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع
ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ويجوز الشرا بثمن ليس عند المشتري لما
انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما بثمن ليس عنده ورهنه درعه وعلى
هذا يخرج ما اذا قال اشتريت منك هذه الحنطة بدرهم او دينار الى شهر او قال
اشتريت منك درهما او دينارا الى شهر بهذه الحنطة انه يجوز لما ذكرنا ان الدراهم
والدنانير اثمان على كل حال فكان ما يقابلها مبيعا فيكون مشتريا بثمن ليس عنده
وانه جايز ولو قال بعت قفيز حنطة بهذه الدراهم او بهذا الدينار ووصف الحنطة
لكنه لم يذكر شرايط السلم لا يجوز لان الدراهم والدنانير اثمان باي شي قوبلت
فكان ما في مقابلتها مبيعا فيكون بايعا ما ليس عنده ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان
الا السلم خاصة ولم يذكر شرايط السلم فلو ذكر في هذا البيع شرايط السلم جاز
عند اصحابنا الثلثة وان لم يذكر لفظة السلم وعند زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظة السلم
والصحيح قولنا لما ذكرنا ان السلم نوع بيع الا انه اختص بشرايط فاذا اتى بها
فقد اتى بالسلم وان لم يتلفظ به ولو تصارفا دينارا بدينار او عشرة دراهم
بعشرة دراهم او دينارا بعشرة بغير اعيانها وليس عندهما شي من ذلك فاستقرضا
في المجلس ثم تقابضا وافترقا جاز لان الدراهم والدنانير اثمان على كل حال فكان كل واحد
منهما مشتريا بثمن ليس عنده لا بايعا وانه جايز الا انه لا بد من التقابض لانه صرف ولو
تبايعا تبرا بتبر بغير اعيانهما وليس عندهما شي من ذلك ثم استقرضا قبل الافتراق
فتقابضا ثم افترقا ففيه روايتان جعل في الصرف انه يجوز وجعله بمنزلة
الدراهم والدنانير المضروبة وذكر في المضاربة وجعله بمنزلة العروض حيث قال
لا تجوز المضاربة فعلى هذه الرواية لا يجوز البيع ويحتمل ان يوفق بين الروايتين
بان تحمل رواية كتاب الصرف على موضع يروج التبر فيه رواج الدراهم والدنانير
المضروبة ورواية كتاب المضاربة على موضع لا يروج رواجها وعلى هذا يخرج
ما اذا قال بعت منك هذا العبد بكذا كذا حنطة ووصفها انه يجوز لانه
جعل الحنطة الموصوفة ثمنا حيث ادخل فيها حرف البا فيكون الاخر مبيعا فكان
بيع العبد بحنطة موصوفة في الذمة فيجوز ولو قال اشتريت منك كذا كذا
حنطة ووصفها بهذا العبد لا يجوز الا بطريق السلم لانه جعل العبد ثمنا بادخاله
حرف البا فكانت الحنطة مبيعة فكان بايعا ما ليس عنده فلا يجوز الا بشرايط
السلم من الاجل وبيان مكان الايفا وقبض راس المال ونحو ذلك عندنا وعند
زفر لا يجوز ما لم يذكر لفظ السلم على ما مر وعلى هذا يخرج ما اذا قال بعت منك
هذه الحنطة على انها قفيز بقفيز حنطة ووصفها او قال منك هذه الحنطة على انها

قفيز لا يجوز وان احضر الموصوف في المجلس لانه جعل الموصوف منهما مبيعا والاخر
ثمنا بقرينة حرف البا فيكون بايعا ما ليس عنده وبيع ما ليس عند الانسان
لا يكون الا بطريق السلم ولا سبيل الي تجويزه سلما لان اسلام المكيل في المكيل لا
يجوز ولو تبايعا مكيلا موصوفا بكيل موصوف او موزونا موصوفا بموزون موصوف
مما يتعين بالتعيين بان قال بعت منك قفيز حنطة ووصفها بقفيز حنطة
ووصفها او بقفيزي شعير ووصفهما او قال بعت منك منّ سكر ووصفه
بمنّ سكر ووصفه وليس عنده مما شي من ذلك ثم استقرضا وتقابضا
ثم افترقا لا يجوز البيع لان الذي صحبه منهما حرف البا يكون ثمنا والاخر مبيعا
فيكون بايعا ما ليس عنده فلا يجوز الا سلما والسلم في مثله لا يجوز لانه اسلام
المكيل في المكيل واسلام الموزون الذي يتعين في الموزون الذي يتعين وكل
ذلك لا يجوز والله اعلم وعلي هذا يخرج الشرا بالدين ممن عليه الدين شيا بعينه
او بغير عينه قبضه او لم يقبضه وجملة الكلام فيه لا يخلوا من ان يكون
دراهم او دنانير او فلوسا او مكيلا او موزونا او قيمة المستهلك فان كان دراهم
او دنانير فاشتري به شيا بعينه جاز الشرا وقبض المشترا ليس بشرط لانه
افترقا عن عين بدين وانه جايز فيما لا يتضمن ربوا النسا ولا يتضمن ههنا
وكذلك ان كان الدين مكيلا او موزونا او قيمة المستهلك لما قلنا ولو اشتري
بدينه وهو دراهم شيا بغير عينه بان اشتري بها دينارا او فلوسا او هو فلوس
فاشتري بها دراهم او دنانير جاز الشرا لكن بشرط قبض المشترا في المجلس
حتي لا يحصل الافتراق عن دين بدين لان المشترا لا يتعين الا بالقبض ولو
دينه دراهم او دنانير او فلوسا فاشتري بها مكيلا موصوفا او موزونا موصوفا
او ثيابا موصوفة موجلة لم يجز الشرا لان الدراهم والدنانير اثمان علي كل حال
وكذا الفلوس عند المقابلة بخلاف جنسها فلم تكن مبيعة فكان الاخر مبيعا
فيكون بايعا ما ليس عند الانسان ولا يجوز بيع ما ليس عند الانسان الا بطريق
السلم ولا سبيل الي تجويزه بطريق السلم لان راس المال دين بخلاف الفصل
الاول لان كل واحد منهما ثمنا فكان مشتريا بثمن ليس عنده وانه جايز لكن
لا بد من التسليم كيلا يحصل الافتراق عن دين بدين وان كان الدين مكيلا او
موزونا فباعه بدراهم او بدنانير او بفلوس او اشتري هذه الاشيا بدينه
جاز لان الدراهم والدنانير اثمان علي كل حال وكذلك الفلوس عند مقابلتها
بخلاف جنسها فكان من عليه الدين مشتريا بثمن ليس عنده وذلك جايز
لكن يشترط القبض في المجلس لئلا يودي الي الافتراق عن دين بدين ولو
اشتري بالدين الذي مكيل او موزون مكيلا او موزونا من خلاف جنسه ينظر
ان جعل الدين منهما مبيعا والاخر ثمنا بان ادخل فيه حرف البا وان كان بغير
عينه جاز لانه يكون مشتريا بثمن ليس عنده الا ان القبض في المجلس شرط
فلا يكون افتراقا عن دين بدين وان جعل الدين منهما ثمنا بان ادخل فيه
حرف البا والاخر مبيعا لم يجز الشرا وان احضر في المجلس لانه بايع ما ليس
عنده وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز الا بطريق السلم واذا كان راس
المال دينا لا يجوز السلم وان كان المستهلك فان كان المستهلك مما له مثل

كان صح

فهذا

فهذا والاول سوا لان الواجب باستهلاكه مثله فاذا اشتري به شيا من خلاف
جنسه فحكمه ما ذكرنا وان كان مما لا مثل له فاشتري به شيا بعينه جاز وقبض
المشترا ليس بشرط لان الواجب باستهلاكه القيمة والقيمة دراهم او دنانير
فصار مشتريا بدين الدراهم والدنانير شيا بعينه فيجوز ولا يشترط قبض
المشترا لانه يحصل الافتراق عن عين بدين ولا باس به فيما لا يتضمن ربوا النسا
ولو اشتري به شيا بغير عينه من المكيل او الموزون ينظر ان جعل ما عليه مبيعا
وهذا ثمنا بان ادخل عليه حرف البا يجوز الشرا لانه اشتري بثمن ليس عنده
فيجوز لكن لا بد من القبض في القبض وان جعل ما عليه ثمنا بان صحبه حرف البا
لا يجوز وان احضر في المجلس لانه باع ما ليس عنده فلا يجوز الا بطريق السلم
ولا سبيل اليه لان راس ماله دين ولو دفع الصلح عن المستهلك علي الدراهم
او الدنانير او قضي به القاضي جاز ولا يكون القبض شرطا لان هذا ليس الشرا
بالدين بل هو نفس حقه ولو صالح علي دراهم او دنانير اكثر من قيمة المستهلك
جاز الصلح عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز بقدر القيمة
والفضل علي القيمة باطل وهي من مسايل الغصب نذكرها ان شا الله تعالي
ولو تبايعا عينا بفلوس باعيانها بان قال بعت منك مثل هذا الثوب او هذه
الحنطة بهذه الفلوس جاز ولا تتعين وان عينت بالاشارة اليها حتي
كان للمشتري ان يمسكها ويرد مثلها ولو هلكت قبل القبض لا يبطل البيع
لانها وان لم تكن في الوضع ثمنا باصلاح الناس ومن شان الثمن ان لا
يتعين بالتعيين وكذا اذا تبايعا درهما بعينه او دينارا بعينه بفلوس
باعيانها فلانها لا تتعين ايضا كما لا يتعين الدراهم والدنانير لما قلنا
الا ان القبض في المجلس ههنا شرط بقا العقد علي الصحة حتي لو افترقا
من غير تقابض اصلا يبطل العقد لحصول الافتراق عن دين بدين ولو لم يوجد
القبض الا من احد الجانبين دون الاخر فافترقا عن عين بدين سوا انه جايز
فامضي العقد علي الصحة لان المقبوض صار عينا بالقبض فكان افترقا عن عين
بدين وانه جايز اذا لم يتضمن ربوا النسا ولم يتضمن ههنا لانعدام القدر
المتفق والجنس وكذا اذا تبايعا فلسا بعينه بفلس بعينه فالفلسان لا
يتعينان وان عينا الا ان القبض في المجلس شرط حتي يبطل بترك القابض
في المجلس لكونه افترقا عن دين بدين ولو قبض احد البدلين في المجلس فافترقا
قبل قبض الاخر ذكر الكرخي انه لا يبطل العقد لان اشتراط القبض من الجانبين
من خصايص الصرف وهذا ليس بصرف فيكتفي فيه بالقبض من احد الجانبين
لان به يخرج عن كونه افتراقا عن دين بدين وذكر في بعض شروح الطحاوي
انه يبطل لا لكونه صرفا بل لتمكن ربوا النسا فيه لوجود احد وصفي علة
ربوا الفضل وهو الجنس وهو الصحيح ولو تبايعا فلوسا بدراهم علي ان كل واحد
منهما بالخيار وتقابضا وافترقا بطل البيع لان الخيار يمنع انعقاد العقد
في حق الحكم فيمنع صحة التقابض فيحصل الافتراق لا قبض اصلا فيبطل
البيع ولو كان الخيار لاحدهما فكذلك عند ابي حنيفة وعندهما يجوز
علي ان شرط الخيار يعمل في الجانبين جميعا عنده وينعدم القبض من الجانبين

ن
عينا

مختصر صح

وعنده مما لا يحتمل الا من جانب واحد فينعدم القبض من احد الجانبين وهذا لا يمنع
جواز العقد والاصل المحفوظ ان العقود في حق القبض على مراتب منها ما يشترط
فيه التقابض وهو القبض من الجانبين وهو الصرف ومنها ما لا يشترط فيه
القبض اصلا كبيع العين بالعين مما سوى الذهب والفضة وبيع العين
بالدين مما لا يتضمن ربوا النسا كبيع الحنطة بالدراهم ونحوها ومنها ما يشترط
فيه القبض من احد الجانبين وهذا لا يمنع جواز العقد والاصل المحفوظ ان
العقود كبيع الدراهم بالفلوس وبيع العين بالدين مما يتضمن ربوا النسا
كبيع المكيل بالمكيل والموزون بالموزون اذا كان الدين منهما ثمنا وبيع
الدين بالعين وهو السلم ولو تبايعا فلسا بعينه بفلسين باعيانهما جاز
عند ابي حنيفة وابي يوسف ويتعين كل واحد منهما حتى اذا هلك احدهما
قبل القبض بطل العقد وكذا اذا رد بالعيب واستحق ولو اراد احدهما ان
يدفع مثله ليس له ذلك وعند محمد لا يتعين ولا يجوز البيع وقد ذكرنا
المسئلة مع دلايلها فيما تقدم ولو تبايعا فلسا بغير عينه بفلسين بغير
اعيانهما او عين احدهما ولم يعين الاخر لا يجوز في الرواية المشهورة
عنهم وروي عن ابي يوسف انه يجوز والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الفلس
في هذه الحالة لا يخلوا من ان يكون من العروض او من الاثمان فان كان من
العروض فالتعيين في العروض شرط الجواز ولم يوجد وان كان من الاثمان
فالمساواة فيها شرط الجواز ولم يوجد ولان تجويز هذا البيع يودي الى
ربح ما لم يضمن لان مشتري الفلسين يقبضهما وينقد احدهما ويبقى له
الاخر من غير ضمان فيكون ربح ما لم يضمن وانه منهي ولو تبايعا فلسا بفلسين
وشرطا الخيار ينبغي ان يجوز على قولهما لان الفلوس في هذه الحالة كالعروض
وعنده مما لا يشترط فلم يكن الخيار مانعا والله اعلم ولو اشترى شيا بفلوس
كاسدة في موضع لا ينفق فيه فان كانت باعيانها جاز وان لم تكن معينة
لم يجز لانها في ذلك الموضع عروض والتعيين شرط الجواز في بيع العروض
والله اعلم ومنها ان للبايع حق حبس المبيع حتى يقبض الثمن اذا كان الثمن حالا
وليس للمشتري ان يمتنع من تسليم الثمن الى البايع حتى يقبض المبيع اذا
كان المبيع حاضرا لان البيع عقد معاوضة والمساواة في المعاوضات
مطلوبة المتعاوضين عادة وحق المشتري في البيع قد تعين في التعيين
بالعقد وحق البايع في الثمن لم يتعين بالعقد لان الثمن في الذمة فلا يتعين
بالتعيين الا بالقبض فيسلم الثمن اولا ليتعين فيتحقق المساواة وان كان المبيع غايبا
عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن التسليم حتى يحضر المبيع لان تقديم
تسليم الثمن لتحقيق المساواة واذا كان المبيع غايبا لا يتحقق المساواة بالتقديم
بل يتقدم حق البايع ويتاخر حق المشتري حيث يكون الثمن بالقبض عينا
مشارا اليه والمبيع لا ولان من الجايز ان المبيع قد سقط وهلك فالثمن عن
المشتري فلا يومر بالتسليم الا بعد احضار المبيع سوا كان المبيع في ذلك
المصر او في موضع اخر بحيث تلحقه المونة بالاحضار وفرق بين هذا وبين
الرهن فان الراهن اذا امتنع من قضا الدين لاحضار ينظر في ذلك ان كان

الرهن

الرهن في ذلك المصر بحيث لا يلحق المرتهن مونة في الاحضار يومر باحضاره اولا
كما في المبيع لجواز ان الرهن قد هلك وسقط الدين عن المرتهن بقدره وان كان
في موضع تلحقه المونة في الاحضار لا يومر المرتهن بالاحضار اولا بل يومر
الراهن بقضا الدين اولا ان كان مقرا ان الرهن قايم ليس بهالك وان ادعى
انه هالك وقال المرتهن انه قايم فالقول قول المرتهن مع يمينه فاذا حلف
يومر بقضا الدين وجه الفرق بينهما ان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضة
على المساواة ولا تتحقق المساواة الا بالاحضار على ما مر بخلاف الرهن فانه
ليس عقد معاوضة بل عقد امانة بمنزلة عقد الوديعة كان المرهون
امانة في يد المرتهن الا انه اذا هلك يسقط الدين عن الراهن لا لكونه
مضمونا بل لمعنى اخر على ما عرف واذا لم يكن معاوضة لم يكن الدين عوضا عن
الرهن فلا يلزم تحقيق المساواة بينهما باحضار الرهن اذا كان بحيث تلحقه
المونة بالاحضار ولو تبايعا عينا بعين سلما معا لما ذكرنا ان المساواة في عقد
المعاوضة مطلوبة المتعاوضين عادة وتحقيق المساواة هاهنا في التسليم معا
ولان تسليم المبيع مستحق وليس احدهما بتقديم التسليم اولى من الاخر لان كل
واحد منهما مبيع فيسلمان معا وكذلك لو تبايعا دينا بدين سلما معا تحقيقا
للمساواة التي هي مقتضى المعاوضات المطلقة ولاستوا كل واحد منهما في استحقاق
التسليم بخلاف ما اذا تبايعا عينا بدين لان الدين لا يصير عينا الا بالقبض فلا
تتحقق المساواة الا بتسليمه اولا على ما بينا والله اعلم ومنها ان هلاك المبيع
قبل القبض يوجب انفساخ البيع وجملة الكلام فيه ان المبيع اما ان يكون
اصلا واما ان يكون تبعا وهو الزوايد المتولدة من المبيع فان كان اصلا فلا
يخلوا اما ان هلك بافة سماوية واما ان هلك بفعل البايع او بفعل المشتري
او بفعل اجنبي فان هلك كله قبل القبض بافة سماوية انفسخ البيع لانه لو
بقي اوجب مطالبة المشتري بالثمن واذا طالبه بالثمن فهو يطالبه بتسليم
المبيع وانه عاجز عن التسليم فتمتنع المطالبة اصلا فلم يكن في بقا البيع فايدة
فينفسخ واذا انفسخ البيع سقط الثمن عن المشتري لان انفساخ البيع ارتفاعه
من الاصل كان لم يكن وكذا اذا هلك بفعل البايع يبطل البيع ويسقط الثمن عن
المشتري وقال الشافعي لا يبطل وعلى البايع ضمان القيمة او المثل وجه قوله انه
اتلف مالا مملوكا للغير بغير اذنه فيجب عليه ضمان مثله المثل والقيمة
كما لو اتلفه بعد القبض ولا فرق سوى ان المبيع قبل القبض في يده وهذا
لا يمنع وجوب الضمان كالمرتهن اذا اتلف المرهون في يده ولنا ان المبيع
في يد البايع مضمون باحد الضمانين وهو الثمن الا ترى لو هلك في يده سقط
الثمن عن المشتري فلا يكون مضمونا بضمان اخر اذ المحل الواحد لا يقابل
الضمانين بخلاف الرهن فان المضمون بالرهن على المرتهن معنى المرهون لا
عينه بل عينه امانة حتى كان كفنه ونفقته على الراهن والمضمون بالاتلاف
عينه فايجاب ضمان القيمة لا يودي الى كون المحل الواحد مضمونا ضمانين
لاختلاف محل الضمان بخلاف البيع وسوا كان البيع باتا او بشرط الخيار لان
المبيع في يد البايع مضمون بالثمن في الحالين فيمتنع كونه مضمونا بضمان اخر

خيار صح

وان هلك بفعل المشتري لا ينفسخ البيع وعليه الثمن لانه بالاتلاف صار قابضا
كل المبيع لانه لا يمكنه اتلافه الا بعد اثبات يده عليه وهو معنى القبض فيتقرر
عليه عليه الثمن وسوا كان البيع باتا او بشرط الخيار للمشتري لان المشتري
لا يمنع زوال المبيع عن ملك البايع بلا خلاف فلا يمنع صحة القبض فلا يمنع
تقرر الثمن وان كان البيع بشرط الخيار للبايع او كان البيع فاسدا فعليه
ضمان مثله ان كان مما له مثل وان كان مما له مثل فعليه قيمته لان خيار
البايع يمنع زوال السلعة عن ملكه بلا خلاف فكان المبيع على حكم ملك
البايع وملكه مضمون بالمثل او القيمة وكذا المبيع فاسدا مضمون بالمثل
او القيمة وان هلك بفعل اجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه لانه اتلف مالا مملوكا
لغيره بغير اذنه ولا يد له عليه فيكون مضمونا عليه بالمثل او القيمة والمشتري
بالخيار ان شا فسخ البيع فيعود المبيع الى ملك البايع فيتبع الجاني فيضمنه
مثله ان كان من ذوات الامثال وقيمته ان لم يكن من ذوات الامثال
وان شا اختار البيع فاتبع الجاني بالضمان واتبعه البايع بالثمن لان المبيع
قد تعين في ضمان البايع لانه كان عينا فصار قيمة وتعين المبيع في ضمان البايع
لانه كان عينا فصار قيمة وتعين المبيع في ضمان البايع يوجب الخيار
ثم ان اختار الفسخ وفسخ واتبع الجاني البايع بالضمان وضمنه ينظر ان كان
الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن لا يطيب له الفضل لان الفضل
ربح ما لم يملك لزوال المبيع عن ملكه بنفس البيع وربح ما لم يضمن لا يطيب
لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن ربح ما لم يضمن ولما فيه من شبهة الربوا
فربح ما لم يملك اولى وان كان الضمان من خلاف جنس الثمن طاب الفضل لان
الربوا لا يتحقق عند اختلاف الجنس وان اختار البيع واتبع الجاني بالضمان
وضمنه فان كان الضمان من جنس الثمن لا يطيب له الفضل لانه ربح ما لم
يضمن في حقه لا ربح ما لم يملك لان المبيع ملكه وان كان من خلاف جنسه
طاب له الفضل لان الربوا لا يتحقق عند اختلاف الجنس لما قلنا ولو كان المشتري
عبدا فقتله اجنبي قبل القبض فان كان القتل خطا لا ينفسخ البيع وللمشتري
خيار الفسخ والبيع لما قلنا الا ان هاهنا ان اختار الفسخ وفسخ اتبع البايع عاقلة
القاتل فاخذ قيمته في ثلاث سنين وان اختار البيع اتبع العاقلة بقيمته
في ثلاث سنين ولو كان القتل عمدا اختلفوا فيه على ثلاثة اقوال
قال ابو حنيفة رحمه الله ان المشتري بالخيار ان شا فسخ البيع وللبايع ان
يقتص القاتل بعبده وان اختار البيع وله ان يقتص القاتل بعبده وعليه
جميع الثمن وقال ابو يوسف المشتري بالخيار ان شا فسخ البيع ويعود
المبيع الى ملك البايع وليس للبايع ان يقتص ولكنه ياخذ من مال القاتل
القيمة في ثلاث سنين وان شا اختار البيع وللمشتري ان يقتص
وعليه جميع الثمن وقال محمد لا قصاص على القاتل بحال والمشتري بالخيار
ان شا فسخ البيع والبايع ياخذ القيمة من القاتل في ثلاث سنين وان شا
اختار البيع واتبع القاتل بالقيمة في ثلاث سنين وجه قول محمد ان العبد
لم يكن على ملك البايع وقت القتل بل كان على ملك المشتري فلم ينعقد السبب

موجب

موجبا للقصاص للبايع وملك المشتري لم يكن مستقرا بل كان محتملا للعود الى
ملك البايع بالفسخ فلا يثبت ولاية الاقتصاص لاحدهما وجه قول ابي يوسف
انه لا سبيل الى اثبات ولاية الاقتصاص للبايع لما قاله محمد وهو ان القتل
صادف محلا ليس بمملوك للبايع عند القتل فاما الملك فثابت للمشتري وقت
القتل وقد لزم تقرر باختيار البيع فيثبت له ولاية الاستيفا ولابي حنيفة
رحمه الله انه امكن القول بثبوت ولاية الاستيفا لهما على اعتبار اختيار البيع
وعلى اعتبار اختيار الفسخ اما على اعتبار اختيار البيع فلما قاله ابو يوسف واما
على اختيار الفسخ فلان الفسخ رفعه من الاصل وجعله كان لم يكن فتبين ان الجناية
وردت على ملك البايع فيثبت له ولاية الاقتصاص هذا اذا هلك المبيع كله
قبل القبض فاما اذا هلك كله بعد القبض فان هلك بافة سماوية او بفعل
المبيع او بفعل المشتري لا ينفسخ البيع والهلاك على المشتري وعليه الثمن
لان البيع تقرر بقبض المبيع فيتقرر الثمن وكذلك ان هلك بفعل اجنبي
لما قلنا ويرجع المشتري على الاجنبي بضمانه ويطيب له الفضل لان هذا الفضل
ربح ما قد ضمن وان هلك بفعل البايع ان كان المشتري قبضه باذن البايع او
بغير اذنه لكن الثمن منقود او موجل فاستهلاكه واستهلاكه الاجنبي سواء
وان كان قبضه بغير اذن البايع صار مستردا للمبيع بالاستهلاك فحصل الاستهلاك
في ضمانه فيوجب بطلان البيع وسقوط الثمن كما لو استهلك وهو في يده والله
اعلم هذا اذا هلك كل المبيع قبل القبض او بعده فاما اذا هلك بعضه فان
كان قبل القبض وهلك بافة سماوية ينظر ان كان النقصان نقصان قدر
بان كان مكيلا او موزونا او معدودا ينفسخ العقد بقدر الهالك ويسقط حصته
من الثمن لان كل قدر من المقدرات معقود عليه فيقابله شي من الثمن وهلاك
كل المعقود عليه يوجب انفساخ البيع في الكل فيسقط كل الثمن فهلاك بعضه
يوجب انفساخ البيع في قدره وسقوط الثمن بقدره والمشتري بالخيار
في الباقي ان شا اخذه بحصته من الثمن وان شا ترك لان الصفقة قد تفرقت
عليه وان كان النقصان نقصان وصف وهو كل ما يدخل في البيع من غير تسمية
كالشجر والبنا في الارض واطراف الحيوان والجودة في المكيل والموزون لا ينفسخ
البيع اصلا ولا يسقط عن المشتري شي من الثمن لان الاوصاف لا حصة لها
من الثمن الا اذا ورد عليها القبض او الجناية لانها تصير مقبوضة
بالقبض والجناية والمشتري بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان
شا ترك لتعيب المبيع قبل القبض وان هلك بفعل المبيع بان جرح نفسه
لا ينفسخ البيع ولا يسقط عن المشتري شي من الثمن لان جنايته على نفسه
هدر فصار كما لو هلك بعضه بافة سماوية وهلاك بعضه نقصان الوصف
والاوصاف لا تقابل بالثمن فلا يسقط شي من الثمن ولكن المشتري بالخيار
ان شا بجميع الثمن وان شا ترك لتغير المبيع ولو كان المشترا حيوانين
سوى بني ادم فقتل احدهما صاحبه قبل القبض يسقط حصته من الثمن
والمشتري بالخيار ان شا اخذ الباقي بحصته من الثمن وان شا ترك
لان فعل العجماء جبار فصار كانه اشترى حيوانين ثم مات احدهما قبل

القبض حتف انفه ولو كان المبيع اعبدين فقتل احدهما صاحبه قبل
القبض او كان جارية فولدت قبل القبض فكبر الولد فقتل احدهما صاحبه
قبل القبض فالمشتري بالخيار ان شا فسخ البيع في الباقي وبطلت الجناية
لان الفسخ اعادة الي ملك البايع فيتبين ان القتل حصل في ملك البايع
فبطل وان شا اخذ القاتل منهما بجميع الثمن ولا يسقط عن المشتري شي
من الثمن لانه لو اخذ بحصته من الثمن لصار اخذا بجميع الثمن في الانتها
فيخير في الابتدا قصرا للمسافة ان شا اخذ الحي منهما بجميع الثمن وان شا
ترك بيان ذلك انه لو اخذ القاتل منهما بحصته من الثمن لا يفسخ البيع
في المقتول وانفساخ ارتفاعه من الاصل وعوده الي ملك البايع فيتبين
ان عبد المشتري قتل عبد البايع فيخاطب بالدفع او الفدا وايهما
فعل قام مقام المقتول فيحيي المقتول معني فاخذه ببقية الثمن
فصار في اخذ الباقي منهما بحصته من الثمن في الحال اخذ بجميع الثمن
في المال فخيرناه في الابتدا للاخذ بجميع الثمن والفسخ لهذا فان هلك بفعل البايع
يبطل البيع بقدره ويسقط عن المشتري حصة الهالك من الثمن وهو
قدر النقصان اعتبارا للبعض بالكل سوا كان النقصان نقصان قيمة
او نقصان وصف لان الاوصاف لها حصة من الثمن عند ورود الجنا
عليها لانها تصير اصلا بالفعل فتقابل بالثمن والمشتري بالخيار في الباقي
ان شا اخذه بحصته من الثمن وان شا ترك لتفرق الصفقة عليه
ولو اختار المشتري الاخذ فلم يقبضه حتي مات من تلك الجناية او
من غيرها مات علي البايع وسقط الثمن عن المشتري لان المبيع انما يدخل
في ضمان المشتري بالقبض ولم يوجد فان قبضه المشتري فمات من
جناية البايع او غيرها سقطت عن المشتري حصة جناية البايع ولزمه
ما بقي من الثمن اما اذا مات من الجناية فلان قبض الباقي وجد من المشتري
فيقرر قبضه فيقرر عليه ثمنه وكذا اذا مات من جناية البايع لان المشتري
قبض الباقي حقيقة وقبض المبيع يوجب تقرر الثمن في الاصل الا اذا وجد
من البايع ما ينقضه فيصير مستردا والسراية ليست فعله حقيقة وانما
هي صنع الله تعالي يعني مصنوعه فبقي المقبوض علي حكم قبض المشتري فيقرر
عليه ثمنه ولان قبض المشتري بمنزلة انشا العقد فيه لان للقبض شبها
بالعقد وانشا الشرا قاطع للسراية كما لو اشتراه منه بعد جنايته وقبضه
ثم سرت الي النفس ومات فكذا القبض والله اعلم وان هلك بفعل المشتري
لا يبطل البيع ولا يسقط عنه شي من الثمن لانه صار قابضا للكل باتلاف
البعض اذ لا يتمكن من اتلاف البعض الا باثبات اليد علي الكل وهو تفسير
القبض او صار قابضا قدر المتلف بالاتلاف والباقي بالتعييب فيقرر عليه
كل الثمن ولو مات في يد البايع بعد جناية المشتري ينظر ان مات من
تلك الجناية مات علي المشتري وعليه الثمن لانه لما مات من جنايته تبين
ان فعله السابق وقع اتلافا للكل فيقرر عليه كل الثمن سوا منعه البايع بعد
جناية المشتري او لم يمنعه لان منع البايع بعد وجود الاتلاف من المشتري

بعد وان مات من غير الجناية فان كان البايع لم يمنعه مات من مال المشتري ايضا
وعليه كل الثمن لما ذكرنا انه بالجناية صار قابضا لكل المبيع ولم يوجد ما ينقض قبضه
فبقي حكم ذلك القبض وان كان منعه لزم المشتري حصة ما استهلك وسقط عنه
ثمن ما بقي لان البايع لما منع فقد نقض قبض المشتري في قدر القايم وصار
مستردا اياه فاذا هلك فقد هلك في ضمانه فيهلك عليه ولو جني عليه البايع
ثم جني عليه المشتري سقطت عن المشتري حصة جناية البايع لما قلنا
ولزمه ثمن ما بقي لانه صار قابضا للباقي بجنايته فتقرر عليه ثمنه لان جنايته
دليل الرضا بتعييب البايع فان ابتدا المشتري بالجناية ثم جني البايع قبل
قبض الثمن فان برا من الجناية فالمشتري بالخيار ان شا اخذه وسقطت عنه
حصة جناية البايع من الثمن وان شا ترك لان المشتري وان صار قابضا
بالجناية لكن الجناية فيه قبض بغير اذن البايع والثمن غير منقود فلما
جني عليه البايع فقد استرد ذلك القدر فحصلت جنايته تعييبا
للمبيع وحدوث العيب في المبيع قبل القبض يوجب الخيار فان شا فسخ
وان شا ترك وعليه ثلاثة ارباع الثمن وسقطت عنه جناية البايع
من الثمن وهو الربع لان النصف هلك بجناية المشتري فيقرر عليه
ثمنه وربع منه قايم فياخذه بثمنه ايضا والربع هلك بجناية البايع
قبل القبض فسقط عنه ثمنه وان مات العبد في يد البايع بعد الجنايتين
بان كان المشتري قطع يده ثم قطع البايع رجله من خلاف ثم مات في يد
البايع من الجنايتين فعلي المشتري خمسة اثمان الثمن وسقط عنه ثلثة
اثمان الثمن لان المشتري لما قطع يده فقد تقرر عليه نصف الثمن لانه
صار قابضا بالقطع ولما قطع البايع رجله فقد استرد نصف القايم من
العبد وهو الربع فبقي هناك ربع قايم من العبد فاذا سرت الجناية
فقد هلك ذلك الربع من سراية الجنايتين فيقسم ذلك الربع بينهما
نصفين فانكسر الحساب بالارباع فيجعل كل سهم اربعة فيصير ثمانية
فلذلك جعلنا الحساب من ثمانية فهلك بجناية المشتري النصف
وهو اربعة وبسراية جنايته سهم فيقرر عليه ثمنه فذلك خمسة اثمان
الثمن وهلك بجناية البايع سهمان وبسراية جنايته سهم فذلك ثلاثة
اثمان الثمن يسقط عنه لان هلاك ذلك القدر يسقط عنه والله اعلم
هذا اذا جني المشتري اولا ثم جني البايع فبرات الجراحة او سرت
فاما اذا جني البايع اولا ثم المشتري فان برا العبد فلا خيار للمشتري
هاهنا لما ذكرنا ان اقدامه علي الجناية بعد جناية البايع دليل الرضي
بتعييبه فبطل خياره ويلزمه ثمن ما بقي لانه صار قابضا لما بقي وان مات
العبد من الجنايتين فالجواب هاهنا علي القلب من الجواب في المسلة المتقدمة
وهو ان علي المشتري ثلاثة اثمان وسقط عنه خمسة اثمان المشتري
الثمن فحكم جناية المشتري هاهنا كحكم جناية البايع هناك لما ذكرنا ولو
كان الثمن مقبوضا والعبد في يد البايع فجني عليه البايع يسقط عن المشتري
حصته من الثمن ايضا لما ذكرنا فان كان المشتري جني اولا ثم جني البايع

يلزم البايع من القيمة ما يلزم الاجنبي لان المشتري صار قابضا بالجناية ولا يملك
البايع نقض القبض والاسترداد ههنا لان الثمن مقبوض فصارت جنايته
وجناية الاجنبي سوا ولو كان البايع جني اولا ثم جني المشتري ثم هلك بجناية
البايع يسقط حصته من الثمن وما هلك بسراية جنايته والله اعلم ۞ وان هلك
بفعل اجنبي فعليه ضمانه لا شك فيه والمشتري بالخيار ان شا فسخ البيع واتبع
البايع الجاني بضمان ما جني وان شا اختار البيع واتبع الجاني بالضمان وعليه
جميع الثمن وايهما اختار فالحكم فيه ذلك ذلك على ما ذكرنا في اتلاف الاجنبي كل
المبيع والله اعلم هذا اذا هلك المبيع قبل القبض فاما اذا هلك بعضه بعد
القبض فان هلك بافة سماوية او بفعل المشتري فالهلاك على المشتري فان
لان المبيع خرج عن ضمان البايع بقبض المشتري فيتقرر عليه الثمن وكذا اذا
هلك بفعل اجنبي فالهلاك على المشتري لما قلنا ويرجع بالضمان على الاجنبي
لا شك فيه وان هلك بفعل البايع ينظر ان لم يكن له حق الاسترداد للحبس
لاستيفا الثمن فان كان المشتري قبضه باذنه او كان الثمن منقودا او موجلا
فهذا وما لو اتلف اجنبي سوا وقد ذكرنا حكمه وان كان له حق الاسترداد
بان كان قبضه بغير اذنه والثمن حال غير منقود ينفسخ البيع في قدر المتلف
وسقط عن المشتري حصته من الثمن لانه صار مستردا لذلك القدر بالاتلاف
فتلف ذلك القدر في ضمانه فيسقط قدره من الثمن ولا يكون مستردا لانه
لم يوجد منه اتلاف الباقي لانه لو هلك الباقي في يد المشتري فعليه حصته
من الثمن الا اذا هلك الباقي من سراية جناية البايع فيصير مستردا ويسقط
عن المشتري جميع الثمن لان تلف الباقي حصل مضافا الى فعله فصار مستردا
للكل فتلف الكل في ضمانه فيسقط كل الثمن ولو اختلف البايع والمشتري في هلاك
المبيع فقال البايع هلك بعد القبض ولي عليك الثمن وقال المشتري هلك قبل
القبض ولا ثمن لك علي فالقول قوله مع يمينه لان البايع يدعي عليه القبض
والثمن وهو ينكر ولان الظاهر شاهد للمشتري لان المبيع كان في يد البايع
والظاهر بقا ما كان على ما كان والبايع يدعي امرا عارضا وهو الزوال والانتقال
فكان المشتري متمسكا بالاصل الظاهر فكان القول قوله وان اقام احدهما
البينة قبلت بينته ولو اقاما جميعا البينة يقضي ببينة البايع لانها تثبت
امرا خلاف الظاهر وما شرعت البينات الا لهذا ولانها اكثر اظهارا لانها تظهر
القبض والثمن فكانت اولى بالقبول وكذا لو اختلفا في الاستهلاك فادعى
البايع على المشتري انه استهلكه والمنكر وادعى المشتري على البايع انه
استهلكه فالقول قول المشتري لما قلنا هذا اذا لم يكن للبينتين تاريخ
فاما اذا كان لهما تاريخ وتاريخ احدهما اسبق فالاسبق اولى في الهلاك
والاستهلاك جميعا هذا اذا لم يكن قبض المشتري المبيع ظاهرا فاما اذا كان
ظاهرا فادعيا الاستهلاك فان لم يكن لهما بينة فالقول قول البايع لان
الظاهر شاهد له لان المبيع في يد المشتري وايهما اقام البينة قبلت بينته
وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المشتري لانه هو المدعي الا ترى
انه يدعي امرا باطنا ليزيل به ظاهرا وهو الاستهلاك من البايع المبيع في يده

وكذا

وكذا المشتري لو ترك الدعوى ترك ولا يجبر عليها والبايع لو ترك الدعوى لا
يترك ولا يجبر عليها وهذا عبارة مشايخنا في تحديد المدعي والمدعى عليه واذا
قامت بينة المشتري ينظر ان كان في موضع للبايع حق الاسترداد للحبس
لاستيفا الثمن بان كان المشتري قبضه بغير اذن البايع والثمن حال
غير منقود يسقط الثمن عن المشتري لانه بالاستهلاك صار مستردا وانفسخ
البيع وان كان في موضع له حق الاسترداد للحبس بان كان المشتري قبض
المبيع باذن البايع او بغير اذنه لكن الثمن منقود او موجل فللمشتري ان
يضمن البايع قيمة المبيع لانه اذا لم يكن له حق الاسترداد لم يجعل بالاستهلاك
مستردا ولا ينفسخ البيع فلا يحصل الاستهلاك في ضمان البايع فيلزمه القيمة
كما لو استهلكه اجنبي والله اعلم ۞ ولو اشترى بفلوس نافقة ثم كسدت
قبل القبض انفسخ عند ابي حنيفة رحمه الله وعلى المشتري رد المبيع ان
كان قايما وقيمته او مثله ان كان هالكا وعند ابي يوسف ومحمد لا يبطل
البيع والبايع بالخيار ان شا فسخ البيع وان شا اخذ قيمة الفلوس وجه
قولهما ان الفلوس في الذمة وما في الذمة لا يحتمل الهلاك فلا يكون الكساد
هلاكا بل يكون عيبا فيها فيوجب الخيار ان شا اخذ فسخ البيع وان شا اخذ
قيمة الفلوس كما اذا كان الثمن رطبا فانقطع قبل القبض ولابي حنيفة
ان الفلوس بالكساد خرجت عن كونها ثمنا لان ثمنيتها ثبتت باصطلاح الناس
فاذا ترك الناس التعامل بها عددا فقد زال عنها صفة الثمنية ولا بيع بدون
ثمن فينفسخ ضرورة ولو لم تكسد ولكنها رخصت قيمتها او غلت لا ينفسخ
البيع بالاجماع وعلى المشتري ان ينقد مثلها عددا ولا يلتفت الى القيمة
ههنا لان الرخص او الغلا لا يوجب بطلان الثمنية الا ترى ان الدراهم
قد ترخص وقد تغلوا وهي على حالها اثمان ثم اختلف ابو يوسف ومحمد فيما
بينهما في وقت اعتبار القيمة فاعتبر ابو يوسف وقت العقد لانه وقت
وجوب الثمن واعتبر محمد وقت الكساد وهو اخر يوم ترك الناس التعامل
بها لانه وقت العجز عن التسليم ولو استقرض فلوسا نافقة فقبضها فكسدت
فعليه رد ما قبض من الفلوس في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف
ومحمد عليه قيمتها وجه قولهما ان الواجب بقبض القرض رد مثل المقبوض
وبالكساد عجز عن رد المثل لخروجها عن حد الثمنية وصيرورتها سلعة
فيجب عليه قيمتها كما لو استقرض شيا من ذوات الامثال وقبضه ثم
انقطع عن ايدي الناس ولابي حنيفة ان اثر الكساد في بطلان الثمنية
وانه لا يمنع جواز الرد بدليل لو استقرضها بعد الكساد ثم اختلفا في
وقت اعتبار القيمة على ما ذكرنا ولو لم تكسد ولكنها رخصت او غلت
فعليه رد مثل ما قبض بلا خلاف لما ذكرنا ان صفة الثمنية باقية ولو اشترى
بدرهم فلوسا وتقابضا وافترقا ثم استحقت الفلوس من يده واخذها
المستحق لا يبطل العقد لانه بالاستحقاق وان انتقض القبض والتحق
بالعدم فيصير كان الافتراق حصل عن قبض الدرهم دون الفلوس وهذا
لا يوجب بطلان العقد وعلى بايع الفلوس ان ينقد مثل القدر المستحق

وكذلك اذا وجد المشتري الفلوس من الفلوس الكاسدة لا يبطل البيع لان قبض
احد البدلين فيما لا يتضمن يكفي لبقا العقد على الصحة وقد وجد قبض احدهما
وهو الدراهم ولو كان المشتري قبض الفلوس ولم ينقد الدراهم وافترقا ثم استحقت
الفلوس فالمستحق بالخيار ان شا اجاز نقد البايع فيجوز العقد لان الاجازة استند
الى حالة العقد فجاز النقد والعقد ويرجع المستحق على بايع الفلوس بمثلها وينقد
المشتري الدراهم لبايع الفلوس ان شا لم يجز واخذ الفلوس فقد انتقض بالقبض
بالعدم فتبين ان افتراقهما حصل لا عن قبض اصلا فبطل العقد وكذلك لو استحق
بعض الفلوس فحكم البعض حكم الكل وقد ذكرناه ولو وجد الفلوس كاسدة لا تروج
بطل العقد لانه ظهر انهما افترقا من غير قبض وان وجدها تروج في بعض التجارات
ولا تروج في بعض او ياخذها البعض دون البعض فحكمها حكم الدراهم الزايفة
ان تجوز بها المشتري جاز لانها من جنس حقه اصلا فان لم يتجوز بها فالقياس
ان يبطل العقد في المردود قل او كثر وهو قول زفر وعند ابي يوسف ومحمد ان
لم يستبدل في مجلس الرد يبطل وان استبدل لا يبطل وعند ابي يوسف حنيفة ان
كان قليلا فاستبدل لا يبطل وان كان كثيرا يبطل على ما ذكرنا في السلم والله اعلم
واما بيان صفة الحكم فله صفتان احديهما اللزوم حتى لا ينفرد احد العاقدين
بالفسخ سوا كان بعد الافتراق عن المجلس او قبله عندنا وعند الشافعي لا يلزم
الا بعد الافتراق عن المجلس وقد ذكرنا الكلام فيه من الجانبين فيما تقدم
والثانية الحلول وهو ثبوت الملك في البدلين للحال لانه تمليك بتمليك
وهو ايجاب الملك من الجانبين للحال فيقتضي ثبوت الملك في البدلين في الحال
بخلاف البيع بشرط الخيار لان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فيمنع وقوعه
تمليكا للحال وبخلاف البيع الفاسد فان ثبوت الملك فيه موقوف على القبض
فيصير تمليكا عنده والله اعلم • واما الاحكام التي هي من التوابع للحكم الاصلي
المنع فمنها تسليم المبيع والثمن • والكلام في الحكم في مواضع • احدها
في بيان وجوب تسليم البدلين وما هو من توابع تسليمهما • والثاني
في بيان وقت وجوب تسليمهما • والثالث في بيان تفسير التسليم
والقبض • والرابع في بيان ما يصير المشتري به قابضا للمبيع من
التصرفات وما لا يصير • اما الاول فتسليم البدلين واجب على العاقدين
لان العقد اوجب الملك في البدلين ومعلوم ان الملك ما ثبت لعينه وانما
ثبت وسيلة الى الانتفاع بالمملوك ولا يتهيا الانتفاع به الا بالتسليم
فكان ايجاب الملك في البدلين شرعا ايجابا لتسليمهما ضرورة ولان معنى
البيع لا يحصل الا بالتسليم والقبض لانه عقد مبادلة وهو مبادلة
شي مرغوب بشي مرغوب وحقيقة المبادلة في التسليم والقبض لانها
اخذ بدل واعطا بدل وانما قول البيع والشرا وهو الايجاب والقبول
جعل دليلا عليهما ولهذا كان التعاطي بيعا عندنا على ما ذكرنا والله اعلم وعلى
هذا يخرج اجرة الكيال والوزان والعداد والذراع في بيع المكيل
والموزون والمعدود والمذروع مكايلة وموازنة ومعاددة ومذارعة
انها على البايع واما اجرة الكيال والوزان لانها من مونات الكيل

وجوب صح

والوزن

275

والوزن فالكيل والوزن فيما بيع مكايلة وموازنة من تمام التسليم على ما
نذكر والتسليم على البايع فكانت مونة التسليم عليه والعد في المعد وذا الذي
بيع عددا بمنزلة الكيل والوزن في المكيل والموزون عند ابي حنيفة رحمه
الله فكان من تمام التسليم فكانت مونته على من عليه التسليم وهو البايع
وكذا اجرة وزان الثمن على المشتري لما قلنا واما اجرة ناقد الثمن فعن
محمد فيه روايتان روى ابن رستم عنه انها على البايع لان حقه في الجيد والنقد
لتمييز حقه فكانت مونته عليه وروى ابن سماعة عنه ان البايع ان كان
لم يقبض الدراهم فعلى المشتري لان عليه تسليم ثمن جيد فكانت مونة
تسليمه عليه ولو كان قد قبضها فعلى البايع لانه قبض حقه ظاهرا فانما
يطلب بالنقد اذا ادى فكان الناقد عاملا فكانت اجرة عمله عليه • واما
بيان وقت الوجوب فالوجوب على التوسع يثبت عقيب العقد بلا فصل واما
على التضييق فان تبايعا عينا بعين وجب تسليمهما معا اذا طالب كل واحد
منهما صاحبه بالتسليم لما ذكرنا ان المساواة في عقد المعاوضة مطلوبة
العاقدين عادة وتحقيق التساوي هاهنا في التسليم معا لما ذكرنا انه ليس
احدهما بالتقديم اولى من الاخر وكذلك ان تبايعا عينا بدين يراعى
فيه الترتيب عندنا فيجب على المشتري تسليم الثمن اولا لتحقيق التساوي
فيه على ما بينا فيما تقدم • واما تفسير التسليم والقبض فالتسليم والقبض
عندنا هو التخلية والتخلي وهو ان يخلي البايع بين المبيع وبين المشتري
برفع الحايل بينهما على وجه يتمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البايع
مسلما للمبيع والمشتري قابضا وكذا تسليم الثمن من المشتري الى البايع
وقال الشافعي القبض في الدار والعقار والاشجار بالتخلية واما في الدراهم
والدنانير فبتنا ولهما بالبراجم وفي الثياب بالنقل وكذا في الطعام اذا
اشتراه مجازفة واذا اشتراه مكايلة بالكيل وفي العبد والبهيمة بالسير
من مكانه وجه قوله ان الاصل في القبض هو الاخذ بالبراجم لانه القبض
حقيقة الا ان فيما لا يحتمل الاخذ بالبراجم اقيم النقل مقامه فيما يحتمل
النقل وفيما لا يحتمله اقيمت التخلية مقامه ولنا ان تسليم الشي في اللغة
عبارة عن جعله سالما خالصا يقال سلم فلان لفلان اي خلص له وقال الله
تعالى ورجلا سالما لرجل اي سالما خالصا له لا يشركه فيه احد فتسليم المبيع
الى المشتري هو جعل المبيع سالما للمشتري خالصا له بحيث لا ينازعه
فيه غيره وهذا يحصل بالتخلية فكانت التخلية تسليما من البايع والتخلي
قبضا من المشتري وكذا هذا في تسليم الثمن الى البايع لان التسليم واجب
ومن عليه الواجب لا بد وان يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب
عليه والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع فاما الاقباض
فليس في وسعه لان القبض بالبراجم فعل اختياري للقابض فلو تعلق
وجود التسليم به لتعذر عليه الوفا بالواجب وهذا لا يجوز ثم لا خلاف بين
اصحابنا رحمهم الله في ان اصل القبض يحصل بالتخلية في ساير الاموال
واختلفوا في انها هل هي قبض تام فيها ام لا وجملة الكلام فيه ان المبيع لا

يخلو اما ان يكون مما له مثل واما ان يكون مما لا مثل له فان كان مما لا مثل له
من المذروعات والمعدودات المتفاوتة فالتخلية فيها قبض تام بلا خلاف
حتى لو اشترى مذروعا مذارعة او معدودا معاددة ووجدت التخلية
يخرج عن ضمان البايع ويجوز له بيعه والانتفاع به قبل الذرع والعد
بلا خلاف وان كان مما له مثل فان باعه مجازفة فكذلك لانه لا يعتبر
معرفة القدر في بيع المجازفة وان باع مكايلة او موازنة في المكيل
والموزون وخلى فلا خلاف في ان المبيع يخرج عن ضمان البايع ويدخل
في ضمان المشتري حتى لو هلك بعد التخلية قبل الكيل والوزن يهلك على
المشتري وكذا الاخلاف في انه لا يجوز للمشتري بيعه والانتفاع به قبل
الكيل والوزن وكذا لو اكتال المشتري او اتزنه من بايعه مكايلة او
موازنة من غيره لم يحل للمشتري منه ان يبيعه او ينتفع به حتى يكيله
او يزنه ولا يكتفي باكتيال البايع او اتزانه من بايعه وان كان ذلك
بحضرة هذا المشتري لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى
عن بيع الطعام حتى يكال لكن اختلفوا في ان حرمة التصرف قبل الكيل
الكيل والوزن لانعدام تمام القبض بانعدام الكيل والوزن او شرعا
غير معقول المعنى مع حصول القبض بتمامه بالتخلية قال مشايخنا
العراق شرعا غير معقول المعنى وقال بعضهم الحرمة لمكان انعدام القبض
على التمام بالكيل والوزن وكما لا يجوز التصرف في المبيع المنقول بدون
قبضه اصلا لا يجوز بدون قبضه بتمامه وجه قول الاولين ما ذكرنا
ان معنى التسليم والتسلم يحصل بالتخلية لان المشترى يصير سالما خالصا
للمشتري على وجه يتهيا له تقلبه والتصرف فيه على حسب مشيته وارادته ولهذا
كانت التخلية تسليما وقبضا فيما لا مثل له وفيما له مثل اذا بيع مجازفة ولهذا
يدخل المبيع في ضمان المشتري بالتخلية نفسها بلا خلاف دل على ان التخلية
قبض الا ان حرمة التصرف مع وجود القبض بتمامه يثبت تعبدا غير معقول
المعنى والله اعلم وجه قول الاخرين تعليل محمد رحمه الله في هذه المسئلة
في كتاب البيوع فانه قال ولا يجوز للمشتري ان يتصرف فيه قبل الكيل
لانه باعه قبل ان يقبضه ولم يرد به اصل القبض لانه موجود وانما
اراد به تمام القبض والدليل على ان الكيل والوزن في المكيل والموزون
الذي بيع مكايلة او موازنة من تمام القبض ان القدر في المكيل والموزون
معقود عليه الا ترى انه لو كيل فازداد لا تطيب له الزيادة بل يرد او
يفرض لها ثمن يطرح بحصته شيء من الثمن ولا يعرف القدر فيهما الا بالكيل
والوزن لاحتمال الزيادة والنقصان فلا يتحقق قدر قبض المعقود عليه
الا بالكيل والوزن فكان الكيل والوزن فيه من تمام القبض ولا يجوز
بيع المبيع المنقول قبل قبضه بتمامه كما لا يجوز قبل قبضه اصلا ورأسا
بخلاف المذروعات لان القدر فيها ليس معقودا عليها بل جار مجرى
الوصف والاوصاف لا تكون معقودا عليها ولهذا سلمت الزيادة للمشتري
بلا ثمن وفي النقصان لا يسقط عنه شيء من الثمن فكانت التخلية فيها

قبضا

قبضا تاما فيكتفى بها في جواز التصرف قبل الذرع بخلاف المكيلات والموزونات
على ما بينا الا انه يخرج عن ضمان البايع بالتخلية نفسها لوجود القبض باصله
والخروج من ضمان البايع متعلق باصل القبض لا بوصف الكمال فاما جواز
التصرف فيه فيستدعي قبضا كاملا لورود النهي عن بيع ما لم يقبض
والقبض المطلق هو القبض الكامل والله اعلم ٭ واما المعدودات
المتقاربة اذا بيعت عددا لا جزافا فحكمها حكم المكيلات والموزونات عند ابي
حنيفة رحمه الله حتى لا يجوز بيعها الا بعد العد وعند ابي يوسف ومحمد
حكمها حكم المذروعات فيجوز بيعها قبل العد وجه قولهما ان العددي
ليس من اموال الربوا كالذرعي ولهذا لم تكن المساواة فيه شرطا لجواز
العقد كما لا يشترط في المذروع فكان حكمه حكم المذروع ولابي حنيفة
رحمه الله ان القدر في المعدود معقود عليه كالقدر في المكيل والموزون
الا ترى لو عده فوجده زايدا لا تطيب له الزيادة بلا ثمن بل يردها
او ياخذها بثمنها ولو وجده ناقصا يرجع بقدر النقصان كما في المكيل
والموزون دل ان القدر فيه معقود عليه واحتمال الزيادة والنقصان
في عدد المبيع ثابت فلا بد من معرفة قدر المعقود عليه وامتيازه من غيره
ولا يعرف قدره الا بالعد فاشبه المكيل والموزون ولهذا كان العد فيه
بمنزلة المكيل والموزون في ضمان العدوان الا انه لم يجز فيه الربوا لان
المساواة بين واحد وواحد في العد تثبت باصطلاح الناس واهدارهم
بينهما في الصغر والكبر لكن ما ثبت باصطلاح الناس جاز ان يثبت باصطلاحهم
ولما تبايعا واحدا باثنين فقد اهدرا اصطلاح الاهدار واعتبرا الكبر
لانهما قصدا تصحيح البيع ولا صحة الا باعتبار الكبر وسقط العد فكان
احدهما من احد الجانبين بمقابلة الكبير من الجانب الاخر فلا يتحقق
الربوا اما هاهنا فلا بد من اعتبار العد اذا بيع عددا واذا اعتبر العد
لا يجوز التصرف فيه قبل القبض كما في المكيل والموزون بخلاف المذروع
فان القدر فيه ليس بمعقود عليه على ما بينا فكانت التخلية فيه قبضا
تاما فكان تصرفا في المبيع المنقول بعد القبض وانه جايز والله اعلم
ولو كاله البايع او وزنه بحضرة المشتري كان ذلك كافيا ولا يحتاج
الى اعادة الكيل لان المقصود يحصل بكيله مرة واحدة بحضرة المشتري
وما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه صاعان صاع البايع وصاع المشتري محمول على موضع مخصوص
وهو ما اذا اشترى مكيلا مكايلة فاكتاله ثم باعه من غيره مكايلة لم
يجز لهذا المشتري التصرف فيه حتى يكيله وان كان حاضرا عند اكتيال
بايعه ولا يكتفي بذلك وكذا اذا اسلم الى رجل في حنطة فلما حل الاجل
اشترى المسلم اليه قدر المسلم فيه من رجل مكايلة وامر رب السلم
باقتضايه فانه لا يجوز التصرف فيه ما لم يكيله مرتين مرة للمسلم اليه
ومرة لنفسه بالنص ولو كان مكان السلم قرض بان استقرض المستقرض
كرا من انسان وامر المقرض بقبض الكر فانه يكتفى فيه بكيل واحد للمشتري

والمستقرض ووجه الفرق ان الكيل والوزن فيما عقد بشرط الكيل والوزن
في المكيل والموزون شرط جواز التصرف فيهما لانه من تمام القبض على ما
بينا والسلم عقد بشرط الكيل والمسلم اليه ليصير قابضا له فيجعل كان المسلم
اليه قبضه بنفسه من البايع ثم يكيل لنفسه ليصير قابضا لنفسه لان القبض
بالكيل في باب البيع لاندفاع جهالة المعقود عليه بتمييز حق المشتري عن حق
البايع والقرض يقبل نوع جهالة فلا يشترط له القبض ولان الاقراض اعارة
عندنا فالمقبول من بدل القرض كانه عين فصار كما لو اعار عينا ثم استرده
فيصح قبضه بدون الكيل وانما يجب كيل واحد للمشتري لا غير والله اعلم
واما بيان ما يصير المشتري به قابضا للمبيع من التصرفات وما لا يصير
به قابضا فنقول وبالله التوفيق المبيع لا يخلو اما ان يكون في يد البايع واما
ان يكون في يد المشتري فان كان في يد البايع فاتلفه المشتري صار قابضا
له لانه صار قابضا له بالتخلية فبالاتلاف اولى لان التخلية تمكين من التصرف
في المبيع والاتلاف تصرف فيه حقيقة والتمكين من التصرف دون حقيقة
التصرف وكذلك لو قطع يده او شج راسه وكل تصرف ينقص منه شيا لان
هذه الافعال في الدلالة على التمكين فوق التخلية ثم بالتخلية صار قابضا فيها
اولى وكذلك لو فعل البايع شيا من ذلك بامر المشتري لان فعله بامر
المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو اعتقه المشتري يصير قابضا
لان الاعتاق اتلاف حكما فيلحق بالاتلاف حقيقة وكذا لو دبره او استولد
الجارية اي اقر انها ام ولد له لان التدبير والاستيلاد تنقيص حكما فكان
ملحقا بالتنقيص حقيقة ولو زوج المبيع بان كانت جارية او عبدا فالقياس ان
يصير قابضا وهو رواية عن ابي يوسف وفي الاستحسان لا يصير قابضا وجه
القياس ان التزوج تعييب الا ترى ان الزوجية عيب ترد بها واذا كانت
الزوجية عيبا كان التزويج تعييبا والتعييب قبض وجه الاستحسان
انه تعييب حكما لا حقيقة لانه لا يوجب نقصان المحل ولا نقصان الملك
فيه فلا يصير به قابضا وكذا لو اقر عليه بالدين فالقياس ان يصير قابضا
لان الدين عيب حتى يرد به وفي الاستحسان لا يصير قابضا لانه تعييب
حكمي وانه لا يوجب النقصان فلا يكون قبضا ولو وطيها الزوج في يد البايع
صار المشتري قابضا لان الوطي اثبات اليد على الموطوءة وانه حصل من
الزوج بتسليط المشتري فكان من حيث انه اثبات اليد مضافا الى المشتري
فكان قابضا من المشتري ولو اعار المشتري المبيع للبايع او اودعه
او اجره لم يكن شي من ذلك قبضا لان هذه التصرفات لم تصح من المشتري
لان يد الحبس بطريق الاصالة ثابتة للبايع فلا يتصور اثبات يد النيابة
له بهذه التصرفات فلم يصح والتحقت بالعدم ولو اعاره او اودعه اجنبيا
صار قابضا لان الاعارة والايداع اياه صحيح فقد اثبت يد النيابة لغيره
فصار قابضا ولو ارسل المشتري العبد المبيع الى حاجة صار قابضا لان
ارساله في الحاجة استعمال له بدليل انه صار غاصبا له اياه اثبات يده
عليه وهو معنى القبض ولو جنى اجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع

الجاني

الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند ابي يوسف وعند محمد لا يكون
حتى لو توي الضمان على الجاني بان مات مفلسا كان التوي على المشتري ولا يبطل
البيع عند ابي يوسف ويتقرر عليه الثمن وعند محمد يبطل البيع والتوى
على البايع ويسقط الثمن على المشتري وكذا لو استبدل المشتري الضمان
فياخذ مكانه شيا اخر جاز عند ابي يوسف وعند محمد لا يجوز لان هذا تصرف
في المعقود عليه قبل القبض لان القيمة قايمة مقام العين المستهلكة والتصرف
في المعقود عليه قبل القبض لا يجوز لا من البايع ولا من غيره وكذا المبيع لو كان
مصوغا من فضة اشتراها بدينار فاستهلك المصوغ اجنبي قبل القبض فاختار
المشتري اتباع الجاني بالضمان ونقد الدينار البايع وافترقا قبل قبض ضمان
المستهلك لا يبطل الصرف بينهما عند ابي يوسف لان اختياره تضمين
المستهلك بمنزلة القبض عنده وعند محمد يبطل الصرف لعدم القبض
وجه قول محمد ان الضمان حكم العين لان قيمة العين قايمة مقامها ولهذا ابقي
العقد على القيمة بعد استهلاك العين ثم العين لو كانت قايمة فهلك قبل
القبض كان الهلاك على البايع ويبطل البيع ويسقط الثمن على المشتري فكذا القيمة
ولابي يوسف ان جناية الاجنبي حصلت باذن المشتري وامره دلالة فيصير
قابضا كما لو فعل بنفسه وبيان ذلك ان اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان
تمليك منه المضمون لان المضمونات تملك باختيار الضمان مستندا الى
وقت سبب الضمان فيصير كان الجناية حصلت بامر المشتري فيصير قابضا
لان فعل الاجنبي بامر المشتري بمنزلة فعل المشتري بنفسه ولو امر
المشتري البايع ان يعمل في المبيع عملا فان كان عملا لا ينقصه كالقصارة
والغسل باجر او بغير اجر لا يصير قابضا لان التصرف الذي لا يوجب
نقصان المحل مما يملكه البايع باليد الثابتة كما اذا نقله من مكان الى مكان
فكان الامر فيه استيفا لملك اليد فلا يصير به قابضا وتجب الاجرة على
المشتري الا ان كان باجر لان الاجارة قد صحت لان العمل على البايع ليس
بواجب فجاز ان يقابله الاجرة وان كان عملا ينقصه يصير قابضا لان تنقيصه
اتلاف جزيه وقد حصل بامره فكان مضافا اليه كانه فعله بنفسه والله اعلم
وعلى هذا يخرج ما اذا اسلم في كر حنطة فلما حل الاجل امر رب السلم المسلم
اليه ان يكيل في غراير المسلم اليه او دفع اليه غرايره وامره ان يكيله فيها
ففعل انه ان كان رب السلم حاضرا يصير قابضا بالتخلية وان كان غايبا لا
يصير قابضا لان الحنطة التي يكيلها المسلم اليه ملكه لا ملك رب السلم
لان حقه في الدين لا في العين فلم يصح امر المشتري اياه بكيلها فلم يصر
بصيرورته وكيلا له فلا تصير بيده يد رب السلم سوا كانت الغراير للمسلم اليه
او لرب السلم لان يد رب السلم عن الغراير قد زالت فاذا كان فيها الحنطة
فلم تصر في يد رب السلم فلا يصير قابضا وكذلك لو استقرض من رجل
كرا ودفع اليه غرايره ليكيله فيها ففعل وهو غايب لا يصير قابضا لان
القرض لا يملك قبل القبض فكان الكر على ملك المقرض فلم يصح امر
المستقرض اياه بكيله فلا يصير وكيلا له فلا تصير يده يد المستقرض

كما في السلم ولو اشتري كرا من انسان بعينه ودفع اليه غرايره وامره ان
يكيل فيها ففعل صار قابضا سوا كان المشتري حاضرا او غايبا لان المعقود عليه
معين وقد ملكه المشتري بنفس العقد فصح امر المشتري لانه تناول عينا
هو ملكه فصح امره وصار البايع وكيلا له وصارت في يد المشتري وكذلك
الطحن اذا طحنه المسلم اليه بامر رب السلم لم يصير قابضا ولو طحنه البايع
بامر المشتري صار قابضا لان الطحن بمنزلة الكيل في الغراير ولو استعار
المشتري من البايع غرايره وامره ان يكيله فيها ففعل فان كان المشتري
حاضرا يصير قابضا بالتخلي بالاجماع وان كان غايبا عند محمد ما لم يسلم الغراير
اليه سوا كانت الغراير بغير عينها بان قال اعرني غرارة وكل فيها لا يصير
قابضا وجه قول محمد ان الغراير عارية في الوجهين جميعا ولم يقبضها والعارية
لا حكم لها بدون القبض فبقيت في يد البايع فبقي ما فيها في يد البايع ايضا
فلا يصير المشتري قابضا الا بتسليم الغراير اليه ولابي يوسف الفرق بين
حالة التعيين وعدم التعيين وهو ان الغراير اذا كانت معينة مشارا اليها فان
لم يمكن تصحيح التعيين من حيث كونه استعارة يمكن تصحيحه من حيث اقامتها مقام
يده واذا لم تكن معينة فلا وجه بوجه وقول محمد اظهر والله اعلم ❊ ولو اشتري
كرا بعينه وله علي البايع كر دين فاعطاه جوالقا وقال له كلهما فيه ففعل صار
قابضا لهما سوا كان المبيع اولا او الدين وهذا قول ابي يوسف رحمه الله وقال
محمد رحمه الله ان كان المبيع اولا يصير قابضا لهما كما قال ابو يوسف وان كان
الدين اولا لم يصر قابضا للدين وكان قابضا للعين وكانا شريكين فيه وجه
قول محمد ان نفس الكيل في الدين ليس بقبض لما ذكرنا فاذا بدا بكيله لم
يصير المشتري قابضا له وجه قول ابي يوسف ان البايع خلط ملك المشتري
بملك نفسه في الحال بامر المشتري فان كان مضافا الي المشتري والخلط
من اسباب التملك في الجملة فملك المشتري الدين بالخلط وقد جعله في غرايره
بامره فصار قابضا له والله اعلم ❊ ولو باع قطنا في فراش وحنطة في سنبل
فسلم كذلك فان امكن المشتري قبض القطن او الحنطة من غير فتق
الفراش او دق السنبل صار قابضا لحصول معني القبض وهو التخلي والتمكن
من التصرف وان لم يمكنه الا بالفتق والدق لم يصر قابضا له لانه لا يملك
الدق او الفتق لانه تصرف في ملك البايع وهو لا يملك التصرف في ملكه فلم
يحصل التمكن والتخلي فلا يصير قابضا ولو باع التمرة علي الشجرة وسلم كذلك
صار قابضا لانه يمكنه الجذاذ من غير تصرف في ملك البايع فحصل التخلي بتسليم
الشجر فكان قبضا بخلاف بيع القطن في الفراش والحنطة في السنبل ولهذا قالوا
ان اجرة الجذاذ علي المشتري واجرة الفتق والدق علي البايع اذا كان المشتري
لا يمكنه القبض الا به لانه حصل قابضا للثمن بتسليم الشجر فكان الجاذ
عاملا للمشتري فكانت الاجرة عليه فلم يحصل القبض بتسليم الفراش
والسنبل فكان الفتق والدق علي البايع مما يتحقق به التسليم فكانت
اجرته عليه والله اعلم ❊ هذا اذا كان المبيع في يد البايع وقت البيع فاما
اذا كان في يد المشتري فهل يصير قابضا للمبيع بنفس العقد ام يحتاج

الي تجديد القبض فالاصل فيه ان الموجود وقت العقد ان كان مثل المستحق
بالعقد ينوب منابه وان لم يكن مثله فان كان اقوي من المستحق ناب عنه
وان كان دونه لا ينوب لانه اذا كان مثله امكن تحقيق التناوب لان المتماثلين
غيران ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد مسده وان كان اقوي منه
يوجد فيه المستحق وزيادة وان كان دونه لا يوجد فيه الا بعض المستحق
فلا ينوب عن كله وبيان ذلك في مسايل وجملة الكلام فيها ان يد المشتري
فيها قبل الشرا اما ان كانت يد ضمان واما ان كانت يد امانة فان
كانت يد ضمان بنفسه كيد الغصب يصير المشتري قابضا للمبيع
بنفس العقد ولا يحتاج الي تجديد القبض سوا كان المبيع حاضرا او
غايبا لان المغصوب مضمون بنفسه والمبيع بعد القبض مضمون
بنفسه فتجانس القبضان فناب احدهما عن الاخر لان التجانس يقتضي
التشابه والمتشابهان ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه ويسد
مسده سوا كان المبيع حاضرا او غايبا لان يد الغاصب في الحالين يد
ضمان وان كانت يده يد ضمان لغيره كيد الرهن بان باع الراهن المرهون
من المرتهن فانه لا يصير قابضا الا ان يكون الرهن حاضرا او يذهب
الي حيث الرهن ويتمكن من قبضه لان المرهون ليس بمضمون بنفسه
بل بغيره وهو الدين والمبيع مضمون بنفسه فلم يتجانس القبضان
فلم يتشابها فلا ينوب احدهما عن الاخر ولان الرهن امانة في الحقيقة
فكان قبضه قبض امانة وانما يسقط الدين بهلاكه لمعني اخر لا لكونه
مضمونا علي ما عرف واذا كان امانة فقبض الامانة لا ينوب عن قبض
الضمان كقبض العارية والوديعة وان كانت يد المشتري يد امانة
كيد الوديعة والعارية لا يصير قابضا الا ان يكون بحضرته او يذهب
الي حيث يتمكن من قبضه بالتخلي لان يد الامانة ليست من جنس يد
الضمان فلا يتشابهان والله اعلم ❊ ولو اختلف البايع والمشتري في قبض
المبيع فقال البايع قبضته وقال المشتري لم اقبضه فالقول قول المشتري
لان البايع يدعي عليه وجود القبض وتقرر الثمن وهو ينكر ولان عدم
القبض اصل فكان الظاهر شاهدا للمشتري فكان القول قوله مع يمينه
وكذلك اذا قبضه بعضه واختلفا في قدر المقبوض فالقول قول المشتري
لما قلنا ولو اختلفا في قبض الثمن فالقول قول البايع لما قلنا في قبض المبيع
والله اعلم ❊ ولو اختلفا فقال البايع للمشتري قطعت يده فصرت
قابضا وقال المشتري للبايع انت قطعت يده وانفسخ البيع فيهما
لم يقبل قول كل واحد منهما علي صاحبه ويجعل كان يده ذهبت بافة
سماوية لتعارض الدعوتين وانعدام دليل الترجيح لاحدهما فلا
يكون قول احدهما بالقبول علي صاحبه اولي من قول الاخر فلا يقبل ويجعل
كانها ذهبت بافة سماوية ويخير المشتري لتعيب المبيع قبل القبض
فان شا اخذ الباقي بجميع الثمن وان شا رده علي البايع فان اختار
الاخذ يحلف كل واحد منهما علي دعوي صاحبه ويأخذ كذا ذكر

في يده صح

القدوري رحمه الله في شرحه اما تحليف البايع فلا اشكال فيه لان المشتري يدعي
عليه سقوط بعض الثمن وهو ينكر فيحلف لانه اذا حلف لا يسقط عن المشتري
شي من الثمن فكان تحليفه مفيدا واما تحليف المشتري فمشكل لانه لا يفيد شيا
لانه ياخذه بعد الحلف بكل الثمن ولهذا فيما اذا اختار المشتري الرد على البايع
بل يحلف لانه لا يحلف البايع بل يحلف المشتري وحده لان تحليف البايع لا يفيده
شيا حيث يرده عليه وكذلك لو كان المبيع مما يكال او يوزن فذهب بعضه
فاختلفا فقال البايع للمشتري انت اكلت وقال المشتري للبايع مثل ذلك
لانه لا يقبل قول واحد منهما على صاحبه ويجعل كانه ذهب بعضه بافة لما قلنا
ويخير المشتري لتفرق الصفقة الا ان هاهنا ان اختار الاخذ اخذ الباقي بما بقي
من الثمن لان القدر في المكيل والموزون معقود عليه فكان له حصة من الثمن
والاطراف من الحيوان جارية مجرى الاوصاف فلا يقابلها الثمن الا اذا صارت
مقصودة بالقبض او بالجناية على ما بينا فيما تقدم وذكر القدوري هاهنا
ايضا انه يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه ويأخذ ولا اشكال هاهنا في
تحليف المشتري لان التحليف مفيد في حقه لان البايع يدعي عليه كل الثمن وهو
ينكر فيندفع عنه لزوم كل الثمن بالحلف فكان مفيدا واما تحليف البايع ففيه
اشكال لان المشتري يدعي عليه بعض سقوط الثمن وذا حاصل له من غير تحليفه
فلم يكن تحليفه مفيدا في حقه فينبغي ان لا يحلف وان اختار الرد على البايع حلف المشتري
وحده دون البايع لما قلنا فان اقام احدهما البينة قبلت بينته لانها قامت على امر
جايز الوجود وان اقاما البينة فالبينة بينة البايع لانها مثبتة الا ترى انها
توجب دخول السلعة في ضمان المشتري ويقرر الثمن عليه وبينة المشتري نافية
فالمثبتة اولى والله اعلم ومنها ثبوت حق الحبس للمبيع لاستيفا الثمن وهذا عندنا
وقال الشافعي في قول يسلمان معا وفي قول يسلم المبيع اولا ثم يسلم الثمن اما
قوله الاول فبنا على اصله الذي ذكرنا فيما تقدم وهو ان الثمن والمبيع من الاسما
المترادفة عنده ويتعين كل واحد منهما بالتعيين فكان كل ثمن مبيعا وكل مبيع
ثمنا واما قوله الثاني وهو ان في تقديم تسليم المبيع صيانة العقد عن الانفساخ
بهلاك المبيع وليس ذلك في تقديم تسليم الثمن لانه لو هلك المبيع قبل القبض
ينفسخ العقد وان قبض الثمن فكان تسليم تقديم المبيع اولى صيانة للعقد عن
الانفساخ ما امكن ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الدين مقضي وصف الدين بكونه
مقضيا عاما او مطلقا فلو تاخر تسليم الثمن عن تسليم المبيع لم يكن هذا الدين
مقضيا وهذا خلاف النص وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلاث لا
يوخرن الجنازة اذا حضرت والايم اذا وجدت لها كفوا والدين اذا وجدت
ما يقضيه وتسليم المبيع تاخير الدين وانه منفي بظاهر النص ولان المعاوضات
مبناها على المساواة عادة وحقيقة ولا تتحقق المساواة الا بتقديم تسليم
الثمن لان المبيع متعين قبل التسليم والثمن لا يتعين الا بالتسليم على اصلنا
فلا بد من تسليمه اولا تحقيقا للمساواة قوله فيما قلته صيانة العقد عن
الانفساخ بهلاك المبيع قلنا هلاكه قبل تسليم الثمن نادر والنادر ملحق بالعدم
فيلزم اعتبار معنى المساواة في ذلك ثم الكلام في هذا الحكم في موضعين

تقديم صح

احدهما في بيان شرط ثبوت هذا الحكم والثاني في بيان ما يبطل به بعد ثبوته
اما شرط ثبوته فشيان احدهما ان يكون احد البدلين عينا والاخر دينا فان
كانا عينين او دينين فلا يثبت حق الحبس بل يسلمان معا لما ذكرنا فيما تقدم
والثاني ان يكون الثمن حالا فان كان موجلا لا يثبت حق الحبس لان ولاية الحبس
تثبت حقا للبايع لطلبه المساواه عادة على ما بينا ولما باع بثمن موجل فقد اسقط
حق نفسه فبطلت الولاية ولو كان الثمن موجلا في العقد فلم يقبض المشتري
المبيع حتى حل الاجل فله ان يقبضه قبل نقد الثمن وليس للبايع حق الحبس لانه اسقط
حق نفسه بالتاجيل والساقط متلاشي فلا يحتمل العود وكذلك لو طري الاجل
على العقد بان اخر الثمن بعد العقد فلم يقبض المبيع حتى حل الاجل له ان يقبضه
قبل نقد الثمن ولا يملك البايع حبسه لما قلنا ولو باع بثمن موجل فلم يقبض
المشتري حتى مضي الاجل هل له اجل اخر في المستقبل ينظر ان ذكرا اجلا مطلقا
بان ذكر سنة مطلقة غير معينة فله اجل اخر وهو سنة اخري من حين يقبض المبيع
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد الثمن حال وليس له اجل اخر وان ذكر
اجلا بعينه بان باعه الي رمضان فلم يقبضه المشتري حتى مضي رمضان صار
الثمن بالاجماع وجه قولهما ان السنة المطلقة تنصرف الي سنة تعقب العقد
بلا فصل فاذا مضي انتهي الاجل نصا ولابي حنيفة ان التاجيل في الثمن شرع نظرا
للمشتري لينتفع بالمبيع في الحال مع تاخر المطالبة بالثمن ولن يحصل هذا الغرض
له الا وان يكون اعتبار الاجل من وقت قبض المبيع فكان هذا تاجيلا من وقت
القبض دلالة بخلاف ما اذا عين الاجل لانه نص على تعيينه فوجب اعتبار المنصوص
عليه اذ لا دلالة مع النص بخلافها ولو كان في البيع خيار الشرط لهما او لاحدهما والاجل
مطلق فابتدا الاجل من حين وجود العقد وهو وقت سقوط الخيار لا من حين وجوده
لان تاجيل الثمن هو تاخيره عن وقت وجوبه ووقت وجوبه هو وقت وجوب
العقد وانبرامه لا قبله اذ لا وجوب للثمن قبله والله اعلم واما بيان ما يبطل
به حق الحبس بعد ثبوته وما لا يبطل فنقول وبالله التوفيق اذا اخر الثمن بعد
العقد بطل حق الحبس لانه اخر حق نفسه في قبض الثمن فلا يتاخر حق المشتري
في قبض المبيع وكذا المشتري اذا نقد الثمن كله او ابراه البايع عن كله بطل
حق الحبس لان حق الحبس لاستيفا الثمن واستيفا الثمن ولا ثمن محال ولو نقد
الثمن كله الا درهما كان له حق حبس الجميع جميعه لاستيفا الباقي لان المبيع في استحقاق
الحبس بالثمن لا يتجزي فكان كل المبيع محبوسا بكل جزء من اجزا الثمن وكذا لو
باع شيين صفقة واحدة وسمي لكل واحد منهما ثمنا فنقد المشتري حصة احدهما
كان للبايع حبسهما حتى يقبض حصة الاخر لما قلنا ولان قبض احدهما دون الاخر
تفريق الصفقة الواحدة في حق القبض والمشتري لا يملك تفريق الصفقة
الواحدة في حق القبول بان يقبل الايجاب في احدهما دون الاخر فلا يملك التفريق
في حق القبض ايضا لان للقبض شبها بالعقد وكذا لو ابرا من حصة من احدهما
فله حبس الكل لاستيفا الباقي لما ذكرنا وكذلك لو باع من اثنين فنقد احدهما
حصته كان له حق حبس المبيع حتى يقبض ما على الاخر وروي عن ابي يوسف في النوادر
اذا نقد احدهما نصف الثمن ياخذ نصف المبيع ووجهه ان الواجب على كل واحد

منهما نصف الثمن فاذا ادي النصف فقد ادي ما وجب عليه ولا معني لتوقف
حقه في قبض المبيع علي ادا صاحبه ولانه لو توقف وصاحبه مختار في الادا قد
يودي وقد لا يودي فيفوت حقه اصلا وراسا وهذا لا يجوز ولهذا جعل التخلية
والتخلي تسليما وقبضا في الشرع علي ما ذكرنا فيما تقدم وجه ظاهر الرواية علي نحو
ما ذكرنا ان المبيع في حق استحقاق الحبس بالثمن لا يحتمل التجزي فكان استحقاق
بعضه استحقاق كله وما ذكرنا ان الصفقة واحدة فلا تحتمل التفريق في القبض
كما لا يحتمله فان غاب احدهما لم يجبر الاخر علي تسليم كل الثمن لان الواجب علي كل
واحد منهما نصف الثمن لا كله فلا يواخذ بتسليم كله فان اختار الحاضر ذلك
ونقد كل الثمن وقبض العبد هل يكون متبرعا فيما تقدم ام لا اختلف فيه
قال ابو حنيفة ومحمد رحمة الله عليهما لا يكون متبرعا وله ان يحبسه عن الشريك
الغايب حتي يستوفي ما نقد عنه وقال ابو يوسف هو متطوع في حصته
وجه قوله ظاهر لانه قضي دين غيره بغير امره فكان متبرعا كما في ساير الديون
ولهما انه قضي دين صاحبه بامره دلالة فلا يكون متبرعا كما لو قضاه بامره
نصا ودلالة ذلك انه لما غاب قبل نقد الثمن مع علمه ان صاحبه استحق
قبض نصيبه من البايع بتسليم حصته من الثمن ولا يمكنه الوصول اليه
الا بتسليم كل الثمن كان اذنا له بتسليم حصته من الثمن فكان قاضيا دينه
بامره دلالة فلم يكن متطوعا وصار هذا كما لو اعار ماله انسانا ليرهنه بدينه
فرهن ثم افتكه الغير من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع علي الراهن لان
الرهن لما علم انه علق مال الغير بدينه ولا يزول التعلق الا بالفكاك كان
اذنا له بالفكاك دلالة كذا هذا وله حق الحبس العبد الي ان يستوفي ما نقد
عنه كما لو نقد بامره نصا ولو ادي جميع الثمن وقبض العبد ثم هلك في
يده قبل الحبس يرجع علي شريكه بنصف الثمن لانه ادي عنه بامره دلالة
علي ما ذكرنا والله اعلم والرهن بالثمن والكفالة به لا يبطلان حق الحبس لانه
لا يسقطان الثمن عن ذمة المشتري ولا حق المطالبة فكانت الحاجة
الي تعيينه بالقبض قايمة فيبقي حق الحبس لاستيفايه واما الحوالة بالثمن
فهل تبطل حق الحبس قال ابو يوسف سوا كانت الحوالة من المشتري
بان احال المشتري البايع بالثمن علي انسان وقبل المحال عليه الحوالة
او من البايع بان احال البايع غريما له علي المشتري وقال محمد ان كانت الحوالة
من المشتري لا يبطل وللبايع ان يحبس المبيع حتي يستوفي الثمن من المحال
عليه وان كانت من البايع فان كانت مطلقة لا تبطل ايضا وان كانت مقيدة
بما عليه تبطل فابو يوسف ادار بقا حق الحبس علي بقا الدين في ذمة المشتري
وذمته بريت من دين المحيل بالحوالة فبطل حق الحبس ومحمد اعتبر بقا حق
المطالبة لبقا حق الحبس وحق المطالبة لم يبطل بحوالة المشتري الا تري
ان له ان يطالب المحال عليه فلم يبطل حق الحبس وبطلت حوالة البايع
اذا كانت مقيدة بما علي المحال عليه فبطل حق الحبس والصحيح اعتبار محمد
لان حق الحبس في الشرع يدور مع حق المطالبة بالثمن لا مع قيام الثمن
في ذاته بدليل ان الثمن اذا كان موجلا لا يثبت حق الحبس والثمن في ذمة

المشتري

المشتري وانما سقطت المطالبة دل ان حق الحبس يتبع حق المطالبة بالثمن لا قيام
الثمن في ذاته وحق المطالبة في حوالة المشتري وحوالة البايع اذا كانت
مطلقة فكان حق الحبس ثابتا وفي حوالة البايع اذا كانت مقيدة ينقطع فلم
ينقطع حق الحبس وعلي هذا الخلاف اذا احال الراهن المرتهن بدينه علي رجل
او احال المرتهن غريما له بدينه الذي له علي الراهن حوالة مطلقة او مقيدة
انه يبطل حق المرتهن في حبس الرهن عند ابي يوسف وعند محمد لا يبطل الا في
حوالة الراهن وكذا في حوالة المرتهن اذا كان مطلقة واذا كانت مقيدة
تبطل ولو اعار البايع المبيع المشتري او اودعه اياه بطل حق الحبس حتي لا يملك
استرداده في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا يبطل وللبايع ان
يسترده وجه هذه الرواية ان عقد الاعارة والايداع ليس بعقد لازم
فكان له ولاية الاسترداد كالمرتهن اذا اعار الرهن من الراهن او اودعه
اياه له ان يسترده لما قلنا كذا هذا وجه ظاهر الرواية ان الاعارة والايداع
امانة في اليد والمشتري لا يصلح نايبا عن البايع في اليد لانه اصل في الملك
فكان اصلا في اليد فاذا وقعت العارية او الوديعة في يده وقعتا بجهة
الاصالة وهي يد الملك ويد الملك يد لازمة فلا يملك ابطالها بالاسترداد
بخلاف الرهن فان المرتهن في اليد الثابتة بعقد الرهن بمنزلة المالك فيمكن
تحقيق معني الانابة ويد النايبة لا تكون لازمة فملك الاسترداد ولو قبض
المشتري المبيع باذن البايع بطل حق الحبس حتي لا يملك الاسترداد لانه
ابطل بالاذن القبض ولو قبض بغير اذنه لم يبطل وله ان يسترده لان حق
الانسان لا يجوز ابطاله من غير رضاه ولو كان المشتري تصرف فيه ينظر في
ذلك فان كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والهبة والرهن والاجارة والامهار
فسخه واسترده لانه تعلق به حقه وان كان تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق
والتدبير والاستيلاد لا يملك الاسترداد لان الاسترداد والاعادة
الي الحبس اما ان كان مع نقض هذه التصرفات واما ان كان مع قيامها لا سبيل
الي الاول لان هذه التصرفات لا تحتمل النقض ولا سبيل الي الثاني لانها
اذا بقيت كانت الاعادة الي الحبس حبس الحر من كل وجه او من وجه
وكل ذلك لا يجوز فبطل حق الحبس اصلا ولو نقد المشتري الثمن فوجده
البايع زيوفا او ستوقا او مستحقا او وجد بعضه كذلك فهذا لا يخلوا
اما ان يكون المشتري قبض المبيع واما ان يكون لم يقبض فان كان لم
يقبضه كان له حق الحبس في الفصول كلها لانه تبين انه ما استوفي حقه
وان كان قبضه المشتري ينظر ان كان قبضه بغير اذن البايع فللبايع
ان يسترده في الفصول كلها لما قلنا وكذلك ان كان المشتري تصرف
في المبيع فللبايع ان يفسخ تصرفه ويسترد المبيع الا اذا كان تصرفا لا يحتمل
الفسخ فلا يفسخ ويطالب المشتري بالثمن ولو نقد المشتري الثمن قبل
ان يفسخ التصرف الذي يحتمل الفسخ لا ينفسخ لانه لما نقد الثمن فقد بطل
حقه في الحبس فبطل حق الفسخ والاسترداد وان كان قبضه باذن
البايع ينظر ان وجده زيوفا فرده لا يملك استرداد المبيع عند اصحابنا

الثلاثة وعند زفر ان يسترد وهو قول ابي يوسف الاول وجه قول زفر
ان البايع ما رضي بزوال حق الحبس الا بوصول حقه اليه وحقه في الثمن
السليم لا في المعيب فاذا وجده معيبا فلم يسلم له حقه فكان له ان يسترد
المبيع حتى يستوفي حقه كالراهن اذا قضى المرتهن وقبض الرهن ثم ان المرتهن
وجد المقبوض زيوفا كان له ان يرده ويسترد الرهن لما قلنا كذا هذا
ولنا ان البايع سلم المبيع بعد استيفا جنس حقه فلا يملك الاسترداد
بعد ما استوفي حقه دلالة ذلك ان الزيوف جنس حقه من حيث الاصل
وانما الفايت صفة الجودة بدليل انه لو تجوز به في الصرف والسلم
جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لانه استبدال ببدل الصرف والسلم
وانه لا يجوز واذا كان المقبوض جنس حقه فتسلم المبيع بعد استيفا جنس
الحق يمنع من الاسترداد بخلاف الرهن لان الارتهان استيفا لحقه من الرهن
والافتكاك ايفا من مال اخر فاذا وجد زيوفا يتبين انه ما استوفي حقه
فكان له ولاية الاسترداد والدليل على التفرقة بين الرهن والمبيع
انه لو اعار المبيع المشتري بطل حق الحبس حتى لا يملك استرداده ولو اعار
المرهون الراهن لا يبطل حق الحبس وله ان يسترده وان وجده ستوقا
او رصاصا او مستحقا واخذ منه ان يسترد بخلاف الزيوف لان البايع
انما اذن للمشتري بالقبض على انه استوفي حقه وتبين انه لم يستوف
اصلا وراسا لان الستوق والرصاص ليسا من جنس حقه الا ترى لو
تجوز بها في الصرف والسلم لم يجز واذا كان الاذن بالقبض على تقدير
استيفا الحق وقد تبين انه لم يستوف تبين انه لم يكن اذنا له بالقبض
ولا راضيا به فكان له ولاية الاسترداد ولو كان المشتري تصرف فيه
التابع فلا سبيل للبايع عليه سوا كان تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والرهن
والاجارة ونحوها او لا يكون كالاعتاق ونحوه بخلاف ما اذا قبضه بغير
اذن البايع قبل نقد الثمن وتصرف فيه تصرفا يحتمل الفسخ انه يفسخ
ويسترده لان هناك لم يوجد الاذن بالقبض فكان التصرف في المبيع
ابطالا لحقه فيرد عليه اذا كان محتملا للرد وها هنا وجد الاذن بالقبض
فكان تصرف المشتري حاصلا عن تسليط البايع فنفذ وبطل حقه في
الاسترداد كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اذا تصرف فيه المشتري
انه يبطل حق البايع في الفسخ الا ان في البيع الفاسد اذا اجر المبيع تفسخ
الاجارة وها هنا لا تفسخ لان الاجارة تفسخ بالعذر وقد تحقق العذر
في البيع الفاسد لانه مستحق الفسخ حقا للشرع دفعا للفساد فجعل
استحقاق الفسخ بسبب الفساد عذرا في فسخ الاجارة ولا فساد ها هنا
ولا عذر في الفسخ فلا يفسخ ولو كان مكان البيع كتابة فادى المكاتب
بدل الكتابة فعتق ثم وجد المولى المقبوض زيوفا او مستحقا فالعتق
ماض وان وجده ستوقا او رصاصا لا يعتق لما ذكرنا ان الزيوف من
جنس حقه فصار بقبضها قابضا اصل حقه وكذا قبض الدراهم المستحقة
وقع صحيحا ظاهرا واحتمال الاجازة بعد ظهور الاستحقاق ثابت ايضا

والعتق

والعتق بعد ثبوته ظاهرا لا يحتمل الفسخ بخلاف ما اذا وجده ستوقا او رصاصا
لان ذلك ليس من جنس حقه اصلا وراسا فلم يوجد ادا بدل الكتابة
فلا يعتق تحقق الفرق بينهما اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي حقه
فقبض ثم وجد المقبوض بعد الافتراق زيوفا او مستحقا فرد الزيوف
او اخذ المالك المستحقة بر في يمينه وان وجده ستوقا او رصاصا
حنث في يمينه والله اعلم ولو قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم
افلس او مات قبل نقد الثمن او بعد ما نقد شيا منه وعليه ديون
لاناس شتى هل يكون البايع احق به من ساير الغرما اختلف فيه قال
اصحابنا رحمهم الله لا يكون له بل الغرما كلهم اسوة فيه فيباع ويقسم ثمنه
بينهم بالحصص وقال الشافعي البايع احق به وان لم يكن قبضه حتى
افلس او مات فان كان الثمن موجلا فهو على هذا الاختلاف وان كان حالا
فالبايع احق به بالاجماع احتج الشافعي بما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال اذا افلس المشتري فوجد البايع متاعه عنده فهو احق به
وهذا نص في الباب ولان العجز عن تسليم المبيع يوجب حق الفسخ للمشتري
بالاجماع فان من باع عبدا فابق قبل القبض او غصبت او كانت دابة
فضلت للمشتري ان يفسخ البيع والعجز عن تسليم الثمن يوجب الفسخ للبايع
ايضا لان البيع عقد معاوضة ومبنى المعاوضات على المساواة ولنا ما
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من باع بيعا فوجده وقد افلس
الرجل فهو ماله بين غرمايه وهذا نص وهو عين مذهبنا وهو ان البايع
لم يكن له حق المبيع حال كون المشتري حيا مليا فلا يكون احق بثمنه بعد موته
وافلاسه لان الثمن بدل المبيع قايم مقامه واعتبار الثمن بالمبيع غير
سديد لان بينهما مفارقة في الاحكام الا ترى ان ملك المبيع شرط جواز
العقد وملك الثمن ليس بشرط فانه لو اشترى شيا بدراهم لا يملكها
جاز ولو باع شيا لا يملكه لا يجوز وكذا لا يجوز التصرف في المبيع المنقول
قبل القبض والتصرف في الثمن قبل القبض جايز وغير ذلك من الاحكام
فكان اعتبار الثمن بالمبيع على الاطلاق فاسدا والحديث محمول على ما
اذا قبض المبيع بغير اذن البايع وعندنا البايع احق به في هذه الحالة
الا انه اذا ذكر الافلاس وان كان حق الاسترداد لا يتقيد به لان
الملي يتمكن من دفع الاسترداد بنقد الثمن والمفلس لا يتمكن من ذلك
فكان ذكر الافلاس مفيدا حملناه على ما قلنا توفيقا بين الدلايل والله
الموفق ● ومنها وجوب الاستبرا في شرا الجارية وجملة الكلام
فيها ان الاستبرا نوعان نوع هو مندوب اليه ونوع هو واجب
اما المندوب اليه فهو استبرا البايع اذا وجد وطي جارية واراد
ان يبيعها او يخرجها عن ملكه بوجه من الوجوه عند عامة العلما
وقال مالك انه واجب وجه قوله انه يحتمل شغل الرحم بما البايع
فيلزمه التعرف عن ذلك بالاستبرا كما في جانب المشتري ولنا ان
سبب الوجوب لم يوجد في حق البايع على ما نذكر ان شا الله تعالى والاعتبار

بالمشتري غير سديد لان الوجوب ايضا للصيانة مايه عن الاختلاط بماالبا
والخلط يحصل بفعل المشتري لا بفعل البايع فيجب الصيانة عليه بالاستبرا
لا على البايع الا انه يندب اليه لتوهم اشتغال رحمها بمايه فيكون البيع قبل
الاستبرا مباشرة شرط الاختلاط فكان الاستبرا مستحبا وكذا اذا وطي
امته او مدبرته او ام ولده ثم اراد ان يزوجها من غيره يستحب له ان
لا يفعل حتى يستبريها لما قلنا واذا زوجها قبل الاستبرا او بعده
فللزوج ان يطاها من غير استبرا وقال محمد رحمه الله احب الي ان يستبريها
بحيضة ولست اوجبه عليه وكذلك الرجل اذا راي امراة تزني ثم
تزوجها له ان يطاها من غير استبرا وقال محمد احب الي ان يطاها
حتى يستبريها ويعلم فراغ رحمها والله اعلم ۞ واما الاستبرا الواجب
فهو استبرا المشتري وكل من حدث له حل الاستمتاع بالجارية
بحدوث ملك اليمين مطلقا ۞ والكلام فيه في مواضع ۞ في بيان
وجوب هذا النوع من الاستبرا ۞ وفي بيان سبب وجوبه ۞ وفي
بيان ما يقع به الاستبرا ۞ اما الاول فالاصل فيه ما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى
يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة والنص الوارد في السبي
يكون واردا في ساير اسباب الملك دلالة ولان الاستبرا طلب براة
الرحم وانه واجب على المشتري لان به تقع الصيانة عن الخلط والخلط حرام
لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من كان يومن بالله واليوم
الاخر فلا يسقين ماه زرع غيره والصيانة عن الحرام تكون واجبة
ولا تقع الصيانة الا بالاستبرا فتكون واجبة ضرورة فلا يحل له وطيها
قبل الاستبرا ولا ان يلمسها بشهوة او ينظر الي فرجها بشهوة عن شهوة
لان ذلك داعي الي الوطي والوطي اذا حرم حرم بدواعيه كما في باب
الظهار وغيره بخلاف الحايض حيث لم تحرم الدواعي منها لان المحرم هناك
ليس هو الوطي بل هو استعمال الاذي والوطي حرام لغيره وهو استعمال
الاذي ولا يوجد ذلك في الدواعي فلا يجوز والله اعلم ۞ واما سبب
وجوبه فهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين مطلقا يعني به
ملك الرقبة واليد باي سبب حدث الملك من الشرا والسبي والهبة
والصدقة والارث ونحوها فلا يجب الاستبرا على البايع لانعدام السبب
وهو حدوث الحل ويجب على المشتري لوجود سببه سوا كان بايعه
ممن يطا او ممن لا يطا كالمراة والصبي الذي لا يعقل وسوا كانت الجارية
بكرا او ثيبا في ظاهر الرواية لما قلنا وروي عن ابي يوسف انه اذا علم المشتري
انها لم توطا لا يجب الاستبرا لان الاستبرا طلب براة الرحم وفراغها
عما يشغلها ورحم البكر بريئة فارغة عن الشغل فلا معنى لطلب البراة
والفراغ والجواب ان الوقوف على حقيقة الشغل والفراغ متعذر
فتعلق الحكم بالسبب الظاهر وهو حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك
اليمين مطلقا وقد وجد ولا يجب على من حرم عليه فرج امته بعارض الحيض

والنفاس

والنفاس والردة والكتابة والتزوج اذا زالت هذه العوارض بان طهرت واسلمت
وعجزت وطلقها الزوج قبل الدخول بها لان حل الاستمتاع لم يحدث بل كان ثابتا
لكن منع منه لغيره وقد زال بزوال العوارض وكذا لم يحدث ملك اليمين
فلم يوجد السبب ولا يجب بشرا جارية لا يحل فرجها بملك اليمين بان وطيها
ابوه او ابنه او لمسها بشهوة او نظر الي فرجها بشهوة او كان هو وطي امها
او ابنتها او نظر الي فرجها عن شهوة او كانت مرتدة او مجوسية او نحو ذلك
الحق من الفروج التي لا تحل بملك اليمين لان فايدة الاستبرا التمكن من الاستمتاع
بعد حصول الانعدام مانعا منه وهو اختلاط المايين والاستبرا في هذه المواضع
لا يفيد التمكن من الاستمتاع لوجود مانع اخر وهو ان المحل لا يحتمل الحل ولا يجب على
العبد والمكاتب والمدبر لانعدام حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين لعدم
الملك لهم قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يتسرى العبد ولا يسريه مولاه
ولا يملك العبد والمكاتب شيا الا الطلاق ولو اشترى جارية من عبده الماذون
ينظر ان لم يكن على العبد دين اصلا او عليه دين غير مستغرق لا يجب عليه
ان يستبريها اذا كانت حاضت عند العبد ويجتزي بتلك الحيضة لان
كسب الماذون الذي لا دين عليه او عليه دين غير مستغرق ملك المولى
وان كان عليه دين مستغرق رقبته وكسبه يجب عليه الاستبرا عند
ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يجب بنا على ان المولى لا يملك كسب
عبده الماذون المديون دينا مستغرقا عنده وعندهما يملكه
ولو تبايعا بيعا صحيحا ثم تقايلا فان كانت الاقالة قبل القبض فالقياس ان
يجب الاستبرا على البايع وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمه الله
وفي الاستحسان لا يجب وهو رواية محمد عن ابي حنيفة وهو قول ابي
يوسف ومحمد وجه القياس انه وجد سبب الوجوب في حقه وهو
حدوث حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين حقيقة وانكار الحقايق
مكابرة وجه الاستحسان ان الاقالة قبل القبض فسخ والفسخ رفع من
الاصل واعادة الي قديم الملك كانه لم يزل عن ملك البايع فلم يوجد
السبب مع ما ان الملك قبل القبض غير متاكد والتاكيد اثبات من
وجه فلم يتكامل الملك للمشتري فلم يحدث ملك اليمين للبايع على
الاطلاق فلم يتكامل السبب وان كانت الاقالة بعد القبض يجب اما
عند ابي يوسف فلان الاقالة بيع جديد فكانت استحداثا للملك مطلقا
واما عند ابي حنيفة ومحمد وان كانت فسخا لكن في حق العاقدين
واما في حق ثالث فبيع جديد والاستبرا يجب حقا للشرع فاعتبر حق
الشرع ثالثا في حق وجوب الاستبرا احتياطا ولو رد الجارية بعيب
او خيار روية يجب الاستبرا على البايع لوجود السبب وهو حدوث
حل الاستمتاع بحدوث ملك اليمين لان خيار الروية وخيار العيب
لا يمنع ثبوت الملك للمشتري واما الرد بخيار الشرط فينظر
فيه ان كان الخيار للبايع فلا يجب الاستبرا بالاجماع لان خياره لا يمنع
زوال السلعة عن ملكه فلم يوجد حدوث حل الاستمتاع بحدوث

ملك اليمين وان كان الخيار للمشتري لا يجب الاستبرا على البايع عند ابي حنيفة
سوا كان الرد قبل القبض او بعده بنا على ان خيار المشتري يمنع دخول
السلعة في ملكه عند ابي حنيفة واذا لم تدخل في ملك المشتري وان خرجت
عن يد البايع فكانها لم تخرج وبقي على ملكه فلم يوجد سبب الوجوب
واما عندهما فان كان الرد قبل القبض فالقياس ان يجب لانها زالت عن
ملك البايع ودخلت في ملك المشتري فاذا ردت عليه فقد وجد سبب
الوجوب في حق البايع وفي الاستحسان لا يجب لان الرد قبل القبض فسخ
محض فيرفع العقد من الاصل كانه لم يكن وان كان بعد القبض يجب
الاستبرا قياسا واستحسانا لانها دخلت في ملك المشتري فان كان البيع
فاسدا ففسخ وردت الجارية الى البايع فان كان قبل القبض فلا استبرا على
البايع لانها على ملكه فلم يحدث له الحل وان كان بعده فعليه الاستبرا
بالاجماع لوجود السبب ولو اسر العدو جارية ثم عادت الى الملك
فان كان قبل الاحراز بدار الحرب فلا استبرا على المالك لانعدام السبب
وهو حدوث الحل بحدوث الملك وان كان بعد الاحراز بدارهم وجب
لوجود السبب ولو ابقت من دار الاسلام الى دار الحرب واخذها
الكفار ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبرا عليه عند
ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يملكوها فلم يوجد السبب وعندهما عليه
الاستبرا لانهم ملكوها لوجود السبب ولو اشترى جارية مع غيره
فلا استبرا عليهما لانعدام السبب وهو حدوث الحل اذ لا تحل لاحدهما
ولو اشترى جارية ولها زوج ~~فطلقها~~ فقبضها وطلقها الزوج قبل الدخول
بها فلا استبرا على المشتري لانه لم يوجد السبب وهو حدوث حل
الاستمتاع بحدوث الملك وقت الشرا لقيام فراش الزوج وبعد
زوال الفراش لم يحدث سبب حدوث الحل وهو ملك اليمين وذكر
الكرخي ان على قول ابي يوسف يجب الاستبرا على المشتري ومن هذا
استخرجوا لاسقاط الاستبرا حيلة وهو ان يزوج البايع الجارية
ممن يجوز له نكاحها ولم يكن تحته حرة ونحو ذلك من الشرا بشرط
ثم يبيعها ويسلمها الى المشتري ثم يطلقها الزوج قبل الدخول
بها فتحل للمشتري من غير استبرا وان طلقها الزوج قبل القبض ثم
قبضها المشتري لا يحل له وطيها حتى يستبريها وحيلة اخرى
لاسقاط الاستبرا ان تزوجها البايع من المشتري قبل الشرا
او المشتري ممن يجوز له نكاحها بان لم يكن تحته حرة ونحو ذلك
ثم يشتريها فيفسد النكاح ويحل له وطيها من غير استبرا وهذا
الوجه الثاني اولى لانه يسقط عنه جميع المهر وفي الوجه الاول
على الزوج المطلق نصف المهر للبايع فيحتاج الى ابرايه عنه
ولو كانت الجارية في عدة من زوجها عدة طلاق او عدة وفاة
فاشتراها وقبضها ثم انقضت عدتها فلا استبرا عليه لان قيام
العدة بمنزلة قيام النكاح ولو كانت الجارية منكوحة فطلقها قبل

لعله
القبض

الدخول

الدخول بها لم يجب الاستبرا كذا هذا وعلى ما ذكره الكرخي على قول ابي يوسف
يجب الاستبرا فان انقضت قبل القبض لم يعتد بذلك ولا تحل له حتى
يستبريها بعد القبض بحيضة اخرى في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه يعتد بذلك كما يعتد بالحيضة قبل القبض عنده وعلى هذا يخرج عدم
الاستبرا في النكاح حتى ان من تزوج جارية فللزوج ان يطاها من غير
استبرا لان السبب لم يوجد وهو حدوث حل الاستمتاع بملك اليمين
وقال محمد احب الي ان يستبريها بحيضة ولست اوجبه عليه وذكر الكرخي
وقال لا استبرا عليه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف استبريها
على الزوج استحسانا وجه قول ابي يوسف الذي له وجب له الاستبرا
في ملك موجود في ملك النكاح وهو التعرف عن براة الرحم فوجب
الاستبرا في الملكين ولابي حنيفة رحمه الله ان جواز نكاحها دليل براة
رحمها شرعا فلا حاجة الى التعرف بالاستبرا وما ذكره محمد رحمه الله نوع
احتياط وهو حسن وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى جارية فلم يقبضها حتى
حاضت في يد البايع حيضة انه لا يجتزي بها في الاستبرا في ظاهر الرواية
حتى لو قبضها لا تحل له حتى يستبريها بحيضة اخرى لانه لم يحدث له
حل الاستمتاع قبل القبض ولا حدث له ملك اليمين على الاطلاق لانعدام
اليد وهذا لان الملك قبل القبض غير متاكد والتاكيد اثبات من وجه
فكان له حكم العدم من وجه فلم يجب به الاستبرا وروي عن ابي يوسف
انه يجتزي بها ولا استبرا لان الحيضة قبل القبض تصلح دليلا على فراغ رحمها
فيحصل المقصود من الاستبرا فيكتفي بها والله اعلم ۞ واما بيان ما يقع به
الاستبرا فنقول وبالله التوفيق الجارية في الاصل لا تخلوا اما ان كانت
ممن تحيض واما ان كانت ممن لا تحيض فان كانت ممن تحيض فاستبراوها
بحيضة واحدة عند عامة الصحابة وعامة العلما رضي الله عنهم وعن معاوية
رضي الله عنه انه استبراها بحيضتين لان الاستبرا اخت العدة
وعدتها حيضتان والصحيح قول العامة لما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبران
بحيضة والعلة للمراة والتقدير الشرعي يمنع من الزيادة عليه الا بدليل
ولان ما شرع له الاستبرا وهو حصول العلم بطهارة الرحم يحصل بحيضة
واحدة فكان ينبغي ان لا يشترط العدد في باب العدة ايضا الا انا
عرفنا ذلك نصا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وان كانت
ممن لا تحيض فلا تخلوا ان كانت لا تحيض من صغر او كبر واما ان كانت
لا تحيض لعلة وهي الممتدة طهرها واما ان كانت لا تحيض لحبل فان كانت لا
تحيض لصغر او كبر واما ان كانت لا تحيض فاستبراوها فاستبراوها
بشهر واحد لان الشهر اقيمت مقام الاقرا في حق الايسة والصغيرة
في العدة فكذا في باب الاستبرا وان كانت لا تحيض لعلة فقد اختلفوا
فيه قال ابو حنيفة لا يطاها حتى يعلم انها غير حامل ولو يوقت في ذلك
وقال ابو يوسف يستبريها بثلثة اشهر او اربعة اشهر وعن محمد روايتان

في رواية قال يستبرئها بشهرين وخمسة ايام عدة الاماء وفي رواية قال يستبرئها باربعة اشهر وعشرا مدة عدة الحراير وقال زفر يستبرئها بسنتين لان الموجود في البطن لا يبقى اكثر من سنتين فاذا مضت سنتان ولم يظهر بها حبل علم انها غير حامل ويحتمل ان يكون تفسير قول ابي حنيفة لا يطاها حتى يعلم انها غير حامل وهو اختيار الطحاوي ويحتمل ان يكون ما قاله ابو يوسف تفسيرا لقوله لانها مدة يعلم فيها انها ليست بحامل لان الحبل يظهر في مثل هذه المدة اوكان لظهور اثاره من انتفاخ البطن وغير ذلك فيدل عدم الظهور على براة رحمها فان كانت بها حبل فاستبراوها بوضع الحمل بعد القبض لان وضع الحمل في الدلالة على فراغ رحمها فوق الحيضة فاذا وضعت حملها حل له ان يستمتع بها فيما سوى الجماع ما دامت في نفاسها كما في الحايض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها لا يطاها حتى يستبرئها ولا يجتزي بوضع الحمل قبل القبض كما لا يجتزي بالحيضة قبل القبض وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف يجتزي به كما يجتزي بالحيضة قبل القبض والله اعلم ثم ما ذكرنا من الحكم الاصلي للتبع وما يجري مجرى التوابع للحكم الاصلي كما يثبت في المبيع يثبت في زوايد المبيع عندنا سواء كانت منفصلة او متصلة متولدة من الاصل او غير متولدة منه الا الهبة والصدقة والكسب وعند الشافعي ليست بمبيعة اصلا وانما تملك بملك الاصل لا بالبيع السابق وجه قول الشافعي في اثبات هذا الاصل ان المبيع ما اضيف اليه البيع ولم توجد الاضافة الى الزوايد لكونها منعدمة عند البيع فلا تكون مبيعة ولهذا لم يكن الكسب مبيعا ولان المبيع ما يقابله ثمن اذ البيع مقابلة المبيع بالثمن والزيادة لا يقابلها ثمن لان كل الثمن مقابل بالاصل فلم تكن مبيعة كالكسب ولهذا لم تجز الزيادة عنده في الثمن والمبيع ولنا ان المبيع ما يثبت فيه الحكم الاصلي للبيع بالبيع والحكم الاصلي للبيع يثبت في الزوايد بالبيع السابق فكانت مبيعة وبيان ذلك ان الحكم الاصلي للبيع هو الملك والزوايد مملوكة بلا خلاف والدليل على انها مملوكة بالبيع السابق ان البيع السابق اوجب الملك في الاصل ومتى يثبت الملك في الاصل يثبت في التبع فكان ملك الزيادة بواسطة ملك الاصل مضافا الى البيع السابق فكانت الزيادة مبيعة ولكن تبعا لثبوت الحكم الاصلي فيها تبعا وعلى هذا الاصل مسايل بيننا وبين الشافعي منها ان للبايع حبس الزوايد لاستيفا الثمن كما له حق حبس الاصل عندنا وعنده ليس له ان يحبس الزوايد ومنها ان البايع اذا اتلف الزيادة سقطت حصتها من الثمن عن المشتري عندنا كما لو اتلف جزءا من المبيع وعنده لا يسقط شي من الثمن وعليه كما لو اتلفها اجنبي ولا خيار للمشتري عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يثبت على ما مر وكذا يثبت لو اتلف الارش او العقر قبل القبض عندنا لانه بدل الجزء الفايت فكان حكمه حكم الجزء ومتى هلكت الزيادة بافة سماوية لا يسقط شي من الثمن بالاجماع وان كانت مبيعة عندنا لانها مبيعة تبعا بمنزلة اطراف

الولد صح

الام لا مقصودا والاطراف كالاوصاف لا يقابلها شي من الثمن الا ان تصير مقصودة بالفعل من القبض او الجناية ولم يوجد ولا خيار للمشتري لان الصفقة لم تتفرق عليه لان العقد ما اضيف اليها وانما يثبت حكم العقد فيها تبعا فلا يثبت الخيار الا في ولد الجارية اذا هلك قبل القبض بافة سماوية فانه يثبت الخيار للمشتري لا لهلاك الزيادة بل لحدوث نقصان الام بسبب الولادة وكذا الاخيار بحدوث زيادة ما قبل القبض الا في ولد الجارية لاجل نقصان الام بالولاده لا لاجل لحدوث الزيادة ومنها ان المشتري بالخيار اذا قبض الزوايد يصير لها حصة من الثمن بالقبض عندنا فيقسم الثمن على قيمة الاصل وعلى قيمة الزيادة يوم القبض حتى لو اطلع المشتري على عيب بالاصل فانه يرده بحصته من الثمن لا بجميع الثمن عندنا وعنده لا حصة للزيادة من الثمن بحال وعند ظهور العيب بالاصل يرد بكل الثمن ولا يكون بازا الزيادة شي وكذا اذا وجد بالزيادة عيبا يردها بحصتها من الثمن عندنا وعنده لا يردها بالعيب اصلا وكذا المشتري اذا اتلف الزيادة قبل القبض يصير لها حصة من الثمن عندنا لانه صار قابضا له بالاتلاف وبالقبض يصير لها حصة من الثمن على ما ذكرنا وعنده لا حصة لها من الثمن بحال ولو هلك الاصل وبقيت الزيادة يبقى العقد في قدر الزيادة عندنا ويصير لها حصة من الثمن فيقسم الثمن على الاصل يوم العقد وعلى الزيادة يوم الهلاك فيبطل ملك الثمن بقدر قيمة الاصل ويبقى بحصة الزيادة بخلاف ما اذا هلك الاصل قبل حدوث الزيادة حيث ينفسخ العقد اصلا وراسا ويسقط كل الثمن لان هناك لا فايدة في بقا العقد اذ لو بقي لطلب البايع من المشتري الثمن فيطلب المشتري الثمن منه تسليم المبيع ولا يمكنه تسليمه فينفسخ ضرورة لانعدام فايدة البقا واذا بقيت الزيادة كان في بقا العقد في الزيادة لامكان تسليمها فبقي العقد فيها وصار لها حصة من الثمن فينقسم على الاصل والزيادة على ما ذكرنا وعندنا اذا هلك الاصل انفسخ العقد اصلا وراسا ومنها انه اذا اتلفها اجنبي وضمنها بلا خلاف فالمشتري بالخيار عندنا ان شا اختار الفسخ فيرجع البايع على الجاني بضمان الجناية وان شا اختار المبيع واتبع الجاني بالضمان وعليه جميع الثمن كما لو اتلف الاصل وعنده عليه الضمان ولا خيار للمشتري ومنها اذا اشترى نخلا بكر من تمر فلم يقبض النخل حتى اثمر النخل كرا فقبض النخل مع الكر الحادث لا يطيب الكر وعليه ان يتصدق به عندنا لان التمر الحادث زيادة متولدة من المبيع فكان مبيعا وله عند القبض حصة من الثمن كالغيره من الزوايد والتمر من جنسه زيادة عليه فلو قسم على النخل والكر الحادث يصير ربوا فيفسد البيع في الكر ولا يفسد في النخل بخلاف ما اذا باع نخلا وكرا من تمر بكر من تمر ان العقد يفسد في التمر والنخل جميعا لان هناك الربوا دخل بالعقد باشتراطهما وصنعهما لان بعض المبيع مال مال وهو التمر والتمر مقسوم عليهما فيتحقق الربا وادخال الربوا

يوم العقد

٢ لما
وعنده

في العقد يفسد العقد كله وهاهنا البيع كان صحيحا في الاصل لان الثمن خلاف جنس
البيع وهو حال وحده الا انه لما زاد بعد العقد صار مبيعا في حال البقا الا بعضها
فيفسد في الكر الحادث ويقتصر الفساد عليه ومنها اذا اشتري بالف درهم
تساوي الفين فقتل قبل القبض فاختار البيع واتباع واخذ قيمته الدين
يتصدق بالالف الزايد عندنا لانه ربح ما لم يضمن وعنده لا يتصدق بشي
ومنها اذا غصب كر حنطة فابتلت في يد الغاصب وانتفخت حتي صارت كرا ونصف
كر وضمن للمالك كرا مثله فانه يملك ذلك الكر والنصف الكر عندنا
لكن يتصدق بنصف الكر الزايد وطاب له ما بقي لان الملك عنده يثبت
من وقت الغصب بالضمان والزيادة بالانتفاع حصلت بعد ذلك فيعتبر بالزيادة
المتولدة وعند الشافعي في هذا الفصل يرد الكل لان المضمون عنده لا تملك
بالضمان ومنها ان الزوايد الحادثة بعد القبض مبيعة ايضا عندنا حتي لو
وجد المشتري بالاصل عيبا فالزيادة تمنع الرد والفسخ بالعيب وبساير اسباب
الفسخ علي ما نذكره في خيار العيب في بيان الاسباب المانعة من الرد بالعيب
ان شا الله تعالي وعنده ليست بمانعة في اي حال كان ولا يمنع رد الاصل
بالعيب بكل الثمن ولو اشتري ارضا فيها اشجار مثمرة فان كان عليها ثمر
وسماه حتي دخل في البيع فالثمر له حصة من الثمن بلا خلاف حتي لو كانت
قيمة الارض خمسماية وقيمة الشجر خمسماية وقيمة الثمر كذلك فان الثمن
ينقسم علي الكل اثلاثا بالاجماع لان الكل معقود عليه مقصود الورود فعل
العقد علي الكل فكان للثمر حصة من الثمن حتي لو هلك بافة سماوية او بفعل
البايع بان اكله يسقط عن المشتري ثلث الثمن وله الخيار ان شا اخذ الارض
والشجر بثلثي الثمن وان شا ترك لان الثمر لما كان مبيعا مقصودا فبهلاكه
تفرقت الصفقة علي المشتري قبل التمام فيثبت الخيار وان لم يكن الثمر
موجودا وقت العقد وحدث بعده قبل القبض فاكله البايع فقد صار له حصة
من الثمن عندنا لصيرورته مبيعا مقصودا بالاتلاف علي ما بينا لكن الكلام
في كيفية اخذ الحصة واختلف اصحابنا فيها قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما
الله ياخذ الحصة من الشجر خاصة فيقسم علي قيمة الارض والشجر ثم ما اصاب
الشجر يقسم عليه يوم العقد وعلي قيمة الثمر يوم الاتلاف فيسقط بيانه
واذا كانت قيمة الارض الفا وقيمة الاشجار الفا وقيمة الثمر كذلك فاكل
البايع الثمر قبل القبض يسقط عن المشتري ثلث الثمن عندهما
وياخذ الارض والاشجار بثلثي الثمن ولا خيار له عند ابي حنيفة خاصة
وعند محمد له الخيار ان شا اخذ الارض والاشجار بثلثي القيمة وان شا
ترك وعند ابي يوسف يسقط عن المشتري ربع الثمن فيقسم الثمن
علي الارض والشجر نصفين ثم ما اصاب الشجر يقسم عليه وعلي الثمر
نصفين فكانت حصة الثمر ربع الثمن فيسقط ذلك وله الخيار ان
شا اخذ الارض والشجر بثلثة ارباع الثمر وان شا ترك وجه قول
ابي يوسف ان الثمرة تابعة للشجرة لانها متولدة منها فياخذ الحصة كلها
كما لو اشتري جارية مع ولدها فولدت ولدها ولدا اخر فالولد الثاني يكون له

حصة

حصة من الولد الاول ولهما ان الشجرة تابعة للارض في البيع بدليل انها
تدخل في بيع الارض من غير تسمية ولو هلكت بعد ما دخلت قبل القبض لا يسقط
شي من الثمن دل انها تابعة وما كان تابعا لغيره في حكم لا يستتبع غيره
في ذلك الحكم فكان نظير مسئلتنا ما لو اشتري جارية فولدت ولدا
قبل القبض ثم ولد ولدها لا يكون للولد الثاني حصة من الولد الاول
لان الاول تبع في نفسه فلا يستتبع غيره كذا هاهنا والله اعلم
ويتصل ما ذكرنا الزيادة في المبيع والثمن والحط عن الثمن والكلام فيهما
في موضعين احدهما في اصل الجواز انهما جايزان ام لا والثاني في
بيان شرايط الجواز والثالث في كيفية الجواز اما الاول فقد
اختلف العلما فيه قال اصحابنا الثلثة الزيادة في المبيع والثمن جايزة
مبيعا وثمنا كان العقد ورد علي المزيد عليه والزيادة جميعا من الابتدا
وقال زفر لا يجوز الزيادة مبيعا وثمنا ولكن تكون هبة مبتداة فان
قبضها تصير ملكا له والا يبطل واظهر اقوال الشافعي مثل قولنا اذا كان
في مجلس العقد وان كان بعد الافتراق فقوله مثل قول زفر صورة
المسئلة اذا اشتري رجل عبدا بالف درهم ثم قال المشتري زدتك
خمسماية ثمنا وقبل البايع او قال البايع زدتك هذا العبد الاخر او هذا
الثوب مبيعا وقبل المشتري زادت الزيادة كان الثمن في الاصل
الف وخمسماية والمبيع في الاصل عبدان او عبد وثوب سوا كان ذلك قبل
القبض وبعده وكذلك اذا اشتري عبدين بالف درهم ثم زاد المشتري
في الثمن ماية درهم جازت الزيادة كان الثمن في الاصل الف وماية وتنقسم
الزيادة علي قيمتهما وكذلك لو كان للعبد ثمن مسمي او كان لكل واحد منهما
ثمن مسمي فزاد المشتري في الثمن ماية انقسمت الزيادة علي قدر القيمتين
وعلي هذا الخلاف الزيادة من الوارثين بعد موت العاقدين لان الوارث
خلف المورث في ملكه القايم بعد موته الا تري انه يرد بالعيب ويرد
عليه كان الوارث حي قايم فزاد وعلي هذا الخلاف الزيادة من الوكيل
لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل الوكيل واما الزيادة من
الاجنبي فلا شك ان عندهما لا يجوز واما عندنا فان زاد بامر العاقد
جاز لانه وكيله في الزيادة وان زاد بغير امره وقفت الزيادة علي اجازته
ان اجاز جاز وان رد بطلت الا ان يضمن الزايد الزيادة فيجوز ولا
يتوقف علي اجازة العاقد وان لم يحصل للاجنبي بمقابلة الزيادة شي
وعلي هذا قالوا فيمن اشتري عبدا بالف درهم علي ان يحط خمسماية سوي
الالف علي رجل ضمنه وقبل فالعبد للمشتري وخمسماية علي الثالث من غير
ان يستحق شيا بالخمسماية وذكر في الجامع الصغير اذا قال لرجل بع
هذه الدار من فلان بالف درهم علي اني ضامن لك من الثمن خمسماية ان
البيع علي هذا الشرط صحيح والخمسماية علي الاجنبي ولو قال علي اني ضامن لك
خمسماية ولم يقل من الثمن كان باطلا لا يلزمه شي وعلي هذا الخلاف الزيادة
في المهر المسمي في النكاح واما الزيادة في المنكوحة بالمهر الاول فلا تجوز

بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في راس مال السلم فاما الزيادة في المسلم
فيه فلا تجوز بالاجماع وعلى هذا الخلاف الزيادة في الزيادة الرهن واما
الزيادة في الدين فلا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله استحسانا
وعند ابي يوسف جايز قياسا والفرق لابي حنيفة ومحمد بين الزيادة
في الرهن وبين الزيادة في الدين نذكره في كتاب الرهن ان شا الله تعالى
وعلى هذا الخلاف حط بعض انه جايز عندنا ويلتحق باصل العقد
والثمن هذا القدر من الابتدا حتى لو كان المبيع دارا فالشفيع ياخذها
بالشفعة بما بقي بعد الحط وعنده هبة مبتداة الا ان قيام
الدين عليه او كونه قابلا لاستيفا العقد ليس بشرط لصحة العقد
بلا خلاف بين اصحابنا وفي الزيادة خلاف نذكره ان شا الله تعالى وجه
قول زفر والشافعي ان المبيع من الاسما الاضافية المتقابلة فلا يتصور
مبيع بلا ثمن ولا ثمن بلا مبيع والقول بجواز الزيادة في المبيع مبيعا
وثمنا قول بوجود المبيع ولا ثمن والثمن ولا مبيع لان المبيع اسم
لمال يقابل ملك المشتري وهو الثمن والثمن اسم لمال يقابل ملك
البايع وهو المبيع فالزيادة من البايع لو صحت مبيعا لا تقابل ملك المشتري
بل تقابل ملك نفسه لانه ملك جميع الثمن ولو صحت من المشتري
لا يقابل ملك البايع بل يقابل ملك نفسه لانه ملك جميع المبيع فلا تكون
الزيادة مبيعا وثمنا لانعدام حقيقة المبيع والثمن فيجعل هبة
مبتداة ولان كل المبيع لما صار مقابلا بكل الثمن وكل الثمن بكل المبيع
فالزيادة لو صحت مبيعا وثمنا لخلت عما يقابله فكان فضل مال خال عن
العوض في عقد المعاوضة وهذا تفسير الربوا ولنا في الزيادة في المهر
قوله تعالى فاتوهن اجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به
من بعد الفريضة اي من بعد تلك الفريضة لكن النكرة اذا اعيدت
معرفة يراد بالثاني الاول امر الله باتيان المهور المسماة في النكاح وازالة
الجناح في الزيادة على المسمى لان ما تراضيا به بعد التسمية هو الزيادة
في الثمن المهر فيدل على جواز الزيادة في المهر وروي عن النبي صلى الله
عليه وسلم انه للوزان زن وارجح فانا معاشر الانبيا هكذا نزن
وهذا زيادة في الثمن وقد ندب اليها بالقول والفعل واقل احوال
المندوب اليه الجواز وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
المسلمون عند شروطهم فظاهره يقتضي لزوم الوفا بكل شرط الا ما خص
بدليل لانه يقتضي ان يكون المسلم عند شرطه وانما يكون كذا اذا
لزمه الوفا به وانما يلزمه اذا صحت الزيادة مبيعا وثمنا كما لو ثبتا معا
ابتدا وهذا لان الاصل ان تصرف الانسان يقع على الوجه الذي اوقعه
اذا كان اهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية وقد وجد وقولهما ان
الثمن اسم لما يقابل ملك البايع والمبيع اسم لما يقابل ملك المشتري
قلنا هذا ممنوع بل الثمن اسم لما ازال المشتري ملكه ويده عنه بمقابلة
مال ازال البايع ملكه ويده عنه فيملك كل واحد منهما المال الذي كان

ملك

ملك صاحبه بعد زوال ملكه عنه شرعا على ما عرف ثم نقول حد المبيع
والثمن بطريق الحقيقة والزيادة في المبيع والثمن مبيع وثمن من حيث
الصورة والتسمية ربح بطريق الحقيقة لان الربح حقيقة ما يملك بعقد
المعاوضة لا بمقابلة ما هو ملك حقيقة بل هو من حيث الصورة والتسمية
والزيادة ههنا كذلك فكانت ربحا حقيقة فكان من شرطها ان لا يكون
مقابلة ملك البايع الا تسمية وشرط الشي كيف يمنع صحته وعلى انه
امكن تحقيق معنى المعاوضة في الزيادة لان الموجب الاصلي في البيع هو قيمة
المبيع وهو ماليته لان البيع معاوضة بطريق المعادلة عرفا وعادة
وحقيقة والمقابلة عند التساوي في المالية ولهذا اذا فسدت
التسمية تجب القيمة عندنا والثمن تقدير لمالية المبيع باتفاق العاقدين
واذا زاد في الثمن او المبيع علم انهما اخطا في التقدير وغلطا فيه وما
هو الموجب الاصلي قد ثبت بالبيع فاذا بينا التقدير كان ذلك بيانا
للموجب الاصلي لا انه ابتدا ايجاب فكان عوضا عن ملك العين لا عن ملك
نفسه وهذا الكلام في المهر اغلب لان الموجب الاصلي فيه هو مهر المثل
على ما عرف وعلى انه ان كان لا يمكن تحقيق معنى المقابلة مع بقا العقد
على حاله يمكن تحقيقه مع تغيير العقد من حيث الوصف بان يجعل
الالف بعد الزيادة بمقابلة نصف العبد ليخلو النصف عن الثمن
فيجعل الالف الزيادة بمقابلة النصف الخالي وهذا وان كان تغييرا ولكنهما
قصدا تصحيح التصرف ولا صحة الا بالتغيير ولهما ولاية التغيير الا ترى ان
لهما ولاية الفسخ وانه فوق التغيير لان الفسخ رفع الاصل والوصف والتغيير
تبديل الوصف مع بقا اصل العقد فلما ثبت لهما ولاية الفسخ فولاية التغيير
اولى ولهما حاجة الى التغيير لرفع الغبن او لمقصود اخر حتى اتفقا على
الزيادة وقصدا الصحة ولا صحة الا بهذا الشرط نثبت هذا الشرط مقتضى
تصرفهما تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره اعتق عبدك عني على الف درهم
واما شرط الجواز فمنها القبول من الاخر حتى لو زاد احدهما ولم يقبل
الاخر لم تصح الزيادة ومنها المجلس حتى لو افترقا قبل القبول بطلت الزيادة
لان الزيادة في المبيع والثمن ايجاب البيع فيهما فلا بد من القبول
في المجلس كما في اصل المبيع والثمن واما الحط فلا يشترط له المجلس ولا
القبول لانه تصرف في الثمن بالاسقاط والابرا عن بعضه فيصح من غير قبول
الا انه يرتد بالرد كالابرا عن الثمن كله واما كون الزيادة والمزيد عليه من
غير اموال الربوا فهل هو شرط لصحة الزيادة ثمنا ومبيعا وكذا الحط عن
غير اموال الربوا هل هو شرط لصحته حطا وهل يوثران في فساد العقد
على قول ابي حنيفة ليس بشرط ويوثران فيه وعلى قول ابي يوسف شرط
فيبطلان ولا يوثران في العقد وعلى قول محمد شرط في الزيادة لا في
الحط على ما نذكر ولا يشترط قبض المبيع والثمن لصحة الزيادة فتصح الزيادة
سوا كانت قبل قبض المبيع والثمن او بعده وكذلك الحط لان دليل جواز الزيادة
والحط لا توجب الفصل واما قيام المبيع وقت الزيادة فهل هو شرط لصحة

قبض صح

الزيادة ذكر في الجامع الكبير انه شرط ولم يذكر الخلاف وروي ابو يوسف ومحمد
عن ابي حنيفة رحمهم الله في غير رواية الاصول انه ليس بشرط عنده حتي لو هلك
المبيع في يد المشتري او استهلكه او اعتقه او دبره او استولدها او كان
عصيرا فتخمر او اخرجه المشتري عن ملكه جازت الزيادة عنده وعندهما
لا تجوز وجه قولهما ان الزيادة تصرف في العقد بالتغيير والعقد منعدم
حقيقة الا انه يعطي له حكم القيام لقيام اثره وهو الملك ولم يبق بهلاك
العين حقيقة او حكما فلم يبق العقد حقيقة وحكما فلا يحتمل التغيير
بالزيادة لان الزيادة تثبت عندنا بطريق الاستناد والمستند يثبت
للحال ثم يستند فلا بد وان يجعل شي من المبيع بمقابلة الزيادة للحال ولا
يتصور ذلك بعد هلاك المبيع فلا يحتمل الاستناد ولان الزيادة لا بد وان
يكون لها حصة ولا يتحقق ذلك بعد الهلاك ولابي حنيفة رحمه الله ما
ذكرنا ان الزيادة في الثمن والمبيع لا تستدعي المقابلة لانها ربح في الحقيقة
وان كانت مبيعا وثمنا صورة وتسمية ومن شان الربح ان لا يقابله شي فلا
يكون قيام المبيع شرطا لصحتها قولهما العقد منعدم عند الزيادة قلنا
الزيادة عندنا تجعل كالموجود عند العقد والعقد عند وجوده يحتمل
التغيير ان كانت الزيادة تغييرا علي انا لا نسلم ان قيام المبيع شرط لبقا
المبيع فان البيع بعد هلاك المبيع يحتمل الانتقاض في الجملة بالرد بالعيب
فان المشتري اذا اطلع علي عيب كان به قبل الهلاك يرجع عليه بالنقصان
والرجوع بالنقصان فسخ للبيع في قدر الفايت بالعيب بعد هلاكه وهلاك
وهلاك جميع المعقود عليه في الجملة اذا كان في بقايه فايدة وهاهنا في بقايه
فايدة فيبقي في حقه كما في حق الرجوع بنقصان العيب وعلي هذا الخلاف
الزيادة في مهر المراة بعد موتها انها جايزة عندنا وعنده لا تجوز ولو
اشتري عبدا بجارية وتقابضا ثم مات احدهما ثم زاد احدهما صاحبه
جازت الزيادة عند ابي حنيفة وابي يوسف اما عند ابي حنيفة
فظاهر لان هلاك المبيع عنده لا يمنع الزيادة واما عند ابي يوسف فلانهما
تبايعا عينا بعين والعقد عنده اذا وقع عينا بعين فهلاك احد
العينين لا يمنع صحة الاقالة فلا يمنع صحة الزيادة ولو كان المبيع قايما
لكن قطع رجل يده عند المشتري فاخذ ارشها ثم زاده المشتري في
الثمن شيا جازت الزيادة اما عند ابي حنيفة فظاهر لان هلاك جميع
المعقود عليه قايم فكان العقد قايما فكان محتملا للتغيير بالزيادة
ولو رهن المبيع او اجره ثم زاد المشتري في الثمن جازت الزيادة
بلا خلاف بين اصحابنا علي اختلاف الاصلين علي ما ذكرنا وقال محمد ولو اشتري
جارية وقبضها فماتت في يده فزاد البايع المشتري جارية اخري فالزيادة
جارية جايزة لان زيادة المبيع تثبت مقابلة بالثمن والثمن قايم
ولو زاد المشتري البايع لم تجز لان زيادة الثمن تثبت مقابلة بالمبيع
وانه هالك وهذا قياس قولهما ان قيام المبيع شرط لجواز الزيادة وهلاكه
يكون مانعا اما علي اصل ابي حنيفة رحمه الله فالزيادة في الحالين جايزة

لان

لان قيام المبيع عنده ليس بشرط لصحة الزيادة فلا يكون هلاكه مانعا والله اعلم
واما قيام المعقود عليه فليس بشرط لصحة الحط بالاجماع اما عند ابي حنيفة
رحمه الله فظاهر لانه ليس بشرط لصحة الزيادة فالحط اولي واما عندهما
فلانه ليس من شرط صحة الحط ان يلتحق بالعقد لا محالة الا تري انه يصح
الحط عن جميع الثمن ولا يلتحق اذ لو التحق لعري العقد عن الثمن فلم يلتحق
واعتبر حطا للحال ولان الحط ليس تصرف مقابلة يشترط له قيام المقابل
بل هو تصرف في اسقاط شطره فلا يراعي له قيام المعقود عليه بخلاف الزيادة
لذلك اختلفا ثم الزيادة مع الحط يختلفان في حكم اخر وهو ان الزيادة
تنقسم علي قدر قيمة المبيع والحط لا ينقسم كما لو اشتري عبدين من رجل
بالف وزاده المشتري مائة درهم فان الزيادة تنقسم علي قدر قيمتهما
سوا اشتري ولم يسم لكل واحد منهما ثمنا او سمي وان حط البايع عن
مائة درهم كان الحط نصفين وانما كان كذلك لان الثمن يقابل المبيع فاذا
زاد في ثمن المبيعين مطلقا فلا بد وان تقابلهما الزيادة كاصل الثمن
والمقابلة في غير اموال الربوا تقتضي الانقسام من حيث القيمة بخلاف
الحط لانه تصرف في الثمن خاصة باسقاط بعضه فاذا حط من ثمنهما مطلقا
فقد سوي بينهما في الحط فكان بينهما نصفين وان كان ثمن احدهما اكثر
ولا يلتفت الي زيادة قدر الثمن لان الحط غير مقابل بالثمن حتي يعتبر قيمة
القدر والله اعلم • واما كيفية الجواز فالزيادة في المبيع والثمن عندنا
تلتحق باصل العقد كان العقد من الابتدا ورد علي الاصل والزيادة جميعا
اذا لم تتضمن الالتحاق فساد اصل العقد بلا خلاف بين اصحابنا وكذلك
الحط فاما اذا تضمن ذلك بان كانت الزيادة في اموال الربوا فهل يلتحق به
وتفسده انه لا يلتحق به وكذلك الحط باصل العقد ويفسدانه وقال
ابو يوسف يبطلان ولا يلتحقان به اختلف اصحابنا في ذلك قال ابو حنيفة
رحمه الله الزيادة والحط يلتحقان باصل العقد ويفسدانه وقال ابو يوسف
يبطلان ولا يلتحقان به واصل العقد صحيح علي حاله وقال محمد الزيادة
باطلة والعقد علي حاله والحط جايزة وهبة مبتداة وهذا بنا علي اصل
ذكرناه فيما تقدم ان الشرط الفاسد المتاخر عن العقد الصحيح اذا الحق
به هل يلتحق به ويوثر في فساده ام لا وهو علي الاختلاف الذي ذكرنا
لان الزيادة بمنزلة شرط فاسد متاخر عن العقد الصحيح الحق به فابو
يوسف يقول لا تصح الزيادة والحط في اموال الربوا لان ذلك لو صح لا لتحق
باصل العقد ولو التحق باصل العقد لاوجب فساد العقد لتحقق الربوا
فلم يصح فبقي اصل العقد صحيحا كما كان ومحمد يقول لا تصح الزيادة لما قاله
ابو يوسف فلم يوثر في اصل العقد فتبقي علي حاله ويصح الحط لان الالتحاق
من لوازم الزيادة فاما ليس من لوازم الحط علي ما ذكرنا فيما تقدم
وابو حنيفة رحمه الله يقول الزيادة والحط صحيحان زيادة وحطا
لان العاقدين اوقعاهما زيادة وحطا ولهما ولاية ذلك فيقعان زيادة
وحطا ومن شان الزيادة والحط الالتحاق باصل العقد فيلتحقان به

اصل

فكانت الزيادة والحط هاهنا ابطالا للعقد السابق ولهما ولاية الابطال بالفسخ فكذا بالزيادة والحط والله اعلم ۞ واما البيع الذي فيه خيار فلا يمكن معرفة حكمه الا بعد معرفة انواع الخيارات فنقول وبالله التوفيق الخيارات نوعان نوع يثبت شرعا ونوع يثبت شرعا الا شرطا والشرط لا يخلوا اما ان يثبت نصا واما ان يثبت دلالة اما خيار الثابت بالشرط فنوعان احدهما خيار التعيين والثاني يسمى خيار الشرط اما خيار التعيين فالكلام في جواز الذي فيه خيار التعيين قد ذكرنا في موضعه واما الحاجة هاهنا الى بيان حكم هذا البيع ۞ والى بيان صفة الحكم والى بيان ما يبطل به الخيار بعد ثبوته ويلزم ۞ اما الاول فحكمه ثبوت الملك للمشتري في احد المذكورين غير عين وخيار التعيين اليه عرف ذلك بنص كلامهما حيث قال البايع بعت منك احد هذين الثوبين او هذين العبدين او الدابتين او غيرهما من الاشيا المتفاوته على ان تاخذ ايهما شيت وقبل المشتري وهذا ثبوت الملك للمشتري في احدهما وثبوت خيار التعيين له والاخر يكون ملك البايع امانة في يده اذا قبضه لانه قبضه باذن المالك لا على وجه التمليك ولا على وجه الثبوت فكان امانة وليس للمشتري ان ياخذهما جميعا لان المبيع احدهما ولو هلك احدهما قبل القبض لا يبطل البيع لانه يحتمل ان يكون الهالك هو المبيع فيبطل البيع بهلاكه ويحتمل ان يكون غيره فلا يبطل والبيع قد صح بيقين وقع الشك في بطلانه فلا يقع الشك يبطل بالشك ولكن المشتري بالخيار ان شا اخذ الباقي بثمنه وان شا ترك لان المبيع قد تغير قبل القبض بالتعيين فوجب الخيار ولو كان اشترى احد الاثواب الثلاثه فهلك واحد منها وبقي اثنان لا يبطل البيع لما قلنا وللمشتري ان ياخذ ايهما شا لان الهالك اذا لم يتعين للبيع كان المبيع احد الباقيين فكان له ان ياخذ ايهما شا وله ان يتركهما كما لو اشترى احدهما من الابتدا ولو هلك قبل القبض بطل البيع لان المبيع قد هلك بيقين فيبطل البيع والله اعلم ۞ واما صفة هذا الحكم فهو ان الملك الثابت بهذا البيع قبل الاختيار ملك غير لازم وللمشتري ان يردهما جميعا لان خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الروية يمنع لزوم الملك فكان محتملا للفسخ وهذا لان جواز هذا النوع من البيع انما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم الى ذلك على ما بينا فيما تقدم ولا تنتقدم حاجتهم الا بعدم اللزوم لانه عسى لا يوافقه كلاهما جميعا فيحتاج الى ردهما ۞ واما بيان ما يبطل به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به الخيار ويلزم البيع في الاصل نوعان اختياري وضروري والاختياري نوعان احدهما صريح الاختيار وما يجري مجرى الصريح والثاني الاختيار من طريق الدلالة اما الصريح فهو ان يقول اخترت هذا الثوب او شيته او رضيت به او اجزته وما يجري هذا المجرى لانه لما اختار احدهما فقد عين ملكه فيه فسقط خيار التعيين

ولزمه

ولزمه البيع واما الاختيار من طريق الدلالة فهو ان يوجد منه فعل في احدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف دليل اختيار الملك في الشرا بشرط الخيار وسنذكر ذلك في البيع بشرط الخيار ان شا الله تعالى ولو تصرف البايع في احدهما فتصرفه موقوف ان يعين ما تصرف فيه للبيع لم ينفذ تصرفه لانه تبين انه تصرف في ملك غيره وان تعين ما تصرف فيه للامانة نفذ تصرفه لانه ظهر انه تصرف في ملك نفسه فنفذ واما الضروري فنحو ان يهلك احدهما بعد القبض فيبطل الخيار لان الهالك منهما تعين للبيع ولزمه وتعين الاخر للامانة لان احدهما مبيع والاخر امانة والامانة منهما مستحق الرد على البايع وقد خرج الهالك عن احتمال الرد فتعين الباقي للرد فتعين الهالك للبيع ضرورة ولو هلكا جميعا بعد القبض فلا يخلوا اما ان هلكا على التعاقب واما ان هلكا معا لزمه نصف كل واحد منهما لانه ليس احدهما بالتعيين اولى من الاخر فشاع البيع فيهما جميعا ولو هلكا على التعاقب لكنهما اختلفا في ترتيب الهلاك فان كان ثمنهما متساويا فلا فايدة في هذا الخلاف لان ايهما هلك اولا فثمن الاخر مثله فلا يفيد الاختلاف وان كان متفاوتا بان كان ثمن احدهما اكثر فادعى البايع هلاك اكثرهما ثمنا وادعى المشتري اقلهما ثمنا كان المشتر ابو يوسف رحمه الله اولا يقول يتحالفان وايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وان حلفا جميعا يجعل كانهما هلكا معا ويلزمه نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع وقال القول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لانهما اتفقا على اصل الدين واختلفا في قدره والاصل ان الاختلاف متى وقع بين صاحب الدين وبين المديون في قدر الدين او في نوعه او جنسه او صفته كان القول قول المديون مع يمينه لان صاحب الدين يدعي عليه زيادة وهو ينكر فكان القول قوله مع وايهما اقام البينة قبلت بينته وسقطت اليمين وان اقاما البينة فالبينة بينة البايع لانها تظهر زيادة ولو تعيب احدهما فان كان قبل القبض لا يتعين المبيع المعيب للبيع لان التعيب لم يوجد لا نصا ولا دلالة ولا ضرورة الى التعيين ايضا لامكان الرد والمشتري على خياره ان شا المعيب منهما وان شا اخذ الاخر وان شا تركهما كما لو لم يتعيب اصلا فان اخذ المعيب منهما اخذه بجميع ثمنه لانه تبين انه هو المبيع من اصله الاصل وكذلك لو تعيبا جميعا فالمشتري على خياره لما قلنا وان كان بعد القبض تعين المعيب للبيع ولزمه ثمنه وتعين الاخر للامانه كما اذا هلك بعد القبض لان تعيب المبيع هلاك بعضه ولهذا منع الرد والزم البيع في المبيع المعين فكذا في غير المعين يمنع الرد وتعين المبيع ولو تعيبا جميعا فان كان على التعاقب لزم الاول ولزمه ثمنه ويرد الاخر لما قلنا ولا يغرم بحدوث العيب شيا لما قلنا انه امانه وان تعيبا معا لا يتعين احدهما للبيع لانه ليس احدهما بالتعيين اولى من الاخر وللمشتري ان ياخذ ايهما شا بثمنه لانه اذا لم يتعين احدهما للبيع بقي المشتري على خياره الا انه ليس له ان

تعين صح

يردهما جميعا لان البيع قد لزم في احدهما بتعيبهما في يد المشتري وبطل خيار الشرط
وهذا يويد قول من يقول من المشايخ ان هذا البيع فيه خيار ان خيار التعيين وخيار
الشرط ولا بد له من رتبة معلومة اذ لو لم يكن لملك ردهما جميعا كما لو لم يتعيب
احدهما اصلا لكنه لم يملك لان ردهما جميعا قبل التعييب يثبت حكما لخيار الشرط
وقد بطل خيار الشرط بعد تعيبهما معا فلم يملك ردهما وبقي خيار التعيين فملك
رد احدهما ولو ازداد عيب احدهما او حدث معه غيره لزمه ذلك لان عدم
التعيين للمزاحمة وقد بطلت بزيادة عيب احدهما او حدوث عيب اخر معه
ولا يبطل هذا الخيار بموت المشتري بل يورث بخلاف خيار الشرط لان خيار
التعيين انما يثبت للمورث لثبوت الملك له في احدهما غير عين وقد قام الوارث
مقامه في ذلك الملك فله ان يختار ايهما شا دون الاخر الا انه ليس له ان يردهما
جميعا وقد كان للمورث ذلك وهذا يويد قول اوليك المشايخ انه لا بد من خيارين
في هذا البيع وقد بطل احدهما وهو خيار الشرط بالموت لانه لا يورث على اصل اصحابنا
فبطل الحكم المختص به وهو ولاية ردهما جميعا هذا اذا اشتري احدهما شرا صحيحا فاما
اذا اشتري احدهما شرا فاسدا بان قال له البايع بعت منك احد هذين
بكذا ولم يذكر الخيار اصلا فان المشتري لا يملك واحدا منهما قبل القبض لان البيع
الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فان قبضهما ملك احدهما ملكا فاسدا وايهما
هلك لزمته قيمته لانه تعين للبيع والبيع الفاسد يوجب الملك بالقيمة ولو هلك
احدهما فان كانت على التعاقب لزمته قيمة الهالك الاول لانه تعين للبيع وهو
بيع فاسد فيفيد الملك بالقيمة وان هلكا معا لزمه نصف قيمة كل واحد منهما
لانه ليس احدهما بتعيينه للمبيع اولى من الاخر فشاع البيع فيهما ولو تعيب احدهما
فعليه ان يردهما جميعا اما غير المعيب فلانه امانة واما المعيب فلانه تعين للبيع
والمشترا شرا فاسدا اوجب الرد فيردهما ويرد معهما نصف نقصان العيب لان
المتعيب يحتمل ان يكون هو المبيع فيجب نقصان العيب ويحتمل ان يكون هو الامانة
فلا يجب شي ولا دلالة على التعيين فيتنصف الواجب ولو تعيب الاخر بعد ذلك فكذلك
الجواب في نقصان الاخر لان احدهما امانة والاخر مضمون بالقيمة ولو تعيبا معا
فكذلك يردهما مع نقصان كل واحد منهما لان احدهما ليس باولى من الاخر في التعيين
للبيع ولو تصرف المشتري في احدهما يجوز تصرفه فيه ولزمته قيمته ولا يجوز
تصرفه في الاخر بعد ذلك لان المتصرف فيه تعين للبيع ولو تصرف البايع
في احدهما فتصرفه موقوف ان رد عليه ذلك نفذ تصرفه فيه لانه تبين انه
تصرف في ملك نفسه وان لم يرد عليه وتصرف فيه المشتري نفذ تصرف
المشتري فيه ولزمته قيمته وبطل تصرف البايع فيه وكذلك اذا هلك في يد
المشتري والاصل ان في كل موضع يلزم المشتري الثمن في البيع الصحيح يلزمه القيمة
في البيع الفاسد والله اعلم هذا اذا كان الخيار للمشتري اما اذا كان الخيار للبايع
فلا يزول احدهما عن ملكه بنفس البيع وله ان يلزم المشتري اي ثوب شا
وليس للخيار وليس للمشتري خيار الترك لان البيع بات في جانبه وللبايع ان
يفسخ المبيع لانه غير لازم وليس للبايع ان يلزمهما المشتري لان المبيع احدهما
ولو هلك احدهما قبل القبض لا يبطل البيع ويهلك امانة لما ذكرنا في خيار المشتري

وخيار البايع على حاله ان شا الزم المشتري الباقي منهما لانه تعين للبيع وان شا البيع فيه لانه
غير لازم وليس ان يلزمه الهالك لانه هلك امانة وان هلكا جميعا قبل القبض بطل
البيع بهلاك المبيع قبل القبض بيقين وان هلك احدهما بعد القبض كان الهالك
امانة ايضا كما لو هلك قبل القبض والزمه الباقي منهما ان شا وان شا فسخ البيع
فيه لان خيار البايع يمنع زوال السلعة عن ملكه فيهلك على ملك البايع وله الخيار
لما قلنا وان هلكا جميعا فان كان هلاكهما على التعاقب فالاول يهلك امانة وعليه قيمة احدهما
هلاكا لانه تعين للبيع وانه مبيع هلك في يد المشتري وفيه خيار البايع فتجب قيمته
وان هلكا معا لزمه ثمنه نصف قيمة كل واحد منهما لانه احدهما بالتعيين اولى من
الاخر ولو تعيب احدهما او تعيبا معا قبل القبض او بعده فخيار القبض على حاله لان
المتعيب لم يتعين للبيع لانعدام المعين فكان البايع على خياره له ان يلزم المشتري
ايهما شا كما قبل التعيب ثم اذا الزمه احدهما ينظر ان كان ذلك غير المتعيب منهما
لزمه ما الزمه ولا خيار للمشتري في تركه لانعدام التعين فيه وان كان ما الزمه
هو المتعيب فان تعيب قبل القبض فالمشتري بالخيار لان المبيع قد تغير قبل
القبض يوجب الخيار للمشتري وان تعيب بعد القبض فلا خيار له لان التعين بعد
القبض لا يثبت الخيار وان شا البايع فسخ واستردهما لان البيع غير لازم فله ولاية
الفسخ ثم ينظر ان تعيبهما في يد البايع فلا شي له لانهما تعيبا لا في ضمان المشتري
وان كان تعيبهما في يد المشتري فللبايع ان ياخذ من المشتري نصف نقصان كل
واحد منهما لان احدهما مضمون عنده بالقيمة والاخر عنده بالامانة ولا يعلم احدهما
من الاخر ولا يجوز للمشتري ان يتصرف فيهما او في احدهما لان احدهما ليس بمبيع بيقين
والاخر مبيع لكن لبايعه فيه خيار وخيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه ولو تصرف
البايع في احدهما جاز تصرفه فيه ويتعين الاخر للبيع وله خيار الالزام فيه والفسخ
ولو تصرف فيهما جميعا جاز تصرفه فيهما ويكون فسخا للبيع لان تصرفه فيهما دليل ابقاء
الملك فيهما فيتضمن فسخ البيع كما في المبيع المعين والله اعلم بالصواب ٥ واما خيار
الشرط فالكلام في جواز البيع بشرط الخيار وشرايه قد مر في موضعه وانما الحاجة
هاهنا الى بيان صفة هذا البيع والى بيان حكمه والى بيان ما يسقط به الخيار
ويلزم البيع والى بيان ما ينفسخ به البيع د اما صفته فهي انه بيع غير لازم لان
الخيار يمنع لزوم الصفقة قال عمر رضي الله عنه البيع صفقة او خيار ولان الخيار
هو التخيير بين البيع والاجازة وهذا يمنع اللزوم كخيار العيب وخيار الروية ثم
الخيار كما يمنع لزوم الصفقة فعدم القبض يمنع تمام الصفقة لان الثابت بنفس
البيع غير متاكد وانما التاكيد بالقبض وعلى هذا يخرج ما اذا كان المبيع شيا واحدا
او اشيا انه ليس لمن له الخيار ان يجيز البيع في البعض دون البعض من غير رضي الاخر
سوا كان الخيار للبايع او للمشتري وسوا كان المبيع مقبوضا او غير مقبوض لان الاجازة
في البعض دون البعض تفريق الصفقة في اللزوم وكما لا يجوز تفريق اصل الصفقة
وهو الايجاب والقبول الا برضا العاقدين بان يقبل البيع في بعض المبيع دون
البعض بعد اضافة الايجاب والقبول الى جملته او يوجب البيع في بعض المبيع دون
البعض بعد اضافة القبول الى جملته لا يجوز في وصفهما وهو ان يلزم البيع في
البعض دون البعض الا برضاهما ولو هلك احد العبدين في يد البايع والخيار

وخيار

له لم يكن له ان يجيز البيع في الباقي لان البيع انفسخ في قدر الهالك والاجازة في
الباقي تكون تفريق الصفقة على المشتري فلا يجوز من غير رضاه ولو هلك احدهما
في يد المشتري فللبائع ان يجيز البيع في الباقي في قياس قول ابي حنيفة وابي
يوسف وقال محمد ينتقض البيع وليس له ان يجيز البيع في الباقي وان كان المبيع مما
له مثل من المكيل والموزون والعددي المتقارب فهلك بعضه فللبائع ان يجيز
البيع في الباقي بلا خلاف وجه قول محمد ان الاجازة هاهنا بمنزلة انشاء التمليك لان
خيار البائع يمنع خروج المبيع من ملكه فكان للاجازة حكم الانشاء والهالك منهما
خرج عن احتمال الانشاء والانشاء في الباقي تمليك بحصته من الثمن وهي مجهولة
فيما لا مثل له فلم يحتمل الانشاء وفيما له مثل معلومة فاحتمل الانشاء وجه قولهما
ان عند الاجازة يظهر ان العقد من حين وجوده انعقد في حق الحكم بدون
الاجازة [illegible] فلم يكن الهلاك مانعا من الاجازة وقوله الاجازة هاهنا انشاء
قلنا ممنوع فان العقد ينعقد في حق الحكم بدون الاجازة من الا انقضاء المدة
وبموت من له الخيار ولو كانت الاجازة انشاء لتوقف حكم العقد على وجودها
وهذا بخلاف بيع الفضولي اذا هلك المبيع قبل الاجازة ثم اجاز المالك لم يجز
وهاهنا جاز فهلاك المبيع في بيع الفضولي يمنع من الاجازة وهاهنا لا يمنع ووجه
الفرق ان بيع الفضولي يثبت بطريق الاستناد والمستند ظاهر من وجه مقتصر
من وجه فكانت الاجازة اظهارا من وجه انشاء من وجه فمن حيث انها
اظهار كان لا تتوقف صحته على قيام المحل فمن حيث انها انشاء تقف عليه فاما
في البيع بشرط الخيار فالحكم يثبت عند الاجازة بطريق الظهور المحض فكانت
الاجازة اظهارا ان العقد من وقت وجوده انعقد في حق الحكم والمحل كان
قابلا وقت العقد فهلاكه بعد ذلك لا يمنع من الاجازة والله اعلم وعلى هذا
يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله في رجلين اشتريا شيا على انهما بالخيار فيه
ثلثة ايام فاختار احدهما انه يلزم البيع حتى لا يملك الاخر الفسخ احترازا عن تفريق
الصفقة في اللزوم وسنذكر المسلة في خيار العيب ان شا الله تعالى
واما حكم هذا البيع فقد اختلف العلما فيه قال اصحابنا لا حكم له
للحال والخيار يمنع انعقاد العقد في الحكم للحال لمن له الخيار بل هو للحال موقوف
على معنى انه لا يعرف حكمه للحال وانما يعرف عند سقوط الخيار لانه لا يدري
انه يتصل به الفسخ او الاجازة فيتوقف الجواب للحال وهذا تفسير التوقف
عندنا وقال الشافعي مثل قولنا وفي قول هو منعقد مفيد للملك لكن
ملكا مسلطا على فسخه بالخيار وجه قوله ان البيع بشرط الخيار لا يفارق
البيع البات الا في الخيار والخيار لا يمنع ثبوت الملك كخيار العيب بالاجماع
وخيار الروية على اصلكم ولنا ان جواز هذا البيع مع انه معدول به عن
القياس للحاجة الى دفع الغبن ولا اندفاع الى هذه الحاجة الا بامتناع ثبوت
الملك للحال لان من الجايز ان يكون المشتري قريب المشتري فلو ملكه
للحال فلا يندفع حاجته ثم الخيار لا يخلو اما ان كان للبايع والمشتري
جميعا واما ان كان للبايع وحده واما ان كان للمشتري وحده واما ان كان
لغيرهما بان شرط احدهما الخيار لثالث فان كان الخيار لهما جميعا فلا ينعقد

في قول سم

في حق الحكم في البدلين فلا يزول المبيع عن ملك البايع ولا يدخل في ملك المشتري
ولا يدخل في ملك البايع لان المانع من الانعقاد في حق الحكم موجود من الجانبين
جميعا وهو الخيار وان كان للبايع وحده فلا ينعقد في حق الحكم في حقه حتى لا يزول
عن ملكه ولا يجوز للمشتري ان يتصرف ويخرج الثمن عن ملك المشتري
لان البيع بات في حقه وهل يدخل في ملك البايع عند ابي حنيفة رحمه الله لا يدخل
وعند ابي يوسف ومحمد يدخل وان كان للمشتري وحده لا يدخل في حق الحكم في
حقه حتى يزول الثمن عن ملكه ولا يجوز للبايع التصرف فيه اذا كان عينا
ولا يستحقه على المشتري اذا كان دينا ويخرج المبيع عن ملك البايع حتى لا
يجوز له التصرف فيه لان البيع بات في حقه وهل يدخل في ملك المشتري
عند ابي حنيفه لا يدخل وعندهما يدخل وجه قولهما ان ثبوت الحكم عند
وجود المستدعي هو الاصل والامتناع بعارض والمانع هاهنا هو الخيار
وانه وجد من احد الجانبين لا غير فيعمل في المنع فيه لا في الجانب الاخر الا
ترى كيف خرج المبيع من ملك البايع اذا كان الخيار للثمن للبايع والثمن عن
ملك المشتري اذا كان الخيار للبايع فدل ان البيع بات في حق من لا خيار
له فيعمل في بيان هذا الحكم الذي وضع له وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان
الخيار اذا كان للبايع فالمبيع لم يخرج عن ملكه واذا كان للمشتري فالثمن لم
يخرج عن ملكه وهذا يمنع عن دخول الثمن في ملك البايع في الاول ودخول
المبيع في ملك المشتري في الثاني لوجهين احدهما انه جمع بين البدل والمبدل
في عقد المبادلة وهذا لا يجوز والثاني ان في هذا ترك التسوية في عقد
المعاوضة وهذا لا يجوز لانهما لا يرضيان بالتفاوت وقولهما البيع بات
في حق من لا خيار له قلنا هذا يوجب البتات في حق الزوال لا في حق
الثبوت لان البيع من احد الجانبين اثر في المنع من الزوال وامتناع الزوال
من احد الجانبين يمنع الثبوت من الجانب الاخر ان كان لا يمنع الزوال
لما ذكرنا من الوجهين ويتفرع على هذا الاصل بين ابي حنيفه وابي يوسف
ومحمد رحمهم الله مسايل منها اذا اشترى ذا رحم محرم منه على انه
بالخيار ثلثة ايام لا يعتق عليه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل
في ملكه عنده ولا عتق بدون الملك وهو على خياره ان شا فسخ البيع
وان شا اجاز فان فسخه لا يعتق لان العبد عاد الى ملك البايع وان
اجازه عتق لانه سقط الخيار ولزم العقد فيلزمه وعندهما يعتق عليه
بنفس الشرا ويلزم الثمن ويبطل خياره لانه دخل في ملكه ولو قال لعبد
الغير ان اشتريتك فانت حر فاشتراه على انه بالخيار ثلثة ايام
عتق عليه بالاجماع اما عندهما فظاهر لانه ملكه بنفس الشرا فوجد
شرط الحنث فيعتق واما عند ابي حنيفة فلان المعلق بالشرط كالمنجز
عند وجود الشرط ولو نجز عتقه بعد شرايه بشرط الخيار عتق وسقط
خياره لكون الاعتاق اجازة واختيارا للملك على ما نذكر كذا هذا ومنها
اذا اشترى جارية قد ولدت منه بالنكاح على انه بالخيار ثلثة ايام
لا تصير ام ولد له عند ابي حنيفة لانها لم تدخل في ملكه وهو على

خياره ان شا فسخ البيع وعادت الى ملك البايع وان شا اجازه وصارت ام ولد
له ولزمه الثمن وعندهما صارت ام ولد له بنفس الشرا لانها دخلت في ملكه
فبطل خياره ولزمه الثمن ومنها اذا اشتري زوجته بشرط الخيار ثلثة
ايام لا يفسد النكاح عند ابي حنيفة رحمه الله لانها لم تدخل في ملكه عنده
وعندهما فسد لدخولها في ملكه وملك احد الجانبين رقبة صاحبه او شقصا
منها يرفع النكاح فان وطيها في مدة الخيار فان كانت بكرا كان اجازة بالاجماع اما
عند ابي حنيفة فلاجل النقصان بازالة البكارة وهي العذرة لا لاجل الوطي لان
النكاح قايم فكان حل الوطي قايما فلا حاجة الى ملك اليمين واما عندهما فلاجل
النقصان والوطي جميعا فان كانت ثيبا لا يبطل خياره عند ابي حنيفة رحمه الله
لان بطلان الخيار لضرورة حل الوطي ولا ضرورة لان ملك قايم فكان حل الوطي
ثابتا فلا ضرورة الى ملك اليمين بحل الوطي فلم يبطل الخيار وعندهما يبطل الخيار
لضرورة حل الوطي بملك اليمين لارتفاع النكاح بنفس الشرا بخلاف ما اذا
لم تكن الجارية زوجة له ووطيها انه يكون اجازة سوا كانت بكرا او ثيبا لان
حل الوطي هناك لا يثبت الا بملك اليمين لانعدام النكاح فكان اقدامه على
الوطي اختيارا للملك فيبطل الخيار ومنها اذا اشتري جارية على انه بالخيار
ثلثة ايام وقبضها فحاضت عنده في مدة الخيار حيضة كاملة او بعض حيضة
في مدة الخيار فاجاز البيع لا يجتزي بتلك الحيضة في الاستبرا عند ابي حنيفة
وعليه ان يستبريها بحيضة اخري لانها لم تدخل في ملكه عنده فلم يوجد
سبب وجوب الاستبرا وعندهما يحتسب بها لانها دخلت في ملكه فكانت
الحيضة بعد وجود سبب الاستبرا فكانت محسوبة منه ولو كان اختار
فسخ البيع ورد الجارية فلا استبرا على البايع عند ابي حنيفة رحمه الله سوا
كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما قبل القبض القياس ان يجب
وفي الاستحسان لا يجب وبعد القبض يجب قياسا واستحسانا لا يجب
ونقض وبعد القبض يجب قياسا واستحسانا على ما ذكرنا في مسايل الاستبرا
وان كان الخيار للبايع ففسخ العقد لا يجب عليه الاستبرا لانها لم تخرج
عن ملكه وان اجازه فعلى المشتري ان يستبريها بعد الاجازة والقبض
بحيضة اخري بالاجماع لانه ملكها بعد الاجازة بعد القبض ملكا مطلقا
ومنها اذا اشتري شيا بعينه على انه بالخيار ثلثة ايام فقبضه باذن
البايع ثم اودعه البايع في مدة الخيار فهلك في مدة الخيار او بعدها
يهلك على البايع ويبطل البيع عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل في ملك
المشتري ولما رده على البايع فقد ارتفع قبضه فهلك المبيع قبل القبض
وعندهما يهلك على المشتري ويلزمه الثمن لانه دخل في ملكه اعني المشتري
فقد اودع ملك نفسه ويد المودع يده فهلاكه في يده نفسه ولو كان الخيار
للبايع فسلمه الى المشتري ثم ان المشتري اودعه البايع في مدة الخيار
فهلك في يد البايع قبل جواز البيع او بعده يبطل البيع بالاجماع ولو
كان البيع باتا فقبضه المشتري باذن البايع او بغير اذنه والثمن
منقود او موجل وله خيار روية او خيار عيب فاودعه البايع فهلك

عند البايع يهلك على المشتري ويلزمه الثمن بالاجماع لان خيار الروية
والعيب لا يمنع انعقاد العقد في حق الحكم فكان مودعا ملك نفسه ۞ ومنها
اذا اشتري ذمي من ذمي خمرا او خنزيرا على انه بالخيار ثلثة ايام وقبضه
ثم اسلم المشتري بطل العقد عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لم يدخل في ملك
المشتري والمسلم ممنوع عن تملك الخمر بالبيع وعندهما يلزم العقد ولا
يبطل لانه دخل في ملك المشتري والاسلام يمنع من اخراجه عن ملكه
ولو اسلم البايع لا يبطل البيع بالاجماع لان البيع بات في جانبه والاسلام
في البيع البات لا يوجب بطلانه اذا كان بعد القبض والمشتري على خياره
فان اجاز البيع جاز ولزمه الثمن وان فسخ انفسخ وصار الخمر للبايع حكما والمسلم
من ان يتملك الخمر حكما الا تري يتملكها بالميراث ولو كان الخيار للبايع فاسلم
البايع بطل الخيار لان خيار البايع يمنع خروج السلعة عن ملكه والاسلام
يمنع اخراج الخمر عن ملكه بالعقد فبطل العقد ولو اسلم المشتري لا يبطل
البيع لان البيع بات في جانبه والبايع على خياره فان فسخ البيع عادت الخمر
اليه وان اجازه صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من اهل ان يتملكها
كما في الارث ولو كان البيع باتا فاسلما او اسلم احدهما لا يبطل البيع
لان الاسلام مني ورد والحرام مقبوض يلاقيه بالعفو لانه لم يثبت بعد
الاسلام ملك مبتدا لثبوتها بالعقد والقبض على الكمال وانما يوجد
بعد الاسلام دوام الملك والاسلام لا ينافيه فان المسلم اذا تخمر عصيره
لا يومر بابطال ملكه فيها بدا كله اذا اسلما او اسلم احدهما بعد القبض
فاما اذا كانا قبل القبض بطل البيع كيف ما كان سوا كان البيع باتا او بشرط
الخيار لهما او لاحدهما لان الاسلام متي ورد والحرام غير مقبوض يمنع من
قبضه بحكم العقد لما في القبض من معني انشا العقد من وجه فيلحق
به في باب المحرمات احتياطا على ما ذكرنا فيما تقدم وقد تظهر فوايد هذا
الاصل في فوايد اخر يطول ذكرها وان كان المبيع دارا فان كان الخيار
للبايع لا يثبت للشفيع فيها حق الشفعة لان المبيع لم يخرج عن ملك البايع
وان كان للمشتري يثبت للشفيع حق الشفعة بالاجماع اما على اصلهما
فظاهر لان المبيع في ملك المشتري واما على اصل ابي حنيفة فالمبيع وان لم
يدخل في ملك المشتري لكنه قد زال عن ملك بالاجماع وحق الشفعة
يعتمد زوال الملك لا ثبوت ملك المشتري والله اعلم ۞ ولو تبايعا
عبدا بجارية والخيار للبايع فاعتق البايع نفذ اعتاقه وانفسخ البيع
لان خيار البايع يمنع زوال العبد عن ملكه فقد اعتق ملك نفسه فنفذ
وان اعتق الجارية نفذ ايضا ولزم البيع اما على اصلهما فظاهر لانه ملكها
فقد اعتق مال نفسه واما على اصل ابي حنيفة وان لم يملكها بالعقد
لكن الاقدام على الاعتاق دليل قصد الملك اذ لا وجود للعتق الا بالملك
ولا ملك الا بسقوط الخيار فيتضمن اقدامه على الاعتاق اسقاط الخيار
ولو اعتقهما معا نفذ اعتاقهما جميعا ونفذ البيع وعليه قيمة الجارية
وعندهما نفذ اعتاقهما ولا شي عليه اما نفوذ اعتاقهما اما العبد

فلا شك فيه لانه لم يخرج عن ملك البايع بلا خلاف واما الجارية فكذلك علي اصلهما
لانها دخلت في ملكه وعند ابي حنيفة وان لم تدخل في ملكه بنفس العقد
فقد دخلت مقتضي الاقدام علي اعتاقهما علي ما بينا فاعتاقهما صادف محلا
مملوكا للمعتق فنفذ واما لزوم قيمة الجارية عند ابي حنيفة فلان العبد بدل
الجارية وقد هلك قبل التسليم بالاعتاق وهلاك المبيع قبل التسليم يوجب
بطلان البيع واذا بطل البيع وجب رد الجارية وقد عجز عن ردها بسبب العتق
فيغرم قيمتها ولو اعتق المشتري العبد او الجارية لم ينفذ اعتاقه
اما العبد فلانه لم يدخل في ملكه واما الجارية فلانها خرجت عن ملكه
والله اعلم واما بيان ما يسقط به الخيار ويلزم البيع فنقول وبالله التوفيق
اما خيار البيع فما يسقط به خياره ويلزم البيع في الاصل نوعان احدهما
اختياري والاخر ضروري اما الاختياري فالاصل لان الاصل هو لزوم
البيع والامتناع بعارض الخيار وقد بطل بالاجازة فيلزم البيع والاجازة
نوعان صريح وما هو في معني الصريح ودلالة الا اما الاول فنحو ان
البايع اجزت البيع او اوجبته او اسقطت الخيار او ابطلته وما يجري
هذا المجري سوا علم المشتري بالاجازة او لم يعلم واما الاجازة بطريق
الدلالة فهي ان يوجد منه تصرف في الثمن يدل علي الاجازة وايجاب
البيع فالاقدام عليه يكون اجازة للبيع دلالة والاصل فيه ما روي ان
رسول الله صلي الله عليه وسلم قال لبريرة حين اعتقت ملكت بضعك
فاختاري وان وطئك زوجك فلا خيار لك فقد جعل النبي صلي الله
عليه وسلم تمكينها من الوطي دليل بطلان الخيار فصار ذلك اصلا ان الخيار
كما يسقط بصريح الاسقاط يسقط بالاسقاط من طريق الدلالة وعلي هذا
يخرج ما اذا كان الثمن عينا فتصرف البايع فيه تصرف الملاك بان باعه او
ساومه او اعتقه او دبره او كاتبه او اجره او رهنه ونحو ذلك لان
ذلك يكون اجازة للبيع اما علي اصلهما فلان الثمن دخل في ملك البايع فكان
التصرف فيه دليل تقرر ملكه وانه دليل اجازة البيع واما علي اصل ابي حنيفة
رحمه الله فالاقدام علي التصرف يكون دليل اختيار الملك فيه وذا دليل
الاجازة وكذلك اذا كان الثمن دينا فابرا البايع المشتري من
او اشتري شيا منه او وهبه من المشتري فهو اجازة للبيع لما قلنا ويصح
شراوه وهبته لانه هبة الدين والشرا به ممن عليه الدين وانه جايز
وكذا لو ساومه البايع بالثمن الذي في ذمته شيا لانه قصد تملك ذلك الشي
ولا يمكنه التملك الا بثبوت ملكه في الثمن او تقرره فيه ولو اشتري
بالثمن شيا من غيره لم يصح الشرا وكان اجازة اما عدم صحة الشرا فلانه شرا
بالدين من غير من عليه الدين واما كونه اجازة للبيع فلان الشرا به من
غيره وان لم يصح لكنه قصد التملك كما اذا ساومه بل اولي لان الشرا به
في الدلالة علي قصد التملك فوق المساومة اجازة فالشرا اولي بخلاف
ما اذا كان البايع قبض الثمن الذي هو دين فاشتري به شيا انه لا يكون
اجازة لان عين المقبوض ليس مستحق الرد عند الفسخ لان الدراهم

والدنانير

والدنانير لا يتعينان عندنا في الفسخ كما لا يتعينان في العقد فلم يكن المقبوض
فيه مستحق الرد فلا يكون التصرف فيه دليل الاجازة بخلاف ما اذا اشتري
به قبل القبض لانه اضاف الشرا الي عين ما هو مستحق بالعقد فكان دليل القصد
الي الملك او تقرره فيه علي ما بينا ولو كان الخيار للمشتري فابراه البايع من المشتري
قال ابو يوسف لا يصح الابرا لان خيار المشتري يمنع وجوب الثمن والابرا
اسقاط واسقاط ما ليس بثابت لا يتصور وروي عن محمد انه اذا اجاز البيع
نفذ الابرا لان الملك يثبت مستندا الي وقت البيع فيتبين ان الثمن كان واجبا
فكان ابرا بعد الوجوب فينفذ والله اعلم ۝ واما الضروري فثلثة اشيا
احدها مضي مدة الخيار لان الخيار موقت به والموقت الي غاية ينتهي عند
وجود الغاية لكن هل تدخل الغاية بان شرط الخيار الي الليل او الي الغد
هل يدخل الليل والغد قال ابو حنيفة يدخل وقال ابو يوسف ومحمد لا يدخل
وجه قولهما ان الغاية لا تدخل تحت ما ضربت له الغاية كما في قوله تعالي ثم
اتموا الصيام الي الليل حتي لا يجب الصوم في الليل وكما في التاجيل ان
الغاية لا تدخل تحت الاجل كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان الغايات
منقسمة غاية اخراج وغاية اثبات فغاية الاخراج تدخل فيما له الغاية
كما في قوله تعالي فاغسلوا وجوهكم وايديكم الي المرافق والغاية ههنا
في معني غاية الاخراج الا تري لو لم يذكر الوقت اصلا لاقتضي ثبوت
الخيار في الاوقات كلها حتي لم يصح لانه في معني شرط خيار موبد بخلاف
التاجيل الي غاية فانه لولا ذكر الغاية لم يثبت التاجيل اصلا فكانت
الغاية غاية اثبات فلم تدخل تحت ما ضربت له الغاية ۝ والثاني
موت البايع في مدة الخيار عندنا وقال الشافعي لا يبطل الخيار بموته
بل يقوم الوارث مقامه في الفسخ والاجازة والله اعلم ۝ ولقب
هذه المسئلة ان خيار الشرط هل يورث ام لا عندنا لا يورث وعنده
يورث واجمعوا علي ان خيار القبول لا يورث وكذلك الاجازة في بيع
الفضولي لا يورث بالاجماع وكذا الاجل لا يورث بالاتفاق واجمعوا
علي ان خيار العيب وخيار التعيين يورث واما خيار الروية فلم
يذكر في الاصل وذكر في الحيل انه لا يورث وكذا روي بن سماعة
عن محمد انه لا يورث احتج الشافعي بظواهر ايات المواريث حيث اثبت
الله تعالي الارث في المتروك مطلقا والخيار متروك فيجري فيه الارث
وبما روي بن سماعة عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال من ترك
مالا او حقا فلورثته والخيار حق تركه فيكون لورثته ولانه حق ثبت
بالبيع فيجري فيه الارث كالملك الثابت به وهذا لان الارث كما يثبت
في الاملاك يثبت في الحقوق الثابتة بالبيع ولهذا يثبت في خيار العيب
وخيار التعيين كذا هذا ولنا ان الخيار لو ثبت للوارث لم يخل من ان
يثبت ابتدا او بطريق الارث لا سبيل الي الاول لان شرط الخيار لم
يوجد من الوارث ابتدا واثبات الخيار له من غير وجود شرط الخيار
منه خلاف الحقيقة ولا سبيل الي الثاني لان الارث يعتمد البقا في بعد

موت المورث وخياره لا يبقى بعد موته لان خياره هو تخيره بين الفسخ والاجا
ولا يتصور ذلك منه بعد موته فلا يورث بخلاف خيار العيب والتعيين
لان الموروث هناك محتمل للارث وهو العين المملوكة واما الاية والحديث
فنقول بموجبهما لكن لما قلتم ان الخيار متروك لا وهذا لان المتروك عين
تبقى والخيار عرض لا يبقى فلم يكن متروكا فلا يورث والله اعلم ۞ والثالث
اجازة احد الشريكين ثا عند ابي حنيفة بان باعا على انهما بالخيار فاجاز
احدهما بطل الخيار ولزم البيع عنده حتى لا يملك صاحبه الفسخ وعندهما
لا يبطل وخيار الاخر على حاله وسنذكر المسلة في خيار العيب ان شا الله تعا
ولو بلغ الصبي في مدة خيار شرطه الاب او الوصي لنفسه في بيع مال
الصبي هل يبطل الخيار قال ابو يوسف يبطل ويلزم العقد وقال محمد
تنتقل الاجازة الى الصبي فلا يملك الولي الاجازة لكنه يملك الفسخ وجه
قول محمد ان الولي يتصرف في مال الصبي بطريق النيابة عنه شرعا
لعجزه عن التصرف بنفسه وقد زال العجز بالبلوغ الاجازة اليه
الا انه يملك الفسخ لانه من باب دفع الحق فيملكه كالفضولي في البيع
انه يملك الفسخ قبل اجازة المالك وان لم يملك الاجازة وجه قول
ابي يوسف ان الخيار ثبت للولي وهو ولاية الفسخ والاجازة وقد بطل
بالبلوغ فلا يحتمل الانتقال الى الصبي ولهذا لم ينتقل الى الوارث بموت
من له الخيار ولو عجز المكاتب في مدة خيار شرطه لنفسه في البيع بطل
الخيار ولزم البيع في قولهم جميعا لانه لما عجز ورد الى الرق لم يبق له
ولاية الفسخ والاجازة فيسقط الخيار ضرورة كما يسقط بالموت وكذلك
العبد الماذون اذا حجر عليه المولى في مدة الخيار بطل خياره عند ابي
يوسف واحدى الروايتين عن محمد لما قلنا ولو اشترى الاب او الوصي
شيا بدين في الذمة وشرط الخيار لنفسه ثم بلغ الصبي جاز العقد
عليهما والصبي بالخيار ان شا اجاز العقد وان شا فسخ اما الجواز عليهما
فلانه ولايتهما قد انقطعت بالبلوغ فلا يملكان التصرف بالفسخ والاجازة
فبطل خيارهما وجاز العقد في حقهما واما خيار الصبي فلان الجواز واللزوم
لم يثبت في حقه وانما يثبت في حقهما فكان له خيار الفسخ والاجازة واما
خيار المشتري فيسقط بما يسقط به خيار البايع وبغيره ايضا فيسقط
بمضي وبموت من له الخيار عندنا واجازة احد الشريكين عند ابي
حنيفة والاجازة تصريح وما هو في معنى التصريح ودلالة وهو ان تصرف
المشتري تصرف في المبيع تصرف الملاك كالبيع والمساومة والاعتاق
والتدبير والكتابة والاجارة والهبة والرهن سلم او لم يسلم لان جواز
هذه التصرفات يعتمد الملك فالاقدام عليها يكون دليل قصد التملك او
تقرر الملك على اختلاف الاصلين وذا دليل الاجازة وكذا الوطي منه
والتقبيل بشهوة والمباشرة بشهوة والنظر الى فرجها بشهوة يكون
اجازة منه لانه تصرف لا يحل الا بملك اليمين واما المس لا عن شهوة
والنظر الى فرجها لغير شهوة فلا يكون اجازة لان ذلك مباح في الجملة

بدون

بدون الملك والطبيب والقابلة واما الاستخدام فالقياس ان يكون اجازة
بمنزلة المس واعن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة وفي الاستحسان لا يكون
لانه لا يختص بالملك ولانه يحتاج اليه للتجربة والامتحان لينظر انه يوافقه
ام لا على ان فيه ضرورة لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن بان يساله ثوبه عند
ارادة الرد فيرده او يستسرجه دابته ليركبها فيرده فسقط اعتباره
لمكان الضرورة ولو قبلت الجارية المشتري لشهوة او باشرته فان كان ذلك
بتمكين المشتري بان علم ذلك منها وتركها حتى فعلت يسقط خياره وكذا
هذا في خيار الروية اذا قبلته بعد الروية وكذا في خيار العيب اذا وجد
بها عيبا ثم قبلته وكذا في الطلاق اذا فعلت ذلك كان رجعة وان اختلست
اختلاسا من غير تمكين المشتري وهو كاره لذلك فكذلك عند ابي حنيفة
وروي عن ابي يوسف انه لا يكون رجعة ولا اجازة للبيع وقال محمد لا يكون
فعلها اجازة للبيع كيف ما كان واجمعوا على انها لو باضعته وهو نايم
بان ادخلت فرجه فرجها انه يسقط الخيار ويكون رجعة وجه قول محمد
ان الخيار شرط له ولم يوجد منه ما يبطله نصا ولا دلالة وهو فعل يدل
عليه فلا يبطل ولابي حنيفة رحمه الله ان الاحتياط يوجب سقوط الخيار
اذ لو لم يسقط ومن الجايز التعيين ان يفسخ البيع ليتبين ان المس عن
شهوة والتمكين من المس عن شهوة حصل من غير ملك وكل ذلك حرام
فكان سقوط الخيار وطريق الرجعة وثبوت الرجعة طريق الصيانة عن
ارتكاب الحرام وانه واجب ولان المس عن شهوة يفضي الى الوطي والسبب
المفضي الى الشي يقوم مقامه خصوصا في موضع الاحتياط فاقيم ذلك مقام
الوطي من المشتري ولهذا يثبت حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة من
الجانبين لكونه سببا مفضيا الى الوطي فاقيم مقامه كذا هذا ولو قبل
المشتري الجارية ثم قال قبلتها بغير شهوة فالقول قوله كذا روي
عن محمد لان الخيار كان ثابتا له وهو بقوله كان بغير شهوة ينكر سقوطه
فكان القول قوله وكذلك قال ابو حنيفة في الجارية اذا قبلت المشتري
بشهوة انه انما يسقط الخيار ويلزم العقد اذا اقر المشتري انها
فعلت لشهوة فاما اذا انكر ان يكون لشهوة فلا يسقط خياره لان حكم
فعلها يلزم المشتري بسقوط حقه فيتوقف على اقراره ولو حدث في
المبيع في يد المشتري ما يمنع الرد على البايع بطل خياره لان فايدة الخيار
هو التمكن من الفسخ والرد فاذا خرج عن احتمال الرد لم يكن في بقا الخيار
فايدة فلا يبقى وذلك نحو ما اذا هلك في يده او انتقص بان تعيب بعيب
لا يحتمل الارتفاع سوا فاحشا او يسيرا وسوا كان ذلك بفعل المشتري
او بفعل البايع او بافة سماوية او بفعل المبيع او بفعل الاجنبي لان حدوث
هذه المعاني في يد المشتري يمنع الرد اما الهلاك فظاهر وكذا
النقصان لفوات شرط الرد وهو ان يكون كما قبض لانه اذا انتقص شي
منه فقد تعذر رد القدر الفايت فتقرر على المشتري حصته من
الثمن لان فواته حصل في ضمان المشتري فلو رد الباقي كان ذلك تفريق

الصفقة على البايع قبل التمام وهذا لايجوز واذا امتنع الرد بطل الخيار لما قلنا
هذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف ايضا الا في خصلة واحدة وهي
ما اذا انتقص بفعل البايع فان المشتري فيهما على خياره عنده ان شا رد عليه
وان شا امسكه واخذ الارش من البايع كذا ذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي الاختلاف وقد ذكر الكرخي الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد وان كان العيب مما يحتمل الامتناع كالمرض فالمشتري على خياره
ان شا فسخ وان شا اجاز لان كل عارض ابدا على اصل اذا ارتفع يلحق بالعدم
ويجعل كانه لم يكن هذا هو الاصل وليس ان يفسخ الا ان يرتفع العيب في مدة
الخيار فان مضت المدة والعيب قايم بطل حق الفسخ ولزم البيع لتعذر الرد
والله اعلم ● وعلى هذا يخرج ما ازداد المبيع زيادة متصلة غير متولدة من الاصل
كما اذا كان ثوبا فصبغه او سويقا فلته بسمن او كان ارضا فبني عليها او غرس
فيها انه يبطل خياره لان منع الزيادة مانعة من الرد بالاجماع فكانت مسقطة
للخيار ولو كانت الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالحسن والجمال والسمن
والبرء من المرض وانجلا البياض من العين ونحو ذلك فكذلك عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله لا يبطل بنا على ان منع
الزيادة تمنع الرد عندهما كما في العيب في المهر في النكاح وعنده لا تمنع والمسلة
تاتي في موضعها ان شا الله تعالى وان كانت الزيادة منفصلة متولدة من الاصل
كالولد والثمر واللبن ونحوها او كانت غير متولدة من الاصل لكنها بدل الجزء الفا[يت]
كالارش او بدل ما هو في معنى الجزء كالعقر يبطل خياره لانها مانعة من الرد عندنا
وان كانت منفصلة غير متولدة من الاصل ولا هي بدل الجزء الفايت او ما هو في
معنى الجزء كالصدقة والكسب والغلة لا يبطل خياره لان منع الزيادة لا تمنع
الرد فلا يبطل الخيار فان اختار البيع فالزوايد له مع الاصل لانه تبين انها كسب
ملكه فكان ملكه فان اختار الفسخ رد الاصل مع الزوايد عند ابي حنيفة
رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد الزوايد تكون له بنا على ان ملك المبيع كان
موقوفا فاذا فسخ تبين انه لم يدخل في ملكه فتبين ان الزيادة حصلت
على ملك البايع فيردها اليه مع الاصل وعندهما المبيع دخل في ملك المشتري
فكانت الزوايد حاصلة على ملكه والفسخ يظهر في الاصل لا في الزيادة
فبقيت على حكم ملك المشتري ولو كان المبيع دابة فركبها فان ركبها لحاجة
نفسه كان اجازة وان ركبها ليسقيها او يشتري لها علفا او ليردها على
بايعها فالقياس ان يكون اجازة لانه يمكنه ان يفعل ذلك قودا وفي
الاستحسان لا يكون اجازة وهو على خياره لان ذلك مما لا بد منه
خصوصا اذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك من
ضرورات الرد فلا يجعل اجازة ولو ركبها لينظر الى سيرها لا يبطل خياره
لانه لا بد له من ذلك للاختبار بخلاف خيار العيب انه اذا ركبها لينظر
الى ركضها بعدما علم بالعيب انه يبطل خياره لان له منه بدا اذ لا حاجة
الى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب ولو كان
المبيع ثوبا فلبسه لينظر الى قصره من طوله وعرضه لا يبطل خياره

لان ذلك مما يحتاج اليه للتجربة والامتحان انه يوافقه ام لا فلم يكن منه بد
ولو ركب الدابة ليعرف سيرها ثم ركبها مرة اخرى ينظر ان ركبها لمعرفة
سير اخر غير الاول بان ركبها مرة ليعرف انها هملاج ثم ركبها ثانيا ليعرف
سرعة عدوها فهو على خياره لان معرفة السيرين مقصودة تقع الحاجة
اليها في بعض الدواب وان ركبها لمعرفة السير الاول قالوا يسقط الخيار
وكذا في استخدام الرقيق اذا استخدم في نوع ثم استخدم في ذلك النوع
قالوا يسقط خياره وبعض مشايخنا قالوا لا يسقط لان الاختبار لا يحصل
بالمرة الواحدة لجواز ان الاول وقع اتفاقا الى التكرار لمعرفة العادة وفي
الثوب اذا لبس مرة ليعرف الطول والعرض ثم لبسه ثانيا يسقط خياره
لانه لا حاجة الى تكرار اللبس في الثوب لحصول المقصود باللبس مرة
واحدة ولو حمل على الدابة علفا فهو على خياره لانه لا يمكنه حمل العلف على غيرها
ولو قص حوافرها او اخذ من عرفها شيا فهو على خياره لانه تصرف لا يختص
بالملك اذ هو من باب الاصلاح فيملكه كل احد ويكون ماذونا فيه دلالة
كما لو علفها او سقاها ولو ودجها او بزغها فهو اجازة لانه تصرف فيها بالتنقيص
وان كان شاة فحلبها او شرب لبنها فهو اجازة لانه لا يحل الا بالملك او الاذن
من المالك ولم يوجد الاذن فكان دليلا على قصد التملك او التقرير
فيكون اجازة ولو كان المبيع دارا فسكنها المشتري او اسكنها غيره باجر
او بغير اجر او رم شيا منها او جصصها او طينها او احدث فيها شيا او
هدم فيها شيا فذلك كله اجازة لانه دليل اختيار الملك او تقريره فكان
اجازة لانه دليل اختيار الملك او تقريره فكان اجازة دلالة وذكر الطحاوي
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في سكنى المشتري روايتان ووفق
بينهما فحمل احداهما على ابتدا السكنى والاخرى على الدوام عليه ولو كان
ساكنا باجر فباعها البايع برضا المشتري بالمستاجر وشرط الخيار
للمشتري المستاجر فيها او استنادي الغلة فهو اجازة لان الاجرة بدل المنفعة
فكان اخذها دلالة قصد تملك المنفعة او تقرير ملك المنفعة وذلك قصد
تملك الدار او تقرر ملكه فيها فكان اجازة ولو كان المبيع ارضا فيها حرث
فسقاه او حصده او فصل منه شيا فهو اجازة لان السقي تصرف في الحرث
بالتركية فكان اختيار البيع وايجابه وكذا الفصل تصرف فيه بالتنقيص
فكان دليل قصد التملك او التقرر ولو شرب من نهر تلك الارض او
سقى منه دوابه لا يكون اجازة لان هذا تصرف لا يختص بالملك لانه مباح
ولو كان المبيع رحا فطحن فيها فان طحن ليعرف مقدار طحنها فهو على خياره
لتحقق ما شرع له الخيار ولو كان على ذلك كان اجازة لانه لا حاجة الى الزيادة
الى فكان دليل الرضا بوجوب البيع واما خيار البايع والمشتري جميعا
فيسقط بما يسقط به حالة الانفراد فايهما اجاز صريحا او ما يجري مجرى
الصريح او فعل ما يدل على الاجازة بطل خياره ولزم البيع من جانبه
والاخر على خياره ان شا فسخ وان شا لم يفسخ وايهما فسخ صريحا او ما يجري
مجرى الصريح او فعل ما يدل على الفسخ انفسخ اصلا وراسا ولا تلحقه الاجازة

من صاحبه بعد ذلك وانما اختلف حكم الفسخ والاجازة لان الفسخ تصرف في العقد بالابطال والعقد متى بطل لا يحتمل الاجازة لان الباطل متلاشي واما الاجازة فهي تصرف في العقد بالتغيير وهو الالزام لا بالاعدام فلا تخرجه عن احتمال الفسخ والاجازة ولو اجاز احدهما وفسخ الاخر انفسخ العقد سوا كانا على التعاقب او على القران لان الفسخ اقوى من الاجازة الا ترى انه يلحق الاجازة فان المجاز يحتمل الفسخ فاما الاجازة فلا تلحق الفسخ فان المفسوخ لا يحتمل الاجازة فكان الفسخ من الاجازة اولى ولو اختلفا في الفسخ والاجازة فقال احدهما فسخنا البيع وقال الاخر بل اجزنا جميعا البيع فاختلافهما لا يخلو من ان يكون في مدة او بعد مضي مدة الخيار فان كان في المدة فالقول قول من يدعي الفسخ لان احدهما ينفرد بالفسخ واحدهما لا ينفرد بالاجازة ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة من يدعي الاجازة لان المدعي وان كان بعد مضي المدة فقال احدهما مضت المدة بعد الفسخ وقال الاخر بعد الاجازة فالقول قول من يدعي الاجازة لان الحال حال الجواز وهو بعد انقضا المدة فيترجح جانبه بشهادة الحال فكان القول قوله ولو قامت لهما بينة فالبينة بينة مدعي الفسخ لانها تثبت امرا بخلاف الظاهر والبينات شرعت له وان كان الخيار لاحدهما واختلفا في الفسخ والاجازة في مدة الخيار فالقول قول من له الخيار سوا ادعى الفسخ او الاجازة لانه يملك الامرين جميعا والبينة بينة الاخر لانه هو المدعي ولو كان اختلافهما بعد مضي مدة الخيار فالقول قول من يدعي الاجازة ايهما كان لان الحال حال الجواز وهي بعد مضي المدة ولو ارخت البينات في هذا كله فاسبقهما تاريخا اولى سوا قاما على الفسخ او على الاجازة والله اعلم وان كان خيار الشرط لغير العاقدين بان شرط احدهما الخيار لاجنبي فقد ذكرنا ان ذلك جايز وللشارط والمشروط له خيار الفسخ والاجازة وايهما اجاز جاز وايهما فسخ انفسخ لانه صار شارطا لنفسه مقتضى الشرط لغيره وصار المشروط بمنزلة الوكيل للشارط في الفسخ والاجازة فان اجاز احدهما وفسخ الاخر فان كانا على التعاقب فاولهما اولى فسخا كان او اجازة لان الثابت بالشرط احد الامرين فايهما سبق وجوده يبطل الاخر ولو كان الاخر كانا معا ذكر في البيوع ان تصرف المالك اولى نقضا كان او اجازة وذكر في الماذون ان النقض اولى من ايهما كان وجه رواية البيوع ان تصرف المالك صدر عن ولاية الملك فلا يعارضه الصادر عن ولاية النيابة وجه رواية الماذون ان النقض اقوى من الاجازة لان المجاز يحتمل اما المفسوخ فلا يحتمل الاجازة فكان الرجحان للنقض من ايهما كان وقيل ما روي في البيوع قول محمد لانه يقدم ولاية الملك واصل ما ذكر في النوادر ان الوكيل بالبيع اذا باع من انسان وباع المالك من غيره وخرج الكلامان معا ان بيع الموكل اولى عند محمد وعند ابي يوسف يجعل العبد نصفين ويخير كل واحد من المشتريين والله اعلم ۞ واما بيان ما ينفسخ به فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرايطه فنقول وبالله التوفيق ما ينفسخ به في الاصل نوعان

اختياري وضروري فالاختياري نوعان ايضا صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة اما الاول فنحو ان يقول من له الخيار فسخت البيع او نقضته او ابطلته وما يجري هذا المجرى فينفسخ البيع سوا كان الخيار للبايع او للمشتري او لهما او لغيرهما ولا يشترط له التراضي ولا قضا القاضي لان الفسخ حصل بتسليط صاحبه عليه واما الفسخ من طريق الدلالة فهو ان يتصرف من له الخيار تصرف الملاك ان كان الخيار للبايع وفي الثمن اذا كان عينا ان كان الخيار للمشتري لان الخيار اذا كان للبايع فتصرفه في البيع تصرف الملاك دليل استبقا ملكه فيه واذا كان للمشتري فتصرفه للمشتري في الثمن اذا كان عينا تصرف الملاك دليل استبقا ملكه فيه ولا يكون ذلك الا بالفسخ والاقدام عليه يكون فسخا للعقد دلالة والحاصل ان ما وجد من البايع في المبيع ما لو وجد منه في الثمن اذا كان عينا لو وجد ذلك منه في المبيع لكان اجازة للبيع يكون فسخا للبيع وقد ذكرنا ذلك كله وهذا النوع من الفسخ لا يقف على علم صاحبه بلا خلاف بخلاف النوع الاول لان الانفساخ ههنا لا يثبت بالفسخ مقصودا وانما يثبت ضمنا لغيره فلا يشترط ما يشترط للفسخ مقصودا كبيع الشرب والطريق انه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للارض والله اعلم واما الضروري فنحو ان يهلك المبيع قبل القبض فيبطل البيع سوا كان الخيار للبايع او للمشتري او لهما جميعا لانه لو كان باتا لبطل فاذا كان فيه خيار الشرط اولى لانه اضعف منه وان هلك بعد القبض فان كان الخيار للبايع فكذلك يبطل البيع ولكن يلزمه القيمة ان لم يكن له مثل والمثل ان كان له مثل اما بطلان البيع فلان المبيع صار بحال لا يحتمل انشا العقد عليه فلا يحتمل الاجازة فينفسخ العقد ضرورة واما لزوم القيمة فقول عامة العلما وقال ابن ابي ليلى يهلك امانة وجه قوله ان الخيار منع انعقاد العقد في حق الحكم فكان المبيع على حكم ملك البايع امانة في يد المشتري فهلك هلاك الامانات ولنا ان البيع وان لم ينعقد في حق الحكم لكن المبيع في قبض المشتري على حكم البيع فلا يكون دون المقبوض على سوم الشرا بل فوقه لان هناك لم يوجد العقد لا بنفسه ولا بحكمه وههنا ان لم يثبت حكم العقد فقد وجد بنفسه فذاك مضمون بالقيمة او بالمثل فههنا اولى وان كان الخيار للمشتري لا يبطل البيع ولكن يبطل الخيار ويلزم البيع وعليه الثمن اما على اصلهما فظاهر لان المشتري ملكه بالعقد فاذا قبضه فقد تقرر عليه الثمن فاذا هلك يهلك مضمونا بالثمن كما في البيع البات واما على اصل ابي حنيفة فالمشتري وان لم يملكه فقد اعترض في يده قبيل القبض ما يمنع الرد وهو التعيب بعيب لم يكن عند البايع لان الهلاك في يده لا يخلو عن تقدم عيب عادة لانه لا يخلو عن سبب مونة في الهلاك عادة فانه يكون عيبا وتعيب المبيع في يد المشتري يمنع الرد ويلزم البيع لما ذكرنا فيما تقدم فاذا هلك يهلك بالثمن فاذا ولو استهلك المبيع اجنبي والخيار للبايع لا ينفسخ البيع والبايع على خياره

لانه يهلك الي خلف وهو الضمان لوجود سبب الوجوب للضمان وهو اتلاف مال متقوم مملوك لغيره لان خيار البايع يمنع خروج عن ملكه والهالك الي خلف قايم معني فكان المبيع قايما فكان محتملا للاجازة سوا كان المبيع في يد المشتري او في يد البايع لانه مضمون بالاتلاف في الحالين جميعا فان شا فسخ البيع واتبع الجاني بالضمان وكذلك لو استهلكه المشتري لانه وجب الضمان عليه بالاستهلاك لوجود سبب الوجوب والضمان بدل المضمون فيقوم مقامه فكان المبيع قايما معني فكان الخيار علي حاله فان شا فسخ البيع واتبع المشتري بالضمان وان شا اجازه واتبعه الثمن ولو تعيب المبيع في يد البايع فان كان بافة سماوية او بفعل المبيع لا يبطل البيع وهو علي خياره لان ما انتقص منه من غير فعله فهو غير مضمون عليه حيث لا يسقط بحصته شي من الثمن فلا ينفسخ البيع في قدر الضمان بايقا الخيار ولانه يودي الي تفريق الصفقة علي المشتري فان شا فسخ البيع وان شا اجازه فان اجاز فالمشتري بالخيار ان شا اخذه بجميع الثمن وان شا ترك لتغير المبيع قبل القبض وان كان بفعل البايع بطل البيع لان ما انتقص بفعله فهو مضمون عليه حتي يسقط عن المشتري حصة قدر النقصان من الثمن فالاجازة تتضمن تفريق الصفقة علي المشتري قبل التمام وان كان بفعل اجنبي لم يبطل البيع في قدر الهالك فكان البايع علي خياره ان شا فسخ البيع واتبع الجاني بالارش وان شا اجاز واتبع المشتري بالثمن والمشتري اتبع الجاني بالارش وكذلك لو تعيب بفعل المشتري لا يبطل البيع والبايع علي خياره لان المبيع علي ملك البايع فكان قدر النقصان مضمونا علي المشتري فكان هلاكا الي خلف فكان البيع علي حاله والبايع علي خياره ان شا فسخ واتبع المشتري بالضمان وان شا اجازه واتبعه بالثمن وكذلك اذا تعيب في يد المشتري بفعل اجنبي او بفعل المشتري او بافة سماوية فالبايع علي خياره فان شا اجاز البيع وان شا فسخه فان اجاز اخذ من المشتري جميع الثمن سوا كان التعيب بفعل المشتري او بفعل الاجنبي او بافة سماوية لان البيع جاز في الكل ولا يكون للمشتري خيار الرد بحدوث التغير في المبيع لانه حدث في يده في ضمانه غير انه ان كان التعيب بفعل المشتري فلا سبيل علي احد وان كان بفعل الاجنبي فللمشتري ان يتبع الجاني بالارش لانه ملك العبد باجازة البايع من وقت البيع فتبين ان الجناية حصلت علي ملكه وان فسخ ينظر ان كان التعيب بفعل المشتري فان البايع ياخذ الباقي وياخذ ارش الجناية من المشتري لان العبد كان مضمونا علي المشتري بالقيمة الا تري لو هلك في يده لزمته قيمته وبالفسخ وجب عليه رده وقد عجز عن قدر رد الفايت فيلزمه رد قيمته وكذلك اذا تعيب بافة سماوية لما قلنا وان كان التعيب بفعل اجنبي فالبايع بالخيار ان شا اتبع الاجنبي بالارش لان الجناية حصلت علي ملكه وان شا اتبع المشتري لان الجناية حصلت في ضمان المشتري فان اختار اتباع الاجنبي فالاجنبي لا يرجع علي احد لانه ضمن بفعل نفسه

وان اختار اتباع الجاني المشتري فالمشتري يرجع بما ضمن من الارش علي الاجنبي لان المشتري قام مقام البايع في حق ملك بدل الفايت وان لم يقم مقامه في حق ملك الفايت كغاصب المدبر اذا قتل المدبر في يده وضمنه المالك ان له ان يرجع بما ضمن علي القاتل وان لم يملك نفس المدبر كذا هذا والله اعلم • واما شرايط جواز الفسخ • فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا بطل فقد لزم البيع فلا يحتمل الفسخ • ومنها علم صاحبه بالفسخ عند ابي حنيفة ومحمد حتي لو فسخ بغير علمه كان فسخه موقوفا عندهما ان علم صاحبه بفسخه في مدة الخيار نفذ وان لم يعلم حتي مضت المدة لزم العقد وكذا لو اجاز الفاسخ العقد نفذ قبل علم صاحبه جازت اجازته ولزم العقد وبطل فسخه وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال علم صاحبه ليس بشرط حتي لو فسخ يصح فسخه علم صاحبه بالفسخ اولا وروي عن ابي يوسف انه فصل بين خيار البايع وخيار المشتري فلم يشترط العلم في خيار البايع وشرط في خيار المشتري واما خيار الروية فهو علي هذا الاختلاف ذكره الكرخي ولا خلاف بين اصحابنا في خيار العيب ان العلم بالفسخ فيه شرط سوا كان بعد القضا او قبله واجمعوا علي ان عزل الموكل وكيله بغير علمه وان لا يصح فسخ احد الشريكين الشركة او نهي رب المال المضارب عن التصرف بغير علم لا يصح وجه قول ابي يوسف انه يملك الاجازة بغير علم صاحبه فيملك والجامع بينهما ان كل واحد منهما حصل بتسليط صاحبه عليه ورضاه فلا معني للتوقف علي علمه كالوكيل بالبيع اذا باع من غير علم الموكل وجه قولهما ان الفسخ لو نفذ بغير علم لتضرر به صاحبه فلا ينفذ دفعا للضرر عنه كالموكل اذا عزل وكيله بغير علمه وبيان الضرر ان صاحبه اذا لم يعلم بالفسخ فتصرف في المبيع بعد مضي مدة الخيار علي ظن انه ملكه فلو جاز الفسخ من غير علمه لتبين انه تصرف في ملك غيره وانه سبب لوجوب الضمان فيتضرر به ولهذا لم يجز عزل الوكيل بغير علمه كذا هذا بخلاف الاجازة انه يصح من غير علمه لانه لا ضرر فيه وكذا لا ضرر في بيع الوكيل بغير علم الموكل والله اعلم • ومنها ان لا يكون في الفسخ تفريق الصفقة حتي لا يملك الاجازة في البعض دون البعض لانه تفريق الصفقة قبل تمامها والله اعلم • واما الخيار الثابت بالشرط دلالة فهو خيار العيب • والكلام في بيع المعيب في مواضع • في بيان حكمه • وفي بيان صفة الحكم • وفي تفسير العيب الذي يوجب الخيار وتفصيل المفسر • وفي بيان شرايط ثبوت الخيار وفي طريق اثبات العيب • وفي بيان كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته • وفي بيان من تلزمه الخصومة بعد في العيب ومن لا تلزمه وفي بيان ما يمنع الرد بالعيب • وفي بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع • وفي بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما لا يمنع • وفي بيان طريق الرجوع • اما حكمه فهو ثبوت الملك للمشتري في المبيع للحال لان ركن البيع مطلق عن الشرط والثابت بدلالة النص شرط السلامة لا شرط السبب ولا شرط الحكم واثره في منع اللزوم لا

في منع اصل الحكم بخلاف البيع بشرط الخيار لان الشرط المنصوص عليه هناك دخل على
السبب فيمنع انعقاده في حق الحكم في مدة الخيار ٭ واما صفته فهو انه ملك
غير لازم لان السلامة شرط في العقد دلالة فما لم يسلم المبيع لا يلزم البيع فلا
يلزمه حكمه والدليل على ان السلامة مشروطة في العقد دلالة ان السلامة
في البيع مطلوبة المشتري عادة الى اخره لان غرضه الانتفاع بالمبيع ولا
يتكامل انتفاعه الا بقيد السلامة ولانه لم يدفع جميع الثمن الا ليسلم له جميع المبيع
فكانت السلامة مشروطة في العقد دلالة فكانت كالمشروطة فاذا فاتت كان
له الخيار كما اذا اشترى جارية على انها بكر او على انها طباخة فلم يجدها كذلك وكذا
السلامة من مقتضيات العقد ايضا لانه عقد معاوضة والمعاوضات
مبناها على المساواة في مقابلة البدل بالمبدل والسلامة بالسلامة فكان اطلاق
العقد مقتضيا للسلامة فاذا لم يسلم المبيع للمشتري ثبت له الخيار ولان
المشتري يطالبه بتسليم قدر الفايت بالعيب بحكم العقد وهو عاجز عن تسليمه
فيثبت الخيار ولان السلامة لما كانت مرغوبة المشتري ولم تحصل فقد
احتمل رضاه وهذا يوجب الخيار لان الرضا شرط صحة البيع قال الله تعالى
يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض
منكم فانعدام الرضا يمنع صحة البيع واختلاله يوجب الخيار فيه اثباتا
للحكم على قدر الدليل والاصل في شرعية هذا الخيار ما روي عن رسول الله
عليه وسلم انه قال من اشترى شاة محفلة فوجدها مصراة فهو بخير
النظرين ثلثة ايام وفي رواية فهو باحد النظرين الى ثلثة ايام ان شا
امسك وان شا رد ومعها صاعا من تمر والنظران المذكوران هما نظر الامساك
والرد وذكر الثلاث في الحديث ليس للتوقيت لان هذا النوع من الخيار
ليس بموقت بل هو بنا الامر على الغالب المعتاد لان المشتري ان كان به عيب
يقف على المشتري في هذه المدة عادة فرضي به فيمسك او لا يرضى به فيرد
والصاع من التمر كان فيه اللبن الذي حلبه المشتري علمه رسول الله صلى
الله عليه وسلم بطريق المشاهدة والله اعلم ٭ واما تفسير العيب الذي
يوجب الخيار وتفصيل المفسر فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار
نقصانا فاحشا او يسيرا فهو عيب يوجب الخيار وهلا فلا نحو العمى والعور
والحول والقبل وهو نوع من الحول مصدر الاقبل وهو الذي كانه ينظر
الى طرف انفه والسبل وهو زيادة في الاجفان والعشى مصدر الاعشى
وهو لا يبصر بالليل والخوص مصدر الاخوص وهو غائر العين والحوص مصدر
الاحوص وهو الضيق موخر العين والخرب وهو ورم في الاماق وهي
اطراف العين التي تلي الانف وهو درور الدمع دايما والظفرة وهي التي
يقال لها بالفارسية ناحنه والشتر وهو انقلاب جفن العين والبرص
والقرع والسلع والشلل والزمانة والفدع وهو اعوجاج في الرسغ من
اليد او الرجل والفحج مصدر الافحج وهو الذي يتدانى عقباه وينكشف
ساقاه في المشي والصكك مصدر الاصك وهو الذي يصكك ركبتاه
والحنف مصدر الاحنف وهو الذي اقبلت احدى ابهاميه على الاخرى

والبري

والبري مصدر الابري وهو خروج الصدر والعسر مصدر الاعسر وهو
الذي يعمل بشماله والاصبع الزايدة والناقصة والسن الشاغية والسودا
والناقصة والظفر الاسود والبخر وهو نتن الفم في الجواري لا في العبيد
الا ان يكون فاحشا لانه حينيذ يكون عن دا والدفر وهو نتن الابط في
الجارية لا في الغلام الا ان يفحش فيكون عيبا فيهما جميعا والادر مصدر
الادرة وهو الذي به ادرة يقال لها بالفارسية فتح والرتق وهو انسداد
فرج الجارية والعفل وهو انتفاخ فرجها والقرن وهو في النسا كالادرة
في الرجال والشمط والشيب في الجواري والعبيد والثولول والقروح
والشجاج والامراض كلها والحبل في الجواري لا في البهايم لانه زيادة في
البهيمة وحذف الحروف في المصحف او في بعضه والزنا في الجارية لا في الغلام
لانه يفسد الفراش وقد يقصد الافراش في الاما بخلاف الغلام الا ان
يفحش وصار اتباع النسا عادة له فيكون عيبا فيه ايضا لانه يوجب
تعطيل منافعه على المولى وكذا اذا ظهر بعد وجوب الحد عليه فهو عيب
وقال بعض مشايخ بلخ الزنا يكون عيبا في الغلام ايضا لانه لا يوتمن على اهل
البيت فلا يستخدم وهذا ليس بسديد لان الغلام الكبير لا يشترى
للاستخدام في البيت بل للاعمال الخارجة وكون المشترى ولد الزنا في الجارية
لا في العبيد لما ذكرنا انه يقصد الفراش من الجواري فاذا جارت جات بولد
يعير ولده بامه بخلاف الغلام لانه لا يشترى للخدمة منه عادة والكفر في
الجارية والغلام لان طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر واما الاسلام
بان اشترى نصرانى عبدا فوجده مسلما لان الاسلام زيادة والنكاح
في الجارية والغلام لان منافع بضع الجارية مملوكة للزوج والعبد يباع
في المهر والنفقة فيوجب ذلك نقصانا في ثمنها والعدة من طلاق رجعي
لا من طلاق باين او ثلاث لان الرجعي لا يوجب زوال الملك بخلاف الباين
والثلاث واحتباس الحيضة في الجارية البالغة مدة طويلة شهران
فصاعدا والاستحاضة لان ارتفاع الحيض في اوانه لا يكون الا لدا
عادة وكذا استمرار الدم في ايام الطهر والاحرام في الجارية ليس بعيب
لان المشتري يملك ازالته فان له ان يحللها والحرمة بالرضاع او المصاهرة
ليست بعيب فيها لان الجواري لا يشترين للاستمتاع عادة بل للاستخدام
في البيت وهذه الحرمة لا تقدح في ذلك بخلاف النكاح حيث يكون عيبا
وان ثبتت به حرمة النكاح الاستمتاع لانه يخل بالاستخدام والثيابة
ليست بعيب الا ان يكون اشتراها على شرط البكارة فيردها بعدم الشرط
والدين والجناية لانه يدفع بالجناية ويباع بالدين والجهل بالطبخ والخبز
في الجارية ليس بعيب لانه لا يوجب نقصان الثمن في عادة التجار بل هو
حرفة بمنزلة الخياطة ونحوها فانعدامها لا يكون عيبا الا ان كان ذلك
مشروطا في العقد فيردها لفوات الشرط لا للعيب ولو كانت تحسن
الطبخ والخبز في يد البايع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن
ذلك ردها وان لم يكن ذلك مشروطا في العقد لانها اذا كانت تحسن

في يد البايع وهي صفة مرغوبة تشتري لها الجارية عادة فالظاهر انه انما اشتراها
رغبة فيها فصارت مشروطة دلالة فيردها لانعدام المشروط كما لو شرط ذلك
نصا وانعدام الختان في الغلام والجارية اذا كانا مولودين كبيرين فان كانا
مولودين صغيرين فليس بعيب لان الختان في حالة الكبر فيه زيادة الم
وهو الذي ذكر في الجارية في عرف ديارهم لانهم يختنون الجواري فاما في عرف
ديارنا فالجارية لا تختن فعدم الختان فيها لا يكون عيبا اصلا وان كان الغلام
كبيرا حربيا لا يكون عيبا لان فيه ضرورة لان اكثر الرقيق يوتي به من دار
الحرب واهل الحرب لا ختان لهم فلو جعل ذلك عيبا يرد به لضاق الامر على الناس
ولان الختان اذا لم يكن من فعل اهل الحرب وعادتهم ومع ذلك اشتراه كان
ذلك منه دلالة بالعيب والاباق والسرقة والبول على الفراش والجنون
لان كل واحد منهما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار نقصانا فاحشا فكان
عيبا الا انه هل يشترط في هذه العيوب الاربعة اتحاد الحالة وهل
يشترط ثبوتها عند المشتري بالحجة لثبوت حق الرد فسنذكره في موضعه
ان شاء الله تعالى والحنف مصدر الاحنف من الخيل وهو الذي احدى
عينيه زرقا والاخرى كحلا والصدق مصدر الاصدق وهو
الدابة التي يبدا يخذاها وتباعد حافرها ويلتوي رسغاها والعزل
مصدر الاعزل وهو من الدواب الذي يقع ذنبه من جانب عادة
الاخلفه والمشش وهو ارتفاع العظم لافة اصابته والجرد مصدر
الاجرد وهو من الابل الذي اصابه انقطاع عصب من يده او رجله
بعضها اذا سار والحران والحرون مصدر الحرون وهو الذي
يقف ولا ينقاد للسايق ولا للقايد والجماع والجموع مصدر الجموع
وهو ان يشتد الفرس فيغلب راكبه وخلع الرسن ظاهر وبل المخلاة
كذلك والهشم في الاواني والصدع في الحوايط والجذوع وبعضها من
العيوب فانواع العيوب كثيرة لا وجه لذكرها كلها والتعويل في الباب
على عرف التجار فما نقص الثمن في عرفهم فهو عيب يوجب الخيار وما لا
فلا والله اعلم   واما شرايط ثبوت الخيار   فمنها ثبوت العيب عند
البيع او بعده قبل التسليم حتى لو حدث بعد ذلك لا يوجب الخيار لان ثبوته
لفوات صفة السلامة المشروطة في العقد دلالة وقد حصلت السلعة سليمة
في يدي المشتري * ومنها ثبوته عند المشتري بعد ما قبض المبيع
ولا يكتفي بالثبوت عند البايع لثبوت حق الرد في جميع العيوب
عند عامة العلما وقال بعضهم فيما سوي العيوب الاربعة من الاباق
والسرقة والبول على الفراش والجنون فكذلك فاما في العيوب الاربعة
فثبوتها عند المشتري ليس بشرط بل الثبوت عند البايع كاف وبعضهم
فصل في العيوب الاربعة فقال لا يشترط في الجنون ويشترط في غيره
من العيوب الثلاثة وجه قول من فصل هذه العيوب الاربعة من
سايرها في اعتبار هذا الشرط ان هذه العيوب عيوب لازمة لا زوال
لها اذا ثبتت في شخص الى ان يموت فثبوتها عند البايع يدل على بقايها

عند

عند المشتري فكان له حق الرد من غير ان يظهر عنده بخلاف ساير العيوب
فانها ليست بلازمة وجه قول من فرق بين الجنون وبين غيره من الانواع
الثلاثة ان الجنون لفساد في محل العقل وهو الدماغ وهو مما لا زوال
له عادة اذا ثبت ولهذا قال محمد رحمه الله ان الجنون لازم بخلاف الاباق
والسرقة والبول على الفراش فانها ليست بلازمة بل يحتمل الزوال لزوال
اسبابها وجه قول العامة قول محمد رحمه الله نصا في الجامع الصغير
فانه ذكر فيه انه لا يثبت للمشتري حق الرد في هذه العيوب الاربعة الا
بعد ثبوتها عنده فكان المعنى فيه ان الثابت عند البايع يحتمل الزوال
قابل للارتفاع فاما ما سوي العيوب الاربعة فلا شك فيه وكذلك العيوب
الاربعة لان حدوثها في الذات للاسباب الموجبة للحدوث وهي محتملة
للزوال فكانت هي محتملة للزوال لاحتمال زوال اسبابها فان بقيت يثبت
حق الرد وان ارتفعت لا يثبت فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من ثبوتها
عند المشتري ليعلم انها قايمة وقول القايل الجنون اذا ثبت لا يزول
عادة ممنوع فان المجنون قد يفيق ويزول جنونه بحيث لا يعود اليه
فما لم يوجد عند المشتري لا يعلم بقاؤه كما في الانواع الاخر الا ان الفرق
بين الجنون وبين غيره من الانواع الثلاث من وجه اخر وهو ان هناك
يشترط اتحاد الحالة لثبوت حق الرد وهو ان يكون وجودها عند
البايع والمشتري في حالة الصغر او في حالة الكبر حتى لو ابق او سرق
او بال على الفراش عند البايع وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد
المشتري بعد البلوغ لا يثبت له حق الرد وفي الجنون اتحاد الحالة
ليس بشرط وانما كان كذلك لان اختلاف الحال في العيوب الثلاثة
يوجب اختلاف السبب لان سبب البول على الفراش في حالة الصغر
هو ضعف المثانة وفي الكبر دا في الباطن والسبب في الاباق
والسرقة في الصغر هو الجهل وقلة التمييز وفي الكبر السرارة
وخبث الطبيعة واختلاف السبب يوجب اختلاف الحكم فكان
الموجود في يد المشتري بعد البلوغ غير الموجود في يد البايع فكان
عيبا حادثا وانه يمنع الرد بالعيب بخلاف الجنون لان سببه في
الحالين واحد لا يختلف وهو فساد في محل العقل وهو الدماغ فكان
الموجود في حالة الكبر غير الموجود في حالة الكبر وهذا والله اعلم معنى
قول محمد في الكتاب الجنون عيب لازم ابدا الا ما قاله اوليك والله
الموفق   ومنها عقل الصبي في الاباق والسرقة والبول على
الفراش حتى لو ابق او سرق او بال على الفراش في يد البايع وهو صغير
لا يعقل ثم كان ذلك في يد المشتري وهو كذلك لا يثبت له حق الرد وهذا
اذا فعل ذلك في يد البايع وهو صغير لا يعقل ثم وجد ذلك في يد المشتري
بعد ما عقل لان الموجود في يد البايع ليس بعيب ولا بد من وجود
العيب في يده   ومنها اتحاد الحال في العيوب الثلاثة فان اختلفت
لم يثبت حق الرد بان ابق او سرق او بال على الفراش في يد البايع

وهو صغير عاقل ثم كان ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لان اختلاف الحال دليل سبب
العيب على ما بينا واختلاف سبب العيب يوجب اختلاف العيب عند العقد والقبض
فان كان عالما به عند احدهما فلا خيار له لان الاقدام على الشرا مع العلم بالعيب رضا به
دلالة وكذا اذا لم يعلم عند العقد ثم يعلم قبل القبض لان تمام الصفقة متعلق
بالقبض فكان العلم عند القبض كالعلم عند العقد ● ومنها عدم اشتراط البراة
عن العيب في البيع عندنا حتى لو اشترط فلا خيار للمشتري لان شرط البراة عن
العيب في البيع عندنا صحيح فاذا ابرا فقد اسقط حق نفسه فصح الاسقاط فيسقط
ضرورة ● ثم الكلام في البيع بشرط البراة في الاصل في موضعين ● احدهما
في جوازه ● والثاني في بيان ما يدخل تحت البراة من العيب فنقول وبالله التوفيق
البراة لا تخلوا اما ان كانت عامة بان قال بعت على اني بري من العيوب او قال من
كل عيب واما ان كانت خاصة بان قال من عيب كذا وسماه كل ذلك لا يخلوا من
ثلاثة اوجه اما ان قيد البراة بعيب قايم حالة العقد واما ان اطلقها اطلاقا
واما اضافها الى عيب يحدث في المستقبل بان قيدها بعيب قايم حالة العقد
لا يتناول العيب الحادث بعد البيع قبل القبض بلا خلاف سوا كانت البراة
عامة بان قال ابراتك من كل عيب به او خاصة بان قال ابراتك مما به من عيب
كذا لان اللفظ المقيد بوصف لا يتناول غير الموصوف بتلك الصفة وان اطلقها
اطلاقا دخل فيها القايم والحادث عند ابي يوسف وعند محمد لا يدخل فيه الحادث
وله ان يرده وهو قول زفر وجه قول محمد ان الابرا عن العيب يقتضي وجود
العيب لان الابرا عن المعدوم لا يتصور والحادث لم يكن موجودا عند البيع
فلا يدخل تحت الابرا فلو دخل انما يدخل بالاضافة الى حالة الحدوث والابرا لا يحتمل
الاضافة لان فيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولهذا لم يدخل الحادث
عند الاضافة اليه نصا فعند الاطلاق اولى وجه قول ابي يوسف ان لفظ
الابرا يتناول الحادث نصا ودلالة اما النص فانه عم البراة عن العيوب كلها
او خصها بجنس من العيوب على الاطلاق نصا فتخصيصه او تقييده بالموجود عند
العقد لا يجوز الا بدليل واما الدلالة فهي ان غرض البايع من هذا الشرط وهو
انسداد طريق الرد ولا ينسد الا بدخول الحادث فكان داخلا فيه دلالة
واما قول محمد ان هذا ابرا عما ليس بثابت فعبارة الجواب عن هذا الحرف من
وجهين احدهما ان يقال هذا ممنوع بل هذا ابرا عن الثابت لكن تقديرا وبيانه
من وجهين احدهما ان العيب الحادث قبل القبض كالموجود عند العقد ولهذا
ثبت حق الرد به كما يثبت بالموجود عند العقد ولما ذكرنا ان للقبض حكم العقد فكان
هذا ابرا عن حق ثابت تقديرا والثاني ان سبب حق الرد موجود وهو البيع لان
البيع يقتضي وجوب تسليم المعقود عليه سليما عن العيب فاذا عجز عن تسليمه
بصفة السلامة يثبت له حق الرد ليسلم له الثمن فكان وجوب تسليم المبيع
سبب لثبوت حق الرد والبيع سبب لوجوب تسليم المبيع فكان ثبوت حق الرد
بهذه الوسايط حكم البيع السابق والبيع سبب فكان هذا ابرا عن حق الرد بعد
وجود سببه وسبب الشي اذا وجد يجعل موجودا ثابتا تقديرا الا استحالة خلو الحكم عن
السبب فكان ابرا عن الثابت تقديرا ولهذا صح الابرا عن الجراحة لكون الجرح سبب

السراية فكان ابرا عن ما يحدث من الجرح تقديرا وكذا الابرا عن الاجرة قبل استيفا
المنفعة يصح وان كانت الاجرة لا تملك عندنا بنفس العقد لما قلنا كذا هذا والثاني
ان هذا ابرا عن حق ليس بثابت لكن بعد وجود سببه وهو البيع وانه صحيح كالابرا عن
الجرح والابرا عن الاجرة على ما بينا بخلاف الابرا عن كل حق له لانه لا يتناول الحادث
لان الحادث معدوم للحال بنفسه وسببه فلو انصرف اليه الابرا لكان ذلك ابرا عما
ليس بثابت اصلا لا حقيقة ولا تقديرا لانعدام سبب الحق فلم ينصرف اليه وقوله
لو تناول الحادث لكان هذا تعليق البراة بشرط او الاضافة الى وقت ممنوع بل هذا
ابرا عن حق ثابت وقت الابرا تقديرا لما بينا من الوجهين فلم يكن هذا تعليقا ولا
اضافة فيصح والله اعلم ● وان اضافها بعيب حادث بان قال على اني بري من كل عيب
يحدث بعد البيع فالبيع بهذا الشرط فاسد عندنا لان الابرا لا يحتمل الاضافة
لانه وان كان اسقاطا ففيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل الارتداد بالرد ولا يحتمل
الاضافة الى زمان في المستقبل نصا كما لا يحتمل التعليق بالشرط فكان هذا بيعا
ادخل فيه شرط فاسد فيوجب فساد البيع ولو اختلفا في عيب فقال البايع هو
كان موجودا عند العقد فدخل تحت البراة وقال المشتري هو حادث لم يدخل
تحت البراة فان كانت البراة مطلقة فهذا لا يتفرع على قول ابي يوسف لان
الحادث داخل تحت البراة المطلقة عنده واما على قول محمد فالقول قول البايع
مع يمينه وقال زفر والحسن بن زياد القول قول المشتري وجه قولهما ان
المشتري هو المبري لان البراة تستفاد من قبله فكان القول فيما ابرا قوله وجه
قول محمد ان البراة عامة والمشتري يدعي حق الرد بعد عموم البراة عن حق
الرد بالعيب والبايع ينكر فكان القول قوله كما لو ابراه عن الدعاوي كلها ثم ادعى
شيا مما في يده وهو ينكر فكان القول قوله دون المشتري لما قلنا كذا هذا
ولو كانت مقيدة بعيب يكون عند العقد فاختلف البايع والمشتري على نحو ما
ذكرنا فالقول قول المشتري لان البراة المقيدة بحال العقد لا تتناول الا
الموجود حالة العقد والمشتري يدعي العيب لاقرب الوقتين والبايع
يدعيه لابعدهما فكان الظاهر شاهدا للمشتري وهذا لان عدم العيب
اصل والوجود عارض فكان احالة الوجود الى اقرب الوقتين اقرب الى الاصل
والمشتري يدعي ذلك فكان القول قوله ولو اشترى عبدا فقبضه فساومه
رجل فقال له المشتري اشتره فانه لا عيب به ثم لم يتفق البيع بينهما ثم وجد
المشتري به عيبا واقام البينة على ان هذا العيب كان عند البايع فقال له
البايع انك اقررت انه لا عيب به فقد اكذبت شهودك لا يبطل بهذا الكلام
حقه في الرد وله ان يرده لان مثل الكلام في المتعارف لا يراد به حقيقته
وانما يذكر لترويج السلعة ولان ظاهره كذب لانه نفى عنه العيوب كلها والادمي
لا يخلوا عن عيب فالتحق بالعدم وصار كانه لم يتكلم به ولو عين نوعا من
العيوب بان قال اشتره فانه ليس به عيب كذا ثم وجد به عيبا واراد الرد
فان كان ذلك نوعا اخر سوى النوع الذي عينه له ان يرده لانه لا اقرار
منه بهذا النوع وان كان من النوع الذي عين ينظر ان كان مما يحدث مثله
في مثل تلك المدة ليس له حق الرد لان مثل هذا الكلام يراد به التحقيق

في المتعارف لا تروج السلعة فصار منا قضا لان الادمي لا يخلوا عن عيب معين
فلم يتيقن بكذبه وان كان مما لا يحدث مثله في مثل تلك المدة له حق الرد
لانا تيقنا بكذبه حقيقة فالتحق كلامه بالعدم ولو ابراه عن عيب واحد
شجة او جرح فوجد شجتين اوجرحين فعلي قول ابي يوسف الخيار الي البايع
يبري من ايهما شا وعلي قول محمد الخيار للمشتري يرد بايهما شا وفايدة
هذا الاختلاف انما تظهر عند امتناع الرد باعتراض اسباب الامتناع من
هلاك المبيع او حدوث عيب اخر في يد المشتري او غير ذلك من الاسباب
المانعة من الرد واراد الرجوع بنقصان العيب فاما عند امكان الرد فلا
تظهر فايدة في هذا الاختلاف وجه قول محمد ان الاختلاف الابرا يستفاد
من قبل المشتري والاجمال جا من قبله حيث اطلق البراة الي شجة واحدة غير عين
واذا كان الاجمال منه كان البيان اليه وجه قول ابي يوسف ان الابرا وان كان
من المشتري لكن منفعة الابرا عايدة الي البايع فصار كان المشتري فوض التعيين
اليه فكان الخيار له ولو ابراه من كل دا روي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله
انه يقع علي الباطن لان الظاهر يسمي مرضا لا دا وروي عن ابي يوسف انه يقع علي
الباطن والظاهر جميعا لان الكل دا ولو ابراه من كل غايلة فهي علي السرقة
والاباق والفجور وكل ما كان من فعل الانسان مما يعده التجار عيبا كذا روي
عن ابي يوسف رحمه الله لان الغايلة هي الخيانة وهي تثبت في عهدة المماليك
لا دا ولا غايلة علي ما كتب لرسول الله صلى الله عليه وسلم حين ما اشتري
عبدا او امة هذا ما اشتري رسول الله من العدا بن خالد بن هوده عبدا
او امة لا دا به ولا غايلة بيع المسلم من المسلم والله الموفق ٥ واما طريق اثبات
العيب فلا يمكن الوصول الي معرفته الا بعد معرفة اقسام العيوب
لان طريق اثبات العيب يختلف باختلاف العيب فنقول وبالله التوفيق
العيب لا يخلوا اما ان يكون ظاهرا مشاهدا يقف عليه كل احد كالاصبع
الزايدة والناقصة والسن الشاغية والناقصة وبياض العين والعور
والقروح والشجاج ونحوها واما ان يكون باطنا خفيا لا يقف عليه الا
الخواص من الناس وهم الاطبا والبياطرة واما ان يكون علي فرج الجارية
او موضع العورة منها واما ان يكون ممن يقف عليه النسا بان كان في داخل
الفرج واما ان يكون لا يقف عليه الا الجارية المشتراة كارتفاع الحيض
والاستحاضة واما ان يكون مما لا يقف عليه الا بالتجربة والامتحان عند
الخصومة كالاباق والسرقة والبول علي الفراش والجنون فالمشتري لا
يخلوا اما ان يريد اثبات كون العيب في يده للحال واما ان يريد اثبات
كونه في يد البايع عند البيع والقبض فان اراد اثبات كونه للحال فان
كان يوقف عليه بالحس والعيان فانه يثبت بنظر القاضي او امينه لان
العيان لا يحتاج الي البيان وان كان لا يقف عليه الا الاطبا والبياطرة
فيثبت لقوله تعالي فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون وهم في هذا الباب
من اهل الذكر فيسئلون وهل يشترط فيه العدد ذكر الكرخي في مختصره
انه يشترط فلا يثبت الا بقول اثنين منهم من اهل الشهادة وكذا

هنا

ذكر القاضي الامام الاسبيجابي في شرح مختصر الطحاوي وذكر استاذي الشيخ
الامام الاجل الزاهد علا الدين محمد بن احمد السمرقندي تغمده برحمته في
بعض مصنفاته انه ليس يشترط ويثبت بقول مسلم عدل منهم كذا الشيخ الامام
الزاهد ابو المعين في الجامع الصغير من تصانيفه رحمه الله وجه هذا القول
ان هذه الشهادة لا يتصل بها القضا وانما يصح بها الخصومة فقط فلا يشترط فيها
العدد وهذا لان شرط العدد في الشهادة ثبت تعبدا غير معقول المعني لان
رجحان جانب الصدق علي جانب الكذب في خبر المسلم لا يقف علي العدد بل يثبت
بنفس العدالة الا ان الشرع ورد به تعبدا فيراعي فيه مورد التقييد وهو
شهادة لا يتصل بها القضا فبقيت علي اصل القياس وحجة القول الاول
النصوص المقتضية في اعتبار العدد في عموم الشهادة والمعقول الذي
ذكرناه في كتاب الشهادات ولان هذه الشهادة وان كانت لا يتصل بها القضا
لكنها من ضرورات القضا لا وجود للقضا بدونها الا تري انه ما لم يثبت العيب
عند البايع والمشتري فالقاضي لا يقضي بالرد فكانت من ضرورات القضا ٥
فيشترط فيها العدد كما يشترط في الشهادة القايمة علي اثبات العيب عند
البايع وان كان مما لا يطلع عليه الا النسا فالقاضي يريهن ذلك لقوله تعالي
فاسئلوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والنسا فيما لا يطلع الرجال الا النسا
اهل الذكر ولا يشترط العدد منهن بل يكتفي بقول امراة واحدة عدل
والثنتان احوط لان قولهما فيما لا يطلع عليه الرجال احوط حجة في الشرع
كشهادة القابلة في النسب لكن لا بد من العدالة لان بهذا يترجح جانب الصدق
علي جانب الكذب في الخبر ولا يثبت بقول المشتري وان كان يطلع عليه لان
النظر الي موضع العيب مباح له لانه متهم في هذا الباب ولا تهمة فيهن ورخصة
النظر ثابتة لهن حالة الضرورة علي ما ذكرناه في كتاب الاستحسان فيلحق هذا بما
لا يطلع عليه الا النسا لما قلنا وان كان عليه الا الجارية المشتراة فلا يثبت
بقولها لانها متهمة وان كان في داخل فرجها فلا طريق للوقوف عليه اصلا فكان
الطريق في هذين النوعين هو استحلاف البايع بالله ليس به للحال هذا
العيب واما الاباق والسرقة والبول علي الفراش والجنون فلا يثبت الا
بشهادة رجلين او رجل وامراتين لان هذا مما لا يوقف عليه الا بالخبر
ولا ضرورة فيه فلا بد من اعتبار العدد فيه كما في ساير الشهادات وان لم
يقم للمشتري حجة علي اثبات العيب للحال في هذه العيوب الاربعة هل
يستحلف البايع لم يذكر في الاصل وذكر في الجامع انه يستحلف في قول ابي
يوسف ومحمد وسكت عن قول ابي حنيفة من المشايخ من قال يستحلف
بلا خلاف بينهم والتنصيص علي قولهما لا يدل علي ان ابا حنيفة يخالفهما
ومنهم من قال المسلة علي الخلاف ذكرت في النوادر وذكر الطحاوي ايضا
ان عند ابي حنيفة لا يستحلف وعندهما يستحلف وجه قولهما ان
المشتري يدعي حق الرد ولا يمكنه الرد الا باثبات العيب عند نفسه
وطريق الاثبات البينة او نكول البايع فاذا لم يقم له بينة يستحلف
لينكل البايع فيثبت العيب عند نفسه ولهذا يستحلف عند عدم البينة

على اثبات العيب عند البايع كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان الاستحلاف
يكون عقيب الدعوى على البايع فلا يستحلف وقولهما له طريق الاثبات وهو
النكول قلنا النكول يكون بعد الاستحلاف وانعدام الدعوى على البايع
تمنع الاستحلاف ثم ان استحلف البايع في هذه العيوب يستحلف على العلم
لا على الثبات بالله ما يعلم ان هذا العبد ابق عند المشتري ولا سرق ولا
بال على الفراش ولا جن ولا يحلف على البتات لانه حلف على غير فعله ومن حلف
على غير فعله يحلف على العلم لانه لا علم له بما ليس بفعله ومن حلف على فعل نفسه
يحلف على البتات اصله خبر المشتري فان حلف لم يثبت العيب عند المشتري
وان نكل يثبت عنده فيحتاج الى الاثبات عنده واذا اراد اثبات العيب
عند البايع فينظر ان كان العيب مما لا يحتمل الحدوث اصلا كالاصبع الزايدة
ونحوها او لا يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة كالسن الشاغية ونحوها
يثبت كونه عند البايع بثبوت كونه عند المشتري لانه اذا لم يحتمل
الحدوث او لا يحتمل مثله في مثل تلك المدة فقد تيقنا بكونه عند البايع
وان كان مما يحتمل حدوث مثله في مثل تلك المدة بل يكتفي بثبوت كونه عند
المشتري بل يحتاج المشتري الى اثبات كونه عند البايع لانه اذا احتمل
حدوث مثله في مثل تلك المدة احتمل انه لم يكن عند البايع وحدث عند
المشتري فلا يثبت حق الرد بالاحتمال فلا بد من اثباته عند البايع بالبينة
وهي شهادة رجلين او رجل وامراتين طبيبتين كانا او غير طبيبتين وانما
شرط العدد في هذه الشهادة لانها شهادة يقضي بها على الخصم فكان العدد
فيها شرطا كساير الشهادات التي يقضي بها على الخصوم وروي عن ابي يوسف
ان فيما لا يطلع عليه الا النسا يرد بثبوته عند المشتري ولا يحتاج الى
الاثبات عند البايع والمشهور من مذهب ابي يوسف ومحمد انه لا يكتفى
بالثبوت عند المشتري بل لا بد من اثباته عند البايع بالبينة وهو الصحيح
لان قول النسا في هذا الباب حجة ضرورية والضرورة في القبول في حق
ثبوته عند المشتري لبس لتوجه الخصومة وليس من ضرورة ثبوته عند
المشتري ثبوته عند البايع لاحتمال الحدوث فيقبل قولهما في حق توجه
الخصومة لا في حق الرد على البايع واذا كان الثبوت عند البايع فيما يحتمل
حدوث مثله شرطا لثبوت حق الرد يقول القاضي هل كان هذا العيب
عندك فان قال نعم رده عليه والا ان يدعي الرضا او الابرا وان قال لا
كان القول قوله الا ان يقيم المشتري البينة لان المشتري يدعي عليه حق
الرد وهو ينكر فان اقام المشتري البينة على ذلك رده على البايع الا ان
يدعي البايع الدفع بدعوى الرضى والابرا ويقيم البينة على ذلك فيندفع
دعوى المشتري وان لم يكن له بينة وطلب يمين المشتري حلفه القاضي
بالله ما رضي بهذا العيب ولا ابراه عنه ولا عرضه على البيع منذ راه
وان لم يدع الدفع بالرضا والابرا والعرض على البيع عند ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف لا يفسخ ما لم يستحلفه بالله ما رضي بهذا العيب
ولا ابراه عنه ولا عرضه على البيع بعد ما علم به من العيب وجه قول ابي يوسف
ان

ان القاضي لو قضى بالفسخ قبل الاستحلاف فمن الجايز ان يدعي البايع على المشتري الدفع
بدعوى الرضا والابرا بعد القضا بالفسخ ويقيم البينة عليه فينفسخ قضاوه فكان
الاستحلاف قبل الفسخ فيه صيانة القضا عن النقض وانه واجب وجه قولهما ان
البايع اذا لم يطلب يمين المشتري فيحلف القاضي من غير طلب الخصم انشا
الخصومة والقاضي نصب لقطع الخصومة لا لانشايها وقول ابي يوسف ان
في هذا صيانة قضا القاضي عن الفسخ فنقول الصيانة حاصلة بدونه لان
الظاهر ان البايع لم يعلم بوجود الرضا من المشتري اذ لو علم لادعى الدفع بدعوى
الرضا ولما سكت عن دعوى الدفع عند قيام البينة دل انه لم يظهر له الرضى
من المشتري فلا يدعي الدفع بعد ذلك فان لم يقم للمشتري بينة على اثبات العيب
عند البايع فطلب المشتري يمينه ففيما سوى العيوب الاربعة يستحلف على
البتات بالله لقد بعته وسلمته وما به هذا العيب وانما يجمع بين البيع والتسليم
في الاستحلاف لان الاقتصار على البيع يوجب بطلان حق المشتري في بعض الاحوال
لجواز ان يحدث العيب بعد البيع قبل التسليم فيبطل حقه فكان الاحتياط
هو الجمع بينهما ومنهم من قال لا احتياط في هذا لانه لو استحلف على هذا الوجه
ومن الجايز حدوث العيب بعد البيع قبل التسليم فيكون البايع صادقا في يمينه
لان شرط حنثه وجود العيب عند البيع والتسليم جميعا فلا يحنث بوجوده
في احدهما فيبطل في حق المشتري فكان الاحتياط هو الاستحلاف على حاصل
الدعوى بالله ما له حق الرد بهذا العيب الذي ذكره ومنهم من قال يستحلف
بالله لقد سلمته وما به هذا العيب الذي يدعي وهو صحيح لانه يدخل فيه الموجود
عند البايع والحادث قبل التسليم وانما يستحلف على البتات لانه استحلف
على فعل نفسه وهو البيع والتسليم بصفة السلامة ثم اذا حلف فان حلف
بري ولا يرد عليه وان نكل يرد عليه ويفسخ العقد الا اذا ادعى البايع
على المشتري الرضى بالعيب او الابرا عنه او العرض على البيع بعد العلم به
ويقيم عليه البينة فيبري ولا يرد عليه وان لم يكن له بينة وطلب تحليف
المشتري يحلف عليه وان لم يطلب يفسخ العقد ولا يحلفه عند ابي حنيفة
ومحمد خلافا لابي يوسف على ما تقدم واما في العيوب الاربعة ففي الثلاثة
منها وهي الاباق والسرقة والبول على الفراش فيستحلف بالله ما ابق عندك
منذ بلغ مبلغ الرجال وفي الجنون بالله ما جن عندك قط وانما اختلفت
هذه العيوب في كيفية الاستحلاف لما ذكرنا فيما تقدم ان اتحاد الحالة في هذه
العيوب الثلاثة شرط ثبوت حق الرد وليس بشرط في الجنون بل هو عيب
لازم ابدا • واما كيفية الرد والفسخ بالعيب بعد ثبوته فالمبيع لا
يخلو اما ان يكون في يد البايع او في يد المشتري فان كان في يد البايع ينفسخ
البيع بقول المشتري رددت ولا يحتاج الى قضا القاضي ولا الى التراضي
بالاجماع وان كان في يد المشتري لا ينفسخ الا بقضا القاضي او بالتراضي
عندنا وعند الشافعي ينفسخ بقوله رددت من غير قضا القاضي ولا
رضا وكذلك الرد بخيار الروية بلا خلاف بين اصحابنا وجه قول الشافعي
ان هذا نوع فسخ فلا يفتقر صحته الى القضا ولا الى الرضا كالفسخ بخيار

الشرط بالاجماع وخيار الروية على اصلكم ولهذا لم يفتقر اليه قبل القبض كذا
بعده ولنا ان الصفقة تمت بالقبض واحد العاقدين لا ينفرد بفسخ الصفقة
بعد تمامها كالاقالة وهذا لان الفسخ يكون على حسب العقد لانه رفع العقد ثم
العقد لا ينعقد باحد العاقدين فلا ينفسخ من احدهما من غير رضا الاخر
من غير قضا القاضي بخلاف ما قبل القبض لان الصفقة قبل القبض ليست
بتابتة بل تمامها بالقبض فكان القبض بمنزلة القبول فالرد قبل القبض يكون
في معنى الامتناع من القبول كانه لم يشتر وبخلاف الرد بخلاف بخيار
الشرط لان الصفقة غير منعقدة في حق الحكم مع بقا الخيار فكان الرد في معنى الدفع
والامتناع من القبول وبخلاف الرد بخيار الروية لان عدم الروية منع تمام
الصفقة لانه اوجب خللا في الرضا فكان الرد كالدفع اما هاهنا فالصفقة
قد تمت بالقبض فلا تحتمل الانفساخ بنفس الرد من غير قرينة القضا
او الرضا والله اعلم ● واما بيان من تلزمه الخصومة في العيب فنقول
وبالله التوفيق الخصومة في العيب تلزم البايع سوا كان حكم العقد له او لغيره
بعد ان كان من اهل ان تلزمه الخصومة الا القاضي او امينه وذلك كالوكيل
والمضارب والشريك والمكاتب والماذون والاب والوصي لان الخصومة
في العيب من حقوق العقد وحقوق العقد في هذا الباب راجع الى العاقد
اذا كان اهلا فان لم يكن بان كان صبيا او محجورا او عبدا محجورا فالخصومة
لا تلزمه وانما تلزم الموكل على ما ذكرنا في كتاب الوكالة واما القاضي او امينه
فلا تلزمه الخصومة لان الولاية للقاضي انما تثبت شرعا نظرا لمن وقع العقد
له فلو لزمه العهدة لامتنع عن النظر خوفا من لزوم العهدة فكان القاضي
في هذا الباب بمنزلة الرسول فيه والوكيل في باب النكاح وما يلزم الوكيل
من العهدة يرجع بها على الموكل والمكاتب والماذون لا يرجعان على المولى
لان الوكيل يتصرف للموكل نيابة عنه وتصرف النايب كتصرف المنوب
عنه فاما المكاتب والماذون فانما يتصرفان بطريق الاصالة لانفسهما
لا بطريق النيابة عن المولى لما عرف ان الاذن فك الحجر وازالة المانع فاذا
زال الحجر بالاذن فالعبد يتصرف بمالكية نفسه فكان عاقدا لنفسه
لا لمولاه والذي يقع للمولى هو حكم التصرف لا غير واذا كان عاقدا لنفسه
كانت العهدة عليه ولو رد المبيع على الوكيل هل له ان يرده على موكله فهذا لا
يخلو من ثلثة اوجه اما ان يرده عليه ببينة قامت على العيب واما ان يرده
عليه بنكوله واما ان يرده عليه باقراره بالعيب فان رده عليه ببينة قامت
على العيب رد على الموكل لان البينة حجة مطلقة وهو نايب عنه فيلزم الموكل وان
رده عليه بنكوله فكذلك لان نكوله مضاف الى الموكل لكونه مضطرا ملجا اليه
الا ترى انه لا يملكه في الخصومة وانما جا هذا الاضطرار من ناحية الموكل
لانه هو الذي اوقعه فيه فكان مضافا اليه وان رد عليه باقراره بالعيب
ينظر ان كان عيبا لا يحدث مثله رد على الموكل لانه علم ثبوته عند البيع
بيقين وان كان يحدث مثله لا يرد على الموكل حتى يقيم البينة فان رد عليه
باقراره لا يرد لان اقرار المقر يلزمه دون غيره لانه حجة قاصرة فكان حجة

في حقه خاصة لا في حق موكله وان رد عليه بغير قضا لزم الوكيل خاصة سوا كان
العيب يحدث مثله او لا يحدث مثله لان الرد بغير قضا وان كان فسخا في حق
العاقدين فهو بيع جديد في حق غيرهما فلا يملك الرد على الموكل كما لو اشتراه
فاما المضارب والشريك فقبولهما يلزم رب المال والشريك الاخر
لان حكم شركتهما يلزمهما بخلاف الوكيل والله اعلم ● واما بيان ما يمنع الرد
بالعيب ويسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم
فنقول الرد بالعيب يمتنع باسباب منها الرضا بالعيب بعد العلم به لان حق
الرد لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة ولما رضي بالعيب بعد
العلم به دل انه ما شرط السلامة ولانه ثبت نظرا للمشتري دفعا للضرر عنه
فاذا رضي بالعيب فلم ينظر لنفسه ورضي بالضرر ثم الرضا نوعان
صريح وما هو في معنى الصريح ودلالة اما الاول فنحو قوله بالعيب او اجزت
هذا البيع او اوجبته وما يجري هذا المجرى واما الثاني فهو ان يوجد
من المشتري بعد العلم بالعيب تصرف في المبيع يدل على الرضا بالعيب
نحو ما اذا كان ثوبا فصبغه او قطعه او سويقا فلته بسمن او ارضا فبنى
عليها او حنطة فطحنها او لحما فشواه ونحو ذلك او تصرف تصرفا اخرجه
عن ملكه وهو عالم بالعيب او لبس بعالم او باعه المشتري او وهبه وسلمه
او اعتقه او كاتبه او دبره او استولدها لان الاقدام على هذه التصرفات
مع العلم بالعيب دليل الرضى بالعيب ويكون العلم بالعيب وكل ذلك يبطل
حق الرد ولو باعه المشتري ثم رد عليه بعيب فان كان قبل القبض
له ان يرده على بايعه سوا كان الرد بقضا القاضي او بالتراضي بالاجماع
وان كان بعد القبض فان كان بقضا القاضي له ان يرده على بايعه
وان كان قبله البايع بغير قضا القاضي ليس له ان يرده عندنا وعند
الشافعي له ان يرده وجه قوله ان المانع من الرد خروج السلعة عن
ملكه فاذا عادت اليه فقد زال المانع وصار كانه لم يخرج ولهذا اذا
رد عليه بقضا له ان يرده على بايعه وكذا اذا رد عليه بخيار شرط
او بخيار روية على اصلكم ولنا ان القبول بغير قضا فسخ في حق
العاقدين بيع جديد في حق غيرهما فصار كما لو عاد اليه بشرا او لو
اشتراه لم يملك الرد على بايعه كذا هذا والدليل على ان القبول
بغير قضا بيع جديد في حق غير العاقدين ان معنى البيع موجود فكان شبهة
الشرا قايمة فكان الرد عند التراضي بيعا لوجود معنى البيع فيه
الا انه اعطي له حكم الفسخ في حق العاقدين فبقي بيعا جديدا في حق غيرهما
بمنزلة الشرا المبتدا ولهذا يثبت للشفيع حق الشفعة وحق الشفعة
انما يثبت بالبيع بخلاف الرد بقضا القاضي لانه لم يوجد فيه معنى
البيع اصلا لانعدام التراضي فكان فسخا والفسخ رفع العقد من الاصل
وجعله كان لم يكن ولهذا لم يثبت للشفيع حق الشفعة وبخلاف ما قبل
القبض لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض الا ترى ان حدوث العيب
قبل القبض كوجوده قبل البيع وكان الرد قبل الرد في معنى الامتناع

من القبول كان المشتري ايجاب البايع ولم يقبله ولهذا لم يفتقر الرد بعد
القبض الي القاضي وبخيار ما اذا رد عليه بخيار شرط او روية انه يرده علي
بايعه لان معني البيع لم يوجد في هذا الرد الا تري انه يرده علي بايعه من غير رضاه
فكان فسخا و رفعا للعقد من الاصل كانه لم يكن وكذا لو وطي الجارية المشتراة او
لمسها لشهوة او نظر الي فرجها عن شهوة مع العلم بالعيب لما قلنا وكذا بدون
العلم بالعيب وقال الشافعي ان كانت الجارية بكرا فوطيها المشتري فكذلك
واما اذا كانت ثيبا فوطيها بدون العلم بالعيب لا يمتنع الرد بالعيب وسناتي
المسلة ان شا الله تعالي ولو قبلت الجارية المشتري لشهوة فقد مر تفصيل
الكلام فيه في شرط الخيار ولو استخدم المشترا بعد ما علم بالعيب فالقياس
ان يسقط خياره وفي الاستحسان لا وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان
في خيار الشرط ولو كان المشترا دابة فركبها بعد العلم بالعيب فان ركبها
لحاجة نفسه يسقط خياره وان ركبها ليسقيها او ليردها علي البايع او ليشتري
لها علفا ففيه قياس واستحسان كما في الاستخدام وقد ذكرنا ذلك في خيار
الشرط ولو ركبها لينظر الي سيرها بعد العلم بالعيب يكون رضا يسقط
خياره وفي شرط الخيار لا يسقط والفرق بينهما قد تقدم في خيار الشرط
وكذا لو كان المشترا ثوبا فلبسه بعد العلم لينظر الي طوله وعرضه بطل
خياره وفي خيار الشرط لا يبطل ووجه الفرق بينهما قد ذكرناه في شرط
الخيار وان كان المشترا دارا فسكنها بعد ما علم بالعيب او رم منها شيا
او هدم سقط خياره وذكر في بعض شروح مختصر الطحاوي في السكنى روايتان
والحاصل ان كل تصرف يوجد من المشتري في المشترا بعد العلم بالعيب
يدل علي الرضي بالعيب يسقط الخيار ويلزم البيع والله اعلم ۝ ومنها اسقاط
الخيار صريحا او ما هو في معني الصريح نحو ان يقول المشتري اسقطت الخيار
او ابطلته او الزمت البيع او التزمته وما يجري هذا المجري لان خيار
العيب حقه والانسان يستبد من التصرف في حقه استيفا واسقاطا ومنها
ابرا المشتري عن العيب لان الابرا اسقاط وله ولاية الاسقاط لان الخيار
حقه والمحل قابل للسقوط الا تري كيف احتمل السقوط بالاسقاط صريحا
فاذا اسقطه يسقط ۝ ومنها هلاك المبيع لفوات محل الرد ۝ ومنها
نقصانه وجملة الكلام فيه ان نقصان المبيع لا يخلوا اما ان يكون قبل القبض
واما ان يكون بعده وكل ذلك لا يخلوا ان يكون بافة سماوية او بفعل المشتري
او بفعل البايع او بفعل المبيع او بفعل اجنبي فان كان قبل القبض بافة
سماوية او بفعل المبيع فهذا وما اذا لم يكن به عيب سوا وقد ذكرنا حكمه في
البيع في الباب فيما تقدم ان المشتري بالخيار ثم ان كان النقصان نقصان
قدر فان شا اخذ الباقي بحصته من الثمن وان شا ترك وان كان النقصان
وصف فيه وفيما اذا لم يكن به عيب سوا وهو ان المشتري بالخيار ان شا
اخذ وطرح عنه قدر النقصان الذي حصل بفعل البايع من الثمن وان
شا ترك كما اذا لم يجد به عيبا وان كان بفعل المشتري لا خيار له ويصير
قابضا بالجناية ويتقرر عليه جميع الثمن ان لم يجد به عيبا كان عند البايع

علي ما ذكرنا فيما تقدم وان وجد به عيبا كان عند البايع فان شا رجع بنقصان
العيب وان شا رضي به وان قال البايع انا اخذه مع النقصان ليس للمشتري
ان يحبسه ويرجع عليه بالنقصان بل يرده عليه ويسقط جميع وسنذكر
الاصل في جنس هذه المسايل في بيان ما يمنع الرجوع بنقصان العيب وما
لا يمنع والله اعلم ۝ هذا اذا لم يوجد من البايع منع المبيع لاستيفا الثمن
بعد ما صار المشتري قابضا بالجناية فاما اذا وجد منه منع بعد ذلك ثم
وجد به عيبا له ان يرده علي البايع ويسقط عن المشتري جميع لانه بالمنع صار
مستردا للمبيع ناقضا ذلك القبض وجعل كان لم يكن فكان له حق الرد علي
البايع ويسقط عنه جميع الثمن الا قدر ما نقص بفعله وان كان بفعل
اجنبي فالمشتري بالخيار ان شا رضي به ولم يجمع الثمن واتبع الجاني بالارش
وان شا ترك وسقط عنه جميع الثمن واتبع البايع الجاني كما اذا لم يجد المشتري
به عيبا هذا اذا احدث النقصان قبل القبض ثم وجد به عيبا فاما اذا
حدث بعد القبض ثم وجد به عيبا فان حدث بافة سماوية او بفعل المبيع
او بفعل المشتري لم يكن له ان يرده بالعيب عند عامة العلما وقال مالك
له ان يرده ويرد معه ارش العيب الحادث وجه قوله ان حق الرد بالعيب
ثبت نظرا للمشتري فلو امتنع انما يمتنع نظرا للبايع والمشتري باستحقاق
النظر اولي من البايع لانه لم يدلس العيب والبايع قد دلس ولنا ان شرط
الرد ان يكون المردود علي الصفة التي كان عليها عند القبض ولم يوجد
لانه خرج عن ملك البايع معيبا بعيب واحد ويعود علي ملكه معيبا بعيبين
فانعدم شرط الرد فلا يرد ولو كان المبيع جارية فوطيها المشتري ثم
اطلع علي عيب بها فان كانت بكرا لم يردها بالاجماع وان كانت ثيبا فكذلك
عندنا وقال الشافعي يرد وجه قوله انه وجد سبب ثبوت حق الرد
مع شرطه وما بعد السبب وشرطه الا الحكم اما السبب فهو العيب وقد
وجد واما الشرط ان يكون المردود وقت الرد كما كان وقت القبض وقد
وجد لان الوطي لا يوجب نقصان العين اذ هو استيفا منافع البضع فاشبه
الاستخدام بخلاف وطي البكر لان العذرة عضو منها وقد ازالها ولنا
ان منافع البضع لها حكم الاجزا والاعيان بدليل انها مضمون بالعين
وغير العين لا يضمن بالعين هو الاصل اذ قام الدليل علي ان المنافع لا تضمن
بالاتلاف عندنا اصلا فكان استيفاوها في حكم استيفا اتلاف الاجزا
والاعيان فانعدم شرط الرد فيمتنع الرد كما اذا قطع طرفا منها وكما في وطي
البكر بخلاف الاستخدام لانه استيفا منفعة محضة ما لها حكم الجزء
والعين ولانه لو رد الجارية وفسخ العقد وفسخ العقد من الاصل من كل وجه او
من وجه فتبين ان الوطي صادف ملك البايع من كل وجه او من وجه
وانه حرام فكان المنع من الرد طريق الصيانة عن الحرام وانه واجب
وعلي هذا يخرج قول ابي حنيفة رحمه الله فيما اذا اشتري رجلان شيا
ثم اطلعا علي عيب به كان عند البايع انه لا ينفرد احدهما بالفسخ دون
صاحبه وعند ابي يوسف ومحمد ينفرد احدهما بالفسخ وعلي هذا الخلاف

العقد من صح

لو اشتريا شيا على انهما بالخيار فيه ثلاثة ايام او اشتريا شيا لم يرياه وجه
قولهما انه رد المشترا كما اشتري فيصح كما اذا اشتري عبدا على انه بالخيار
في نصفه ثلاثة ايام فرد النصف ودلالة الوصف انه اشتري النصف
لانهما لما اشتريا العبد جملة واحدة كان كل واحد منهما مشتريا نصفه
وقد رد النصف فقد رد ما اشتري كما اشتري ولابي حنيفة رحمه الله انه لم
يوجد شرط الرد وثبوت حق الرد عند انعدام شرطه ممتنع والدليل على انه لم
يوجد شرط الرد ان الشرط ان يكون المرد ود على الوصف الذي كان مقبوضا
ولم يوجد لان قبضه وقع غير معيب بعيب زايد فلو رده لرده وهو معيب
بعيب زايد وهو عيب الشركة لان الشركة في الاعيان عيب لان نصف
العين لا تشتري بالثمن الذي يشتري به لو لم يكن مشتركا فلم يوجد
رد ما اشتري كما اشتري فلا يصح الرد دفعا للضرر عن البايع ولهذا لو اوجب
البايع البيع في عبد لاثنين فقبل احدهما دون الاخر لم يصح لان البايع لم يرض
بزوال ملكه الا عن الجملة فاذا قبل احدهما فقد فرق الصفقة على البايع
فلم يصح دفعا للضرر عنه كذا هذا وكذلك لو كان النقصان بفعل اجنبي او بفعل
البايع بان قطع يده ووجب الارش او كانت جارية فوطيها ووجب العقر
لم يكن له ان يرد بالعيب لما قلنا ولمعني اخر يختص به وهو ان النقصان
بفعل الاجنبي او بفعل البايع يوخذ الارش والعقر للمشتري وانه زيادة
ولهذا يمنع الرد بالعيب على ما سنذكره ولو اشتري ماكولا في جوفه كالبطيخ
والجوز والقثا والخيار والرمان والبيض ونحوها فكسره فوجد فاسدا فهذا
في الاصل لا يخلوا اما ان يكون وجد كله فاسدا واما ان وجد بعضه فاسدا
وبعضه صحيحا فان وجد كله فاسدا فان كان مما لا ينتفع به اصلا فالمشتري
يرجع على البايع بجميع الثمن لانه تبين له انه وقع باطلا لانه بيع ما ليس بمال
وبيع ما ليس بمال لا ينعقد كما اذا اشتري عبدا ثم تبين انه حر وان كان
مما يمكن الانتفاع به في الجملة ليس له ان يرده بالعيب عندنا وعند الشافعي
له ان يرده وجه قوله انه لما باعه منه فقد سلطه على الكسر فكان الكسر
حاصلا بتسليط البايع فلا يمنع الرد ولنا ما ذكرنا فيما تقدم ان شرط الرد
ان يكون المردود وقت الرد على الوصف الذي عليه وقت القبض ولم يوجد
لانه تعيب بعيب زايد بالكسر فلو رد عليه لرده معيبا بعيبين فانعدم
شرط الرد واما قوله البايع سلطه على الكسر فنعم لكن بمعني انه مكنه
من الكسر باثبات الملك له فيكون هو بالكسر متصرفا في ملكه نفسه لا في
ملك البايع بامره ليكون ذلك منه دلالة الرضا بالكسر وان وجد بعضه
فاسدا دون البعض ان كان الفاسد كثيرا يرجع على البايع بجميع الثمن لانه
ظهر ان البيع في القدر الفاسد وقع باطلا لانه تبين انه ليس بمال واذا بطل
القدر يفسد في الباقي كما اذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة
وان كان قليلا فكذلك في القياس وفي الاستحسان صح البيع في الكل وليس
له ان يرد ولا ان يرجع فيه بشي لان قليل الفساد فيه مما لا يمكن التحرز
عنه اذ هذه الاشيا في العادة لا تخلوا عن قليل فساد فكان فيه ضرورة فيلحق

ذلك

ذلك القدر بالعدم ومن مشايخنا من فصل تفصيلا اخر فقال اذا وجد
كله فاسدا فان لم يكن لقشره قيمة فالبيع باطل لانه تبين انه باع ما ليس بمال
وان كان لقشره قيمة كالرمان ونحوه فالبيع لا يبطل لانه اذا كان لقشره قيمة
كان القشر مالا ولكن البايع بالخيار ان شا رضي به ناقصا وقبل قشره ورد جميع
الثمن وان شا لم يقبل لانه تعيب بعيب زايد ورد على المشتري حصة
المعيب جبرا لحقه وان وجد بعضه فاسدا فهو على هذا التفصيل ايضا
لانه اذا لم يكن لقشره قيمة رجع بحصة العيب دون القشر اعتبارا للبعض
بالكل الا اذا كان الفاسد منه قليلا قدر ما لا يخلوا مثله عن مثله فلا يرد ولا
يرجع بشي والله اعلم ❊ ومنها الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع بعد
القبض وجملة الكلام في الزيادة انها لا تخلوا اما ان حدثت قبل القبض
واما ان حدثت بعده وكل واحد من الزيادتين لا تخلوا من ان تكون منفصلة
او متصلة والمتصلة لا تخلوا من ان تكون متولدة من الاصل كالحسن
والجمال والكبر والسمن والسمع وانجلا بياض احدي العينين ونحو ذلك
وغير متولدة منه كالصبغ في الثوب والسمن او العسل الملتوت بالسويق
والبنا في الارض ونحوها وكذلك المنفصلة لا تخلوا من ان تكون متولدة
من الاصل كالولد والثمرة واللبن ونحوها او غير متولدة من الاصل كالكسب
والصدقة والغلة والبيع لا يخلوا من ان يكون صحيحا او فاسدا اما الزيادة
في البيع الفاسد فحكمها نذكره في بيان حكم البيع الفاسد ان شا الله تعالى
واما في البيع الصحيح فان حدثت الزيادة قبل القبض فان كانت منفصلة
متولدة من الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة تابعة للاصل
حقيقة لقيامها بالاصل فكانت مبيعة تبعا والاصل ان ما كان تابعا في العقد
يكون تابعا في الفسخ لان الفسخ رفع العقد فينفسخ العقد في الاصل بالفسخ
فيه مقصودا وينفسخ في الزيادة تبعا للانفساخ في الاصل وان كانت متصلة
غير متولدة من الاصل فانما تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بتابعة
بل هي اصل بنفسها الا تري انه لا يثبت حكم البيع فيها اصلا ورا سا فلو رد المبيع
لكان لا يخلوا اما ان يرده وحده بدون الزيادة واما ان يرده مع الزيادة
لا سبيل الي الاول لانه متعذر لتعذر الفصل ولا سبيل الي الثاني لان الزيادة
ليست بتابعة في العقد فلا تكون تابعة في الفسخ ولان المشتري صار قابضا
للمبيع باحداث هذه الزيادة فصار كانها حدثت بعد القبض وحدوثها بعد
القبض يمنع الرد بالعيب والله اعلم ❊ وان كانت منفصلة متولدة من الاصل
لا تمنع الرد فان شا المشتري ردهما جميعا وان شا رضي بهما بجميع الثمن
بخلاف ما بعد القبض عندنا انها تمنع الرد بالعيب وسنذكر الفرق ان
شا الله تعالي ولو لم يجد بالاصل عيبا ولكن وجد بالزيادة عيبا ليس له ان
يردها لان هذه الزيادة قبل القبض مبيعة تبعا والمبيع تبعا لا يحتمل الفسخ
فسخ العقد فيه مقصودا الا اذا كان حدوث هذه الزيادة قبل القبض مما
يوجب نقصانا في المبيع كولد الجارية فله خيار الرد لكن لا للزيادة بل للنقصان
ولو قبض الاصل والزيادة جميعا ثم وجد بالاصل عيبا له ان يرده بحصته

من الثمن بعد ما قسم الثمن على قدر الاصل وقت البيع وعلى قيمة الزيادة وقت
القبض لان الزيادة انما تاخذ قسطا من الثمن بالقبض فكذلك يعتبر
قبضها وقيمتها قبل القبض وقت القبض ولو لم يوجد بالاصل عيبا ولكنه وجد
بالزيادة عيبا ان له ردها خاصة بحصتها من الثمن لانه صار لها حصة من
الثمن بالقبض فيرد بحصتها من الثمن وان كانت الزيادة منفصلة من
الاصل فانها لا تمنع الرد بالعيب لان هذه الزيادة ليست بمبيعة لانعدام
ثبوت حكم المبيع فيها وانما هي مملوكة بسبب على حدة وتملك الاصل فبالرد
ينفسخ العقد في الاصل وتبقى الزيادة مملوكة بوجود سبب الملك
فيه مقصودا وتملك الاصل لا بالبيع فكانت ربحا لا ربوا لاختصاص
الربا بالبيع لانه فضل مال قصدا استحقاقه بالبيع في عرف الشرع
ولم يوجد ثم اذا رد الاصل فالزيادة تكون للمشتري بغير ثمن عند ابي
حنيفة رحمه الله لكنها لا تطيب له لانها حدثت على ملكه الا انها ربح ما
لم يضمن فلا تطيب وعند ابي يوسف ومحمد الزيادة تكون للبايع لكنها
لا تطيب له هذا اذا اختار المشتري الرد بالعيب فان رضي بالعيب
واختار البيع فالزيادة لا تطيب له بلا خلاف لانها ربح ما لم يضمن ونهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولانها زيادة لا يقابلها عوض
في عقد البيع فانه تفسير الربوا ولو قبض المبيع مع هذه الزيادة
ثم وجد بالمبيع عيبا فان كانت الزيادة هالكة له ان يرد المبيع خاصة
بجميع الثمن بلا خلاف وان كانت قايمة فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله
وعند ابي يوسف ومحمد يرد الزيادة وجه قولهما ان هذه زيادة حصلت
قبل القبض فيردها مع الاصل ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الزيادة لا
تتبع الاصل في حكم العقد فلا تتبعه في حكم الفسخ ولو وجد بالزيادة عيبا
ليس له ان يردها لانه لا حصة له لهذه الزيادة فلا تحتمل الرد بالعيب
لانها لو ردت لردت بغير شي هذا اذا حدثت الزيادة قبل القبض فاما
اذا حدثت بعد القبض فان كانت متصلة متولدة من الاصل فانها لا
تمنع الرد ان رضي المشتري بردها مع الاصل بلا خلاف لانها تابعة حقيقة
وقت الفسخ فبالرد ينفسخ العقد من الاصل مقصودا وينفسخ في الزيادة
تبعا وان ابى ان يرده واراد ان ياخذ نقصان العيب من البايع وابى
البايع الا الرد مع العيب ودفع جميع الثمن اختلف فيه قال ابو حنيفة
وابو يوسف رحمهما الله للمشتري ان ياخذ نقصان العيب من البايع
وليس للبايع ان يابى ذلك ويطلب الرد ويقول لا اعطيك نقصان
العيب ولكن رد علي المبيع معيبا لادفع اليك جميع الثمن وقال محمد
ليس للمشتري ان يرجع بالنقصان على البايع اذا ابى ذلك وللبايع
ان يقول له رد علي المبيع حتى ارد لك الثمن كله ولقب المسلة ان
الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل بعد القبض هل تمنع الرد بالعيب
اذا لم يرض صاحب الزيادة وهو المشتري برد الزيادة ويريد
الرجوع بنقصان العيب عندهما يمنع وعنده لا يمنع واصل المسلة في

النكاح

النكاح اذا ازداد المهر زيادة متصلة متولدة من الاصل بعد القبض ثم
ورد الطلاق قبل الدخول انها هل تمنع التنصيف عندهما تمنع وعليها
نصف القيمة يوم قبضت وعنده لا تمنع وقد ذكر المسلة في النكاح وان
كانت متصلة غير متولدة من الاصل تمنع الرد بالاجماع ويرجع بنقصان
العيب لما ذكرنا انه لو رد الاصل فاما ان يرده وحده واما ان يرده مع
الزيادة والرد وحده لا يمكن والزيادة ليست بتابعة في العقد
فلا يمكن جعلها تابعة في الفسخ الا اذا تراضيا على الرد لانه صار بمنزلة
بيع جديد فان كانت منفصلة متولدة من الاصل فانها تمنع الرد
بالعيب عندنا وعند الشافعي لا تمنع ويرد الاصل بدون الزيادة
وكذلك هذه الزيادة تمنع عندنا من الاقالة والرد بخيار الشرط
وخيار الروية والكلام فيه مبني على اصل ذكرناه فيما تقدم وهو ان
الزيادة عندنا مبيعة تبعا لثبوت حكم الاصل فيه تبعا فالرد بدون
الزيادة ينفسخ العقد في الاصل مقصودا وتبقى الزيادة في يد المشتري
مبيعا مقصودا بلا ثمن يستحق بالبيع وهذا تفسير الربوا في عرف
الشرع بخلاف الزيادة قبل القبض لانها لا ترد بدون الاصل ايضا
احترازا عن الربوا بل ترد مع الاصل وردها مع الاصل لا يتضمن الربوا
ثم انما لا يرد الاصل مع الزيادة ههنا ورد هناك اما امتناع
رد الاصل بدون الزيادة فلما قلنا انه يودي الى الربوا واما
رده مع الزيادة فلانه يودي الى ان يكون الولد التابع بعد الرد ربح
ما لم يضمن لانه ينفسخ العقد في الزيادة ويعود الى البايع ولم يصل
الى المشتري بمقابلته شي من الثمن في الفسخ لانه لا حصة له في الفسخ
من الثمن فكان الولد للبايع ربح ما لم يضمن لانه حصل في ضمان المشتري
فاما الولد قبل القبض فقد حصل في ضمان البايع فلو انفسخ العقد
فيه لا يكون ربح ما لم يضمن بل ربح ما ضمن وان كانت منفصلة غير
متولدة من الاصل لا تمنع الرد بالعيب ويرد الاصل على البايع والزيادة
للمشتري طيبة له لما مر ان هذه الزيادة ليست بمبيعة اصلا لانعدام
ثبوت حكم البيع فيها بل ملكت بسبب على حدة فامكن اثبات حكم الفسخ
فيه بدون الزيادة فيرد الاصل وينفسخ العقد فيه وتبقى الزيادة
مملوكة للمشتري بوجود سبب الملك فيها شرعا فتطيب له هذا
اذا كانت الزيادة قايمة في يد المشتري فاما اذا كانت هالكة فهلاكها
لا يخلوا من ان يكون بافة سماوية او بفعل المشتري او بفعل اجنبي فان
كان بافة سماوية له ان يرد الاصل بالعيب ويجعل الزيادة كانها
لم تكن وان كان بفعل المشتري فالبايع بالخيار ان شا قبل ورد
جميع الثمن وان شا لم يقبل ويرد نقصان العيب سوا كان حدوث
تلك الزيادة اوجب نقصانا في الاصل او لم يوجب نقصانا فيه لان
اتلاف الزيادة بمنزلة اتلاف جزء متصل بالاصل لكونها متولدة من الاصل
وذا يوجب الخيار للبايع وان كان بفعل اجنبي ليس له ان يرده لانه يجب

الفسخ صح

ضمان الزيادة علي الاجنبي فيقوم الضمان مقام العين فكان عينه قايم فيمتنع الرد ويرجع بنقصان العيب والله اعلم ۰ واما بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام هاهنا يقع في موضعين ۰ احدهما في بيان ما ينفسخ به والثاني في بيان شرايط جواز الفسخ ۰ اما الاول فنوعان اختياري وضروري فالاختياري نحو قوله فسخت او نقضت او رددته وما في معناه والضروري هلاك المعقود عليه قبل القبض ۰ واما شرايط جواز الفسخ ۰ فمنها سقوط الخيار لان البيع يلزم بسقوط الخيار فيخرج عن احتمال الفسخ ۰ ومنها علم صاحبه بالفسخ بلا خلاف بين اصحابنا سوا كان بعد القضا او قبله بخلاف خيار الشرط والروية وهل يشترط له القضا او الرضا ان كان قبل القضا لا يشترط قضا القاضي ولا رضي البايع وان كان بعد القبض يشترط له القضا او الرضا وقد ذكرنا فيما تقدم ۰ ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة علي البايع قبل التمام فان تضمن لا يجوز الا ان يرضي به البايع لان تفريق الصفقة علي البايع قبل التمام اضرار به علي ما يذكر والضرر واجب الدفع ما امكن الا ان يرضي به البايع لان الضرر المرضي به من جهة المقصود لا يجب رفعه وعلي هذا يخرج ما اذا وجد المشتري المبيع معيبا فاراد رد بعضه دون بعض قبل القبض وجملة الكلام فيه ان المبيع لا يخلوا اما ان يكون شيا واحدا حقيقة وتقديرا كالعبد والثوب والدار والكرم والمكيل والموزون والمعدود المتقارب في وعا واحد وصبرة واحدة واما ان يكون اشيا متعددة كالعبدين والثوبين والدابتين والمكيل والموزون والمعدود في وعاين او صبرتين وكل شيين ينتفع باحدهما فيما وضع بدون الاخر واما ان يكون شيا حقيقة وشيا واحدا تقديرا كالخفين والنعلين والمكعبين ومصراعي الباب وكل شي لا ينتفع باحدهما فيما وضع له بدون الاخر ولا يخلوا اما ان يكون المشتري قبض كل المبيع واما ان لم يقبض شيا منه واما ان قبض البعض دون البعض والحادث في المبيع لا يخلوا اما ان يكون عيبا او استحقاقا اما العيب فان وجد ببعض المبيع قبل القبض لشي منه فالمشتري بالخيار ان شا رضي بالكل ولزمه جميع الثمن وان شا رد الكل وليس له ان يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن سوا كان المبيع شيا واحدا او اشيا لان الصفقة لا تمام لها قبل القبض وتفريق الصفقة قبل تمامها باطل والدليل علي ان الصفقة لا تتم قبل القبض ان الموجود قبل القبض اصل العقد والملك لا صفة التاكد الا تري انه يحتمل الانفساخ بهلاك المعقود عليه وهو انه عدم التاكد واذا قبض وقع الامن عن الانفساخ بالهلاك فكان حصول التاكد بالقبض والتاكيد اثبات وجه او له شبهة الاثبات وكذا ملك التصرف يقف علي القبض فيدل علي نقصان الملك قبل القبض ونقصان الملك دليل نقصان العقد وكذا المشتري اذا وجد بالمبيع عيبا ينفسخ البيع بنفس الرد من غير الحاجة الي قضا القاضي ولا الي التراضي ولو كانت الصفقة تامة قبل القبض لما احتمل الانفساخ

بنفس

بنفس الرد كما بعد القبض فثبتت بهذه الدلالة ان الصفقة ليست بتامة قبل القبض والدليل علي انه لا يجوز تفريق الصفقة علي البايع قبل تمامها ان في القبض ضررا للبايع والضرر واجب الدفع ما امكن وبيان الضرر ان المبيع لا يخلوا اما ان يكون شيا واحدا واما ان يكون اشيا فالتفريق تضمن الشركة والشركة في الاعيان عيب فكان التفريق عيبا وانه تعييب زايد لم يكن عند البايع فيتضرر به البايع وان كان المبيع اشيا فالتفريق يتضمن ضررا اخر وهو لزوم البيع في الجيد بثمن الردي لان ضم الردي الي الجيد والجمع بينهما في الصفقة من عادة التجار ترويجا للردي بواسطة الجيد فمن الجايز ان يجد المشتري العيب بالردي فيرده ۰ فيلزم البيع في الجيد بثمن الردي فيتضرر به البايع فدل ان في التفريق ضررا فيجب دفعه ما امكن ولهذا لم يجز التفريق في القبول بان اضاف الي جملة فقبل المشتري في البعض دون البعض دفعا للضرر عن البايع بلزوم حكم البيع في البعض من غير اضافة الايجاب اليه لانه اوجب البيع الا في الجملة فلا يصح الا في الجملة ليلا يزول ملكه من غير ازالته فيتضرر به علي ان تمام الصفقة لما تعلق بالقبض كان القبض في معني القبول من وجه فكان رد البعض وقبض البعض تفريقا في القبول من وجه فلا يملك الا ان يرضي البايع برد المعيب عليه فياخذه ويدفع حصته من الثمن فيجوز وياخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن لان امتناع الرد كان لدفع الضرر عنه نظرا له فاذا رضي به فلم ينظر لنفسه وان كان المشتري قبض بعض المبيع دون البعض فوجد ببعضه عيبا فكذلك لا يملك رد المعيب خاصة بحصته من الثمن سوا كان المبيع شيا واحدا او اشيا وسوا وجد العيب بغير المقبوض او بالمقبوض في ظاهر الرواية لان الصفقة لا تتم الا بقبض جميع المعقود عليه فكان رد البعض دون البعض تفريق الصفقة قبل التمام وانه باطل وروي عن ابي يوسف انه ان وجد العيب بغير المقبوض فكذلك فاما اذا وجد بالمقبوض فله ان يرده خاصة بحصته من الثمن فهو نظر الي المعيب منهما ايهما كان واعتبر الاخر به فان كان المعيب غير المقبوض اعتبر مقبوضا فكانه قبضهما جميعا لكن هذا الاعتبار ليس بسديد لانه ليس في حد التعارض اذ ليس اعتبار غير المعيب في القبض وعدمه اولي من اعتبار المعيب لغير المعيب في القبض بل هذا اولي لان الاصل عدم القبض فالعدم بالاصل عند التعارض اولي هذا اذا كان المشتري لم يقبض شيا من المبيع او قبض البعض دون البعض فان كان قبض الكل ثم وجد به عيبا فان كان المبيع شيا واحدا حقيقة وتقديرا فكذلك ان المشتري ان شا رضي بالكل بالثمن وان شا رد الكل واسترد جميع الثمن وليس له ان يرد قدر المعيب خاصة بحصته من الثمن لما ذكرنا ان فيه الزام عيب الشركة وانها عيب حادث مانع من الرد وان كان اشيا حقيقة شيا واحدا تقديرا فكذلك لان افراد احدهما بالرد اضرار بالبايع اذ لا يمكن الانتفاع باحدهما فيما وضع له بدون الاخر فكانا فيما وضعا له من المنفعة كشي

واحد فكان المبيع شيا واحدا من حيث المعني فبالرد تثبت الشركة من حيث
المعني والشركة في الاعيان عيب واذا كان لا يمكن الانتفاع باحدهما بدون
صاحبه فيما وضع له كان التفريق تعييبا فيعود المبيع الي البايع
بعيب زايد حادث لم يكن عنده وان كان اشيا حقيقة وتقديرا ليس له
ان يرد الكل الا عند التراضي وله ان يرد المعيب خاصة بحصته من الثمن
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر والشافعي بل يردهما او يمسكهما وجه
قولهما ان في التفريق بينهما في الرد اضرارا بالبايع لما ذكرنا ان ضم الردي
الي الجيد في البيع من عادة التجار ليروج الردي بواسطة الجيد وقد يكون
العيب بالردي فيرده علي البايع يلزمه البيع في الجيد بثمن الردي وهذا
ضرر بالبايع ولهذا امتنع الرد قبل القبض فكذا هذا ولنا ان ما ثبت له
حق الرد وجد في احدهما فكان له ان يرد احدهما وهذا لان حق الرد انما
ثبت لفوات السلامة المشروطة في العقد دلالة او الثابتة مقتضي
العقد علي ما بينا والسلامة في احدهما فكان له رده خاصة فلو امتنع الرد
انما يمتنع لتضمنه تفريق الصفقة وتفريق الصفقة باطل قبل التمام
لا بعده والصفقة قد تمت بقبضهما فزال المانع واما قولهما يتضرر
البايع برد الردي خاصة فنعم لكن هذا ضرر مرضي به من جهته لان
اقدامه علي بيع وتدليس مع علمه ان الظاهر من حال المشتري انه لا يرضي
بالعيب دلالة الرضا بالرد بخلاف ما قبل القبض لانه لا تمام للعقد قبل
القبض فلا يكون قبل القبض دلالة الرضي بالرد فكان الرد ضررا غير
مرضي به فيجب دفعه وهذا بخلاف خيار الشرط وخيار الروية ان المشتري
لا يملك رد البعض دون البعض سوا قبض الكل او لم يقبض شيا او قبض
البعض دون البعض وسوا كان المعقود عليه شيا واحدا او اشيا لان
خيار الشرط والروية يمنع تمام الصفقة بدليل انه يرد من غير قضا ولا
رضي سوا كان بعد القبض او قبله ولو تمت الصفقة لما احتمل الرد الا
بقضا القاضي او التراضي دل ان هذا الخيار يمنع تمام الصفقة ولا
يجوز تفريق الصفقة قبل التمام بها وهاهنا بخلافه ولو قال المشتري
انا امسك المعيب واخذ النقصان ليس له ذلك لان قوله امسك المعيب
دلالة الرضا بالمعيب وانه يمنع الرجوع بالنقصان وكذلك لو كان
المبيع اشيا فوجد بالكل عيبا فاراد رد البعض دون البعض ان المردود
ان كان مما لو كان العيب به وحده لكان له رده وحده كالعبدين والثوبين
فله ذلك لانه اذا امسك البعض فقد رضي بعيبه فبطل حق الرد فيه لانه
تبين ان صفة السلامة لم تكن مشروطة ولا مستحقة بالعقد فيه
فصار كانه كان صحيحا في الاصل ووجد بالاخر عيبا فيرده وان كان المردود
مما لو كان العيب به وحده لكان لا يرده كالخفين والنعلين ونحوهما ليس
له ذلك لما ذكرنا ان التفريق بينهما تعييب ولو اشتري عبدين فوجد
باحدهما عيبا قبل القبض فقبض المعيب وهو عالم بالعيب لم يكن له
ان يرد وسقط خياره ولزمه العبدان لان قبض المعيب مع العلم

وتدليس

بالعيب

بالعيب دليل الرضا وللقبض شبه بالعقد فكان الرضا به عند القبض كالرضا
به عند العقد ولو رضي به عند العقد يسقط خياره ولزماه جميعا كذا هذا
ولو قبض الصحيح منهما ولو كانا معيبين فقبض احدهما لم يسقط خياره لانه قبض
بعض المعقود عليه وانما يتم بقبض الكل فلو لزمه العقد في المقبوض دون الاخر
لتفرقت الصفقة علي البايع قبل التمام وتفريق الصفقة قبل التمام باطل ولا يمكن
اسقاط حقه عن غير المقبوض لانه لم يرض به فبقي له الخيار علي ما كان والله اعلم
واما الاستحقاق فان استحق بعض المعقود عليه قبل القبض ولم يجز المستحق
بطل العقد في القدر المستحق لانه تبين ان ذلك القدر لم يكن ملك البايع ولم يوجد
الاجازة من المالك وللمشتري الخيار في الباقي ان شا رضي به بحصته من
الثمن وان شا رده سوا كان استحقاق ما استحقه يوجب العيب في الباقي
او لا يوجب لانه اذا لم يرض المستحق فقد تفرقت الصفقة علي المشتري
قبل التمام فكان كعيب ظهر بالسلعة قبل القبض وذلك يوجب الخيار كذا هذا
وان كان الاستحقاق بعد قبض البعض دون البعض فكذلك الجواب
سوا ورد الاستحقاق علي المقبوض او علي غير المقبوض وان كان قبض الكل ثم
استحق بعضه بطل البيع في قدر المستحق لما قلنا ثم ينظر ان كان استحقاق
ما استحق يوجب العيب في الباقي بان كان المعقود عليه شيا واحدا حقيقة
وتقديرا كالدار والكرم والارض والعبد ونحوها فالمشتري بالخيار
في الباقي ان شا رضي به بحصته من الثمن وان شا رد لان الشركة في
الاعيان عيب وكذلك ان كان المعقود عليه شيان من حيث الصورة
شيا واحدا من حيث المعني فاستحق احدهما فله الخيار في الباقي وان كان
استحقاق ما استحق لا يوجب العيب في الباقي بان كان المعقود عليه شيان
صورة ومعني كالعبدين فاستحق احدهما او كان صبرة حنطة او جملة
وزني فاستحق بعضه فانه يلزم المشتري الباقي بحصته من الثمن لانه لا
ضرر في تبعيضه فلم يكن له خيار الرد والله اعلم ۔ واما بيان ما يمنع الرجوع
بنقصان العيب وما لا يرجع فالكلام في حق الرجوع بالنقصان في موضعين
احدهما في بيان شرايط ثبوت حق الرجوع ۔ والثاني في بيان ما يبطل
هذا الحق بعد ثبوته وما لا يبطل ۔ اما الشرايط فمنها امتناع الرد وتعذره
فلا يثبت مع امكان الرد حتي لو وجد به عيبا ثم اراد المشتري ان يمسك
المبيع مع امكان رده علي البايع ويرجع بالنقصان ليس له ذلك لان حق
الرجوع بالنقصان كالخلف عن الرد والقدرة علي الاصل يمنع المصير الي
الخلف ولان امساك المبيع المعيب مع علمه بالعيب دلالة الرضا بالعيب
يمنع الرجوع بالنقصان كما يمنع الرد ۔ ومنها ان يكون امتناع الرد لا
من قبل المشتري فان كان من قبله لا يرجع بالنقصان لا يصير حابسا المبيع
بفعله متمسكا عن الرد وهذا يوجب بطلان الحق اصلا وراسا وعلي هذا
يخرج ما اذا هلك المبيع او انتقص بافة سماوية او بفعل المشتري ثم
علم انه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد في الهلاك لضرورة فوات
المحل في النقصان لا امر يرجع الي البايع وهو دفع ضرر زايد يلحقه بالرد

الاترى ان للبايع ان يقول انا اقبله مع النقصان فادفع اليك جميع الثمن واذا كان امتناع الرد لامر يرجع اليه وهو لزوم الضرر اياه بالرد فاذا دفع الضرر عنه بامتناع الرد لابد من دفع الضرر عن المشتري بالرجوع بالنقصان وسواكان النقصان يرجع بفوات جزو من العين اولا يرجع اليه كما اذا كان المبيع جارية ثيبا فوطيها المشتري او قبلها بشهوة ثم علم بالعيب لان الرد امتنع لامن قبل المشتري بل من قبل البايع الاترى ان له ان يقبلها موطوة ولو كان لها زوج عند البايع فوطيها زوجها في يد المشتري فان كان زوجها وطيها في يد البايع لم يرجع بالنقصان لان هذا الوطي لا يمنع الرد وامكان الرد يمنع الرجوع بالنقصان وان كان لم يطاها عند البايع فوطيها عند المشتري فان كانت بكرا يرجع بالنقصان لان وطي البكر يمنع الرد بالعيب لانه يوجب نقصان العين بازالة العذرة والامتناع ههنا ليس لمعنى من قبل المشتري بل من قبل البايع فلا يمنع الرجوع بالنقصان وان كان ثيبا لم يذكر في الاصل انه يمنع الرد اولا وقيل لا يمنع فلا يرجع بالنقصان مع امكان الرد وكذا لو كان المبيع قايما حقيقة هالكا تقديرا بان اعطي له حكم الهلاك كما اذا كان المبيع ثوبا فقطعه وخاطه او حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او لحما فشواه فانه يرجع بالنقصان لان امتناع الرد في هذه المواضع من قبل البايع ولو حدث في المبيع او بسببه زيادة مانعة من الرد كالثمر والولد واللبن والارش والعقر يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا لامن قبل المشتري بل من قبل الشرع لما ذكرنا فيما تقدم انه لو رد الاصل بدون الزيادة لبقيت الزيادة مبيعا مقصودا بلا ثمن وهذا تفسير الربوا في متعارف الشرع وحرمة الربوا تثبت حقا للشرع ولهذا لو تراضيا على الرد لا يقضي بالرد لان الحرمة الثابتة حقا للشرع لا تسقط برضا العبد فاذا كان امتناع الرد لمعنى يرجع الي الشرع لا الي المشتري بقي حق المشتري في وصف السلامة واجب الرعاية فكان له ان يرجع بالنقصان جبرا لحقه ولو كان الزيادة المانعة سمنا او عسلا لته بسويق او عصفرا او زعفرانا صبغ به الثوب او بناء على الارض يرجع بالنقصان لان التعذر لان ليس من قبل المشتري ولامن قبل البايع بل من قبل الشرع الاترى انه ليس للبايع ان يقول انا اخذه كذلك وتعذر الرد بحق قبل الشرع لا يمنع الرجوع بالنقصان لما ذكرنا ولو باعه المشتري او وهبه ثم علم بالعيب لم يرجع بالنقصان لان امتناع الرد ههنا من قبل المشتري لانه بالبيع صار متمسكا عن الرد لان المشتري قايم مقامه فصار مبطلا للرد الذي هو الحق فلا يرجع بشي وكذلك لو كاتبه لانها توجب صيرورة العبد حرا يدا فصار بالكتابة متمسكا عن الرد فامسك البيع وكذلك لو اعتقه على مال ثم وجد به عيبا لان الاعتاق على مال في حق العتق في معنى البيع لانه اخذ العوض بمقابلته والبيع يمنع الرجوع كذا هذا وروي عن ابي يوسف انه لا يمنع ولو اعتقه على غير مال ثم وجد به عيبا فالقياس ان لا يرجع وهو قول الشافعي وفي الاستحسان يرجع وجه القياس ان الرد امتنع

الي الذات صح

بفعله

بفعله وهو الاعتاق فاشبه البيع والكتابة وجه الاستحسان ان تعذر الرد ههنا ليس من قبل المشتري لان الاعتاق ليس بازالة الملك بل الملك ينتهي عند الاعتاق وهذا لان الاصل في الادمي عدم الملك والمالية اذ الاصل فيه ان يكون حرا لان الناس كلهم اولاد ادم وحوي عليهما السلام والمتولد من الحرين يكون حرا الا ان الشرع ضرب الملك والمالية عليه بعارض الكفر موقتا الي غاية الاعتاق والموقت الي غاية ينتهي عند وجود الغاية فينتهي الملك والمالية عند الاعتاق فصار كما لو انتهي بالموت وبه تبين ان الاعتاق ليس بحبس بخلاف البيع لانه لما اخذ العوض فقد اقام المشتري مقام نفسه فكانه استبقاه على ملكه صار حابسا اياه بفعله ممسكا عن الرد فلم يرجع بالنقصان وكذلك لو دبره او استولدها ثم وجد به عيبا يرجع بالنقصان لان الرد لم يمتنع من قبل المشتري بل من قبل الشرع ولو قتله المشتري لم يرجع بالنقصان في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يرجع لان المقتول ميت باجله فينتهي حيوته عند القتل كما تنتهي عند الموت فصار كما لو مات حتف انفه وهناك يرجع بالنقصان كذا ههنا وجه ظاهر الرواية ان فوات الحيوة ان لم يكن اثر فعل القاتل حقيقة فهي اثر فعله عادة فجعل في حق القاتل كانه تفويت الحيوة حقيقة وازالتها وان كان انتهاها حقيقة كالاعتاق على مال انه الحق بالبيع في حق المعتق وان لم يكن كذلك في حق العبد فصار حابسا للعبد بصنعه ممسكا ولو كان المبيع طعاما فاكله المشتري او ثوبا فلبسه حتي تخرق لم يرجع بالنقصان في قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد يرجع وجه قولهما ان اكل الطعام ولبس الثوب استعمال الشي فيما وضع له وانه انتفاع لا اتلاف بخلاف القتل فانه ازالة الحيوة في حق القاتل فكان حبسا وامساكا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان المشتري باكل الطعام واخرجهما عن ملكه حقيقة اذ الملك فيهما يثبت مطلقا لا موقتا بخلاف العبد فاشبه القتل ولو استهلك الطعام او الثوب بسبب اخر وراء الاكل واللبس ثم وجد به عيبا لم يرجع بالنقصان بلا خلاف لان استهلاكهما في غير ذلك الوجه ابطال محض فيشبه القتل ولو اكل بعض الطعام ثم وجد به عيبا ليس له ان يرد الباقي ولا ان يرجع بالنقصان عند ابي حنيفة لان الطعام كله شي واحد بمنزلة العبد وقد امتنع رد بعضه بمعني من قبل المشتري فيبطل حقه اصلا في الرد والرجوع كما لو باع بعض الطعام دون بعض وروي عن ابي يوسف انه قال يرد الباقي ويرجع بارش اكل الماكول والباقي الا اذا رضي البايع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وروي عن محمد انه قال يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب فيما اكل لانه ليس في تبعيض الطعام ضرر فيمكن رد البعض فيه دون البعض وليس للبايع ان يمتنع عن ذلك وبه كان يفتي الفقيه ابو جعفر وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمهما الله ولو باع الطعام دون البعض لم يرد الباقي ولا يرجع بالنقصان عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يرد الباقي ويرجع بنقصان العيب الا اذا رضي البايع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن وجه قول

زفران الامتناع الرد والرجوع بالنقصان لاجل البيع وانه وجد في البعض دون
البعض فيمتنع في البعض دون البعض لان الاصل ان يكون الامتناع بقدر المانع
ولنا ما ذكرنا ان الطعام كله شي واحد كالعبد فالامتناع في البعض لمعنى من
قبل المشتري يوجب الامتناع في الاكل ولو كان المبيع دارا فبناها مسجدا ثم
اطلع لم يرجع بالنقصان لابناها لانه بناها مسجدا فقد اخرجها عن ملكه فصار
كالو باعها ولو اشتري ثوبا وكفن به ميتا ثم اطلع علي عيب به فان كان المشتري
وارث الميت وقد اشتري من التركة يرجع بالنقصان لان الملك في الكفن لم يثبت
للمشتري وانما يثبت للميت لان الكفن من الحوايج الاصلية للميت وقد امتنع رده
بالعيب لا من قبل المشتري فكان له ان يرجع بالنقصان وان كان المشتري اجنبيا
فتبرع بالكفن لم يرجع لان الملك في المشترا وقع له فاذا كفن به فقد اخرجه
عن ملكه بالتكفين فاشبه البيع والله اعلم ۞ ومنها عدم وصول عوض المبيع الي
المشتري مع تعذر الرد في ظاهر الرواية فان وصل اليه عوضه بان قتله اجنبي
في يده خطا لا يرجع بالنقصان وان تعذر رده علي البايع وروي عن ابي يوسف
ومحمد انه يرجع بالنقصان لانه لم يصل اليه حصة العيب وانما وصل اليه قيمة المعيب
فكان له ان يرجع بمقدار العيب والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه وصل اليه قيمته
قامت مقام القيمة فكانها قايم في يده لما وصل اليه عوضه فصار كانه باعه ولو باعه
المشتري ثم اطلع علي عيب به لم يرجع بالنقصان كذا هذا ۞ ومنها عدم الرضي بالعيب
صريحا ودلالة وهي ان يتصرف في المبيع بعد العلم بالعيب تصرفا يدل علي الرضا بالعيب
فان ذلك يمنع ثبوت حق الرد والرجوع جميعا وقد ذكرنا التصرف الذي هو دليل الرضي
بالعيب بعد العلم في العلم فيما تقدم ولو لم يعلم بالعيب حتي تصرف فيه تصرفا يمنع
الرد ثم علم به فان كان التصرف مما لا يخرج السلعة عن ملكه يرجع بالنقصان الا الكتابة
لانعدام دلالة الرضي وفي الكتابة يرجع لانها في معني البيع علي ما مر وان كان التصرف
مما يخرج السلعة عن ملكه كالبيع ونحوه لا يرجع بالنقصان الا الاعتاق لا علي مال
استحسانا علي ما ذكرنا فيما تقدم ۞ واما بيان ما يبطل به حق الرجوع بعد ثبوته وما
لا يبطل فحق الرجوع يبطل بصريح الابطال وما يجري مجري الصريح نحو قوله ابطلته او
اسقطته او ابراتك عنه وما يجري هذا المجري لان خيار الرجوع حقه كخيار الرد
لثبوته بالشرط وهي السلامة المشروطة في العقد دلالة بخلاف خيار الروية والانسان
بسبيل من التصرف في حقه استيفا واسقاطا ويسقط ايضا بالرضي بالعيب وهو نوعان
صريح وما يجري مجري الصريح ودلالة فالصريح هو ان يقول رضيت بالعيب الذي
به او اخترت او اجزت البيع وما يجري مجراه والدلالة هو ان يتصرف في المبيع
بعد العلم بالعيب تصرفا يدل علي الرضي بالعيب كما اذا انتقص المبيع في يد المشتري
وامتنع الرد بسبب النقصان ووجب الارش ثم تصرف فيه تصرفا اخرجه عن ملكه
بان باعه او وهب وسلم او اعتق او دبر او استولد مع العلم بالعيب لان التصرف
المخرج عن الملك مع العلم بالعيب دلالة الامساك عن الرد وذا دليل الرضا بالعيب
فيبطل حق المشتري فلو امتنع حق الرد بسبب الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل
كالولد ونحوه او الحاصلة بسببا لا اصل غير المتولدة منه كالارش والعقر والزيادة
المتصلة غير المتولدة كالصبغ ونحو ذلك ثم تصرف تصرفا اخرجه عن ملكه لا يبطل حق

الرجوع بالارش بل يبقي الارش علي حاله لان التصرف في هذه الصورة لم يقع دلالة عن
الامساك عن الرد لان امتناع الرد كان ثابتا قبله الا تري انه ليس للبايع خيار الاسترداد
بان يقول انا اقبله كذلك مع العيب وارد اليك جميع الثمن واذا كان الرد ممتنعا
قبل التصرف لم يكن هو بالتصرف ممسكا عن الرد فلا يكون دليل فبقي الارش واجبا
كما كان بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يكن الرد ممتنعا حتما الا تري ان للبايع ان
يقبله ناقصا مع العيب فكان المشتري بتصرفه مفوتا علي نفسه حق الرد فكان
حابسا المبيع بفعله ممسكا اياه عن الرد وانه دليل الرضي بالعيب فيبطل حق الرد م
فصار الاصل في هذا الباب ان وجوب الارش اذا لم يكن ثابتا علي سبيل الحتم والالزا
بل كان لخيار الاسترداد مع العيب فتصرف المشتري بعد ذلك تصرفا مخرجا عن
الملك يوجب بطلان الارش وان كان وجوبه ثابتا حتما بان لم يكن للبايع خيار
الاسترداد فتصرف المشتري لا يبطل الارش ووجه الفرق بين الفصلين علي ما بينا
والله اعلم واما بيان طريق معرفة بيان العيب فطريقه ان تقوم السلعة وليس بها

نقصان صح

ذلك العيب وتقوم وبها ذلك فينظر الي نقصان ما بين القيمتين فيرجع علي بايعه
بقدر ما نقصه العيب من حصته من الثمن ان كانت قيمته مثل ثمنه وان اختلفا
فان كان النقصان قدر عشر القيمة يرجع علي بايعه بعشر الثمن وان كان قدر خمسها
يرجع بخمس الثمن مثاله اذا اشتري ثوبا قيمته عشرة بعشرة فاطلع علي عيب به
ينقصه عشر قيمته وهو درهم يرجع علي بايعه بعشر الثمن وهو درهم ولو اشتري
ثوبا قيمته عشرون بعشرة فاطلع علي عيب به ينقصه عشر القيمة وذلك درهمان
فانه يرجع علي البايع بعشر الثمن وذلك درهم واحد ولو كانت قيمته عشرة وقد
اشتراه بعشرين والعيب ينقصه عشر القيمة وذلك درهم واحد يرجع علي بايعه
بعشر الثمن وذلك درهمان علي هذا القياس فافهم والله اعلم ۞ واما الخيار الثابت
شرعا لا شرطا وهو خيار الروية ۞ والكلام فيه في مواضع في بيان شرعية البيع
الذي فيه خيار الروية ۞ وفي بيان صفته ۞ وفي بيان حكمه ۞ وفي بيان
شرايط الخيار ۞ وفي بيان وقت ثبوته ۞ وفي بيان كيفية ثبوته ۞ وفي بيان
ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم ۞ اما الكلام
الكلام في شرعيته فقد مر في موضعه ۞ واما صفته فهي ان شرا ما لم يره المشتري
غير لازم لان عدم الروية يمنع تمام الصفقة لما روي عن رسول الله صلي الله
عليه وسلم انه قال من اشتري شيا لم يره فهو بالخيار اذا راه ولان جهالة
الوصف تؤثر في الرضا فيوجب خللا فيه واختلال الرضا في البيع فيوجب خللا
فيه واختلال الرضا في البيع يوجب الخيار ولان من الجايز اعتراض الندم لما
عسي يصلح له اذا راه فيحتاج الي التدارك فيثبت له الخيار لامكان التدارك
عند الندم نظرا له كما يثبت خيار الرجعة شرعا نظرا للزوج تمكينا له من التدارك
عند الندم كما قال الله تعالي لعل الله يحدث بعد ذلك امرا ۞ واما بيع ما لم يره
البايع فهل يلزم روي ان ابا حنيفة كان يقول اولا يلزم ويثبت له الخيار ثم
رجع وقال يلزم ولا يثبت له الخيار وجه قوله الاول ان ما ثبت له الخيار
في شرا ما لم يره المشتري وهو ما ذكرنا من المعاني موجود في ما لم يره البايع
فورود الشرع بالخيار ثمة يكون ورودا هاهنا دلالة وجه قوله الاخر ما روي

ان عثمان باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله رضي الله عنهما ولم يكونا
راياها فقيل لعثمان رضي الله عنه غبنت فقال لي الخيار واني بعت ما لم اره
وقيل لطلحة رضي الله عنه مثل ذلك فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره
فحكما في ذلك جبير بن مطعم فقضي بالخيار لطلحة رضي الله عنهم وكان ذلك
بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه احد منهم فكان اجماعا منهم علي
ذلك والاعتبار بجانب المشتري ليس بسديد لان مشتري ما لم يره المشتري
علي انه خير مما ظنه فيكون بمنزلة مشتري شي علي انه جيد فاذا هو ردي ومن
اشتري شيا علي انه جيد فاذا هو ردي فله الخيار وبايع شي لم يره يبيع علي انه
ادون مما ظنه فكان بمنزلة بايع شي علي انه ردي فاذا هو جيد ومن باع
شيا علي انه ردي فاذا هو جيد لا خيار للبايع فلهذا افترقا والله اعلم
واما حكمه فحكم البيع الذي لا خيار فيه وهو ثبوت الحل للمشتري في المبيع
وثبوت الملك للبايع في الثمن للحال لان ملك البيع صدر مطلقا عن شرط
كان ينبغي ان يلزم الا انه يثبت الخيار شرعا لا شرطا بخلاف البيع بشرط الخيار لان
الخيار ثبت بنص كلام العاقدين فاثر في الركن بالمنع من الانعقاد في حق
الحكم علي ما مر والله اعلم واما بيان شرايط ثبوت الخيار فمنها ان يكون المبيع
مما يتعين بالتعيين فان كان مما لا يتعين بالتعيين لا يثبت فيه الخيار حتي انهما
لو تبايعا عينا بعين يثبت الخيار لكل واحد منهما ولو تبايعا دينا بدين لا يثبت
الخيار لواحد منهما ولو اشتري عينا بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبايع
وانما كان كذلك لان المبيع اذا كان لا يتعين بالتعيين لا ينفسخ العقد برده
لانه اذا لم يتعين للعقد لا يتعين الفسخ فيبقي العقد وقيام العقد يقتضي
ثبوت حق المطالبة بمثله واذا قبض يرده هكذا الي ما لا يتناهي فلم يكن
الرد مفيدا بخلاف ما اذا كان عينا لان العقد ينفسخ برده لانه يتعين في
العقد فيتعين في الفسخ ايضا فكان الرد مفيدا ولان الفسخ انما يرد علي
المملوك بالعقد وما لا يتعين بالتعيين لا يملك بالعقد وانما يملك
بالقبض فلا يرد عليه الفسخ ولهذا ثبت خيار في الاجارة والصلح عن دعوي المال
والقسمة ونحو ذلك فان هذه العقود تنفسخ برد هذه الاشيا فيثبت خيار الروية
ولا يثبت في المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك لان هذه العقود
لا تحتمل الانفساخ برد هذه الاموال فصار الاصل ان كل ما ينفسخ العقد فيه
برده يثبت فيه خيار الروية وما لا فلا والفقه ما ذكرنا والله اعلم ومنها
عدم الروية فان اشتراه وهو يراه فلا خيار له لان الاصل هو لزوم العقد وانبرامه
لان ركن العقد وجد مطلقا عن شرط الا انا عرفنا ثبوت الخيار شرعا بالنص
والنص ورد بالخيار فيما لم يره المشتري بقوله صلي الله عليه وسلم من اشتري
شيا لم يره فهو بالخيار اذا راه فبقي الخيار عند الروية مبنيا علي الاصل
وان كان المشتري لم يره وقت الشرا ولكن قد راه قبل ذلك نظر في ذلك
ان كان المبيع وقت الشرا علي حاله التي كان عليها لم يتغير فلا خيار له لان الخيار
ثبت معدولا به عن الاصل بالنص الوارد في شرا ما لم يره وهذا اشتري شيا
قد راه فلا يثبت له الخيار وان كان قد تغير عن حاله فله الخيار لانه اذا تغير

عن

عن حاله فقد صار شيا اخر فكان مشتريا شيا لم يره فله الخيار اذا راه ولو اختلفا
في التغير ولو اختلفا في التغير وعدمه فقال البايع لم يتغير وقال المشتري
قد تغير فالقول قول البايع لان الاصل عدم التغير والتغير عارض فكان البايع
متمسكا بالاصل والمشتري مدعيا امرا عارضا فكان القول قول البايع لكن
مع يمينه لان حق الرد امر يجري فيه البدل والاقرار فيجري فيه الاستحلاف
ولان المشتري بالتغير يدعي التغير يدعي حق الرد والبايع ينكر فكان القول
قول المنكر ولو اختلفا فقال البايع للمشتري رايته وقت الشرا وقال المشتري
لم اره فالقول قول المشتري لان عدم الروية اصل والروية عارض فكان
الظاهر شاهدا للمشتري فكان القول قوله مع يمينه ولان البايع يدعي الروية
يدعي عليه لزام العقد والمشتري ينكر فكان القول قوله ولو اراد المشتري
الرد فاختلفا فقال البايع ليس هذا الذي بعتك وقال المشتري هو ذلك
بعينه فالقول قوله انه بعينه وكذلك هذا في خيار الشرط بخلاف خيار العيب
فان القول فيه قول البايع ووجه الفرق ان المشتري في خيار الروية والشرط
بقوله هذا هذا مالك لا يدعي ثبوت حق الرد عليه لان حق الرد ثابت له حتي يرد
عليه من غير قضا ولا رضا ولكنه يدعي ان هذا هو الذي قبضه منه فكان اختلافهما
في الحقيقة راجعا الي المقبوض والاختلاف متي وقع في تعيين المقبوض فكان
القول فيه قول القابض وان قبضه بغير حق كقبض الغصب ففي القبض الحق
اولي بخلاف العيب لان المشتري لا ينفرد في خيار العيب الا تري انه لا يملك
الرد الا بقضا القاضي او التراضي فكان هو بقوله هذا مالك بعينه عيا تعين من
حق الرد في هذا المعين والبايع ينكر فكان القول قوله هذا اذا كان المشتري
بصيرا فاما اذا كان اعمي فشرط ثبوت الخيار له عدم الحس فيما يحس والذوق فيما
يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف وقت الشرا لان هذه الاشيا في حقه
بمنزلة الروية في حق البصير فكان انعدامها شرطا لثبوت الخيار له فاذا وجد
شيا منه وقت الشرا فاشتراه فلا خيار له وكذا اذا وجدت قبل القبض ثم قبضه
فلا خيار لان وجود شي من ذلك عند القبض في حقه بمنزلة وجوده عند العقد
كالروية في حق البصير بان راه قبل القبض ثم قبضه لان كل ذلك دلالة الرضا
بلزوم علي ما نذكره ان شا الله تعالي هذا الذي ذكرنا اذا راي المشتري كل المبيع
وقت الشرا فاما اذا كان راي بعضه دون البعض فجملة الكلام في جنس هذه
المسايل ان المبيع لا يخلوا اما ان يكون شيا واحدا واما ان يكون اشيا فان
كان شيا واحدا فبعضه لا يخلوا اما ان كان ما راه مقصودا وما لم ير منه تبعا
واما ان كان كل واحد منهما مقصودا بنفسه فان كان ما لم يره تبعا لما راه فلا
خيار له سوا كان روية ما راه تفيد العلم بحال ما لم يره او لا تفيد لان حكم
التبع حكم فكان روية الاصل روية التبع وان كان مقصودا بنفسه ينظر
في ذلك ان كان روية ما راي تفيد له العلم بحال ما لم يره فلا خيار له لان المقصود
العلم بحال الباقي فكانه راي الكل وان كان لا يفيد له العلم بحال الباقي
فله الخيار لان المقصود لم يحصل بدونه فكانه لم يري شيا منه اصلا فعلي
هذا الاصل يخرج المسايل اذا اشتري عبدا او جارية فراي وجهه دون

سابر اعضابه وان كانت ردية الوجه لانفيد العلم بما راه لان الوجه اصل
في الردية في بني ادم وسابر الاعضا تبع له ولو راي سابر اعضابه دون
الوجه فله الخيار لان روية التبع لاتكون روية الاصل فكانه لم بر شيا
منه ولو اشتري فرسا او بغلا او حمارا او نحو ذلك فراي وجهه لاغير روي
ابن سماعة عن محمد انه يسقط خياره وسوي بينه وبين الرقيق وروى
عن ابي يوسف ان له الخيار ما لم بر وجهه وموخره وهو الصحيح لان الوجه
والكفل كل واحد منهما عضو مقصود في الروية في هذا الجنس فما لم يره
فهو على خياره وان اشتري شاة فان كانت نعجة حلوبا اشتراها
للقنية لابد من النظر الي ضرعها وان اشتري شاة للحم فلابد من الجس
حتي لو راها من بعيد فهو على خياره لان اللحم مقصود من شاة اللحم
والضرع مقصود من الحلوب والروية من بعيد لاتفيد من العلم من
هذين المقصودين والله اعلم ۞ واما البسط فان كان مما يختلف وجهه
وظهره فراي وجهه دون المغافر كالمغافر ونحوها لاخيار له ولو راي الظهر
دون الوجه فله الخيار كذا روي الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله ولو اشتري
ثوبا واحدا فراي ظاهره مطويا ولم بنشره فان كان ساذجا ليس بمنقش
ولا بذي علم لاخيار له لان روية ظاهر الثوب تفيد العلم بالباقي وان
كان منقشا فهو على خياره ما لم ينشره ويري نقشه لان النقش في
الثوب مقصود وان لم يكن منقشا ولكنه ذو علم فراي علمه فلا
خيار له وان لم يري كله ولو راي كله الا علمه فله الخيار لان العلم في
الثوب المعلم مقصود كالنقش في المنقش ولو اشتري دارا فراي
خارجها او بستانا فراي خارجه وروس الاشجار فلاخيار له كذا ذكر في
ظاهر الرواية لان الدار شي واحد وكذا البستان فكان روية البعض
روية الكل الا ان مشايخنا قالوا ان هذا ماول وتاويله ان لايكون في
داخل الدار بيوت وابنية فيحصل المقصود بروية الخارج فاما اذا
كان من داخلها ابنية فله الخيار ما لم ير داخلها لان الداخل هو المقصود
من الدار والخارج كالتابع له بمنزلة الثوب المعلم اذا راي كله الا علمه
كان على خياره لان العلم هو المقصود منه وذكر الكرخي ان ابا حنيفة
رحمه الله اجاب على عادة اهل الكوفة في زمنه فان دورهم في زمنه
كانت لا تختلف في البنا وكانت علي تقطيع واحد وهيئة واحدة وانما كانت
تختلف في الصغر والكبر والعلم به يحصل بروية الخارج واما الان فلابد
من روية داخل الدار وهو الصحيح لاختلاف الابنية في داخل الدور في زماننا
اختلافا فاحشا فروية الخارج لاتفيد العلم بالداخل والله اعلم هذا
اذا كان المشترا شيا واحدا فراي بعضه فاما اذا كان اشيا فراي
وقت الشرا بعضه دون البعض فلا يخلوا اما ان كان من المكيلات والموزونات
فراي بعضها وقت الشرا فان كان في وعا واحد فلاخيار له لان روية
البعض فيها تفيد العلم بالباقي فكان روية البعض كروية الكل الا اذا
وجد الباقي بخلاف ما راي فيثبت له الخيار لكن خيار العيب لاخيار الروية

وان كان

وان كان في وعاين فان كان الكل من جنس واحد وعلى صفة واحدة اختلف المشايخ
فيه قال مشايخ بلخ له الخيار لان اختلاف الوعاين جعلهما كجنسين
وقال مشايخ العراق لاخيار له وهو الصحيح لان روية البعض من هذا الجنس
تفيد العلم بالباقي سوا كان في وعا واحد او في وعاين بعد ان كان الكل
من جنس واحد وعلى صفة واحدة وان كان من جنسين او من جنس واحد على صفتين
فله الخيار بلا خلاف لان روية البعض من جنس وعلى وصف لاتفيد العلم بجنس
اخر او على وصف اخر وان كان من العدديات المتفاوتة كالعبيد والدواب
والثياب بان اشتري جماعة عبيد او جواري او ابلا او بقرا او قطيع غنم
او جراب هروي فراي بعضها او كلها الا واحدا فله الخيار بين ان يرد الكل
او يمسك الكل لان روية البعض من هذا الجنس لاتفيد العلم بما وراه فكانه
لم ير شيا منه بخلاف المكيل والموزون لان روية البعض منه تفيد العلم
بالباقي ولو اشتري جماعة ثيابا في جراب وراي اطراف الكل او طي الكل لاخيار
له الا اذا كانت معلمة او منقشة لانها اذا لم تكن معلمة ولا منقشة لم يكن
البعض من كل واحد منها مقصودا والبعض تبعا وروية البعض تفيد العلم
بحال الباقي فكان روية البعض روية الكل كما اذا اشتري البطيخ في الشريجة
والرمان في القفة فراي البعض فله الخيار لان البعض منها ليس تبعا
للبعض بل كل واحد منهما مقصود بنفسه وروية البعض منها لاتفيد
العلم بالباقي لكونها متفاوتة تفاوتا فاحشا فكان له الخيار وان كان من
العدديات المتقاربة كالجوز والبيض فراي البعض منها ذكر الكرخي ان
له الخيار والحقه بالعدديات المتفاوتة لاختلاف في الصغر والكبر كالبطيخ
والرمان وذكر القاضي الامام الاسبيجابي في شرحه مختصر الطحاوي انه لاخيار
له وهو الصحيح لان التفاوت بين صغير البيض والجوز وكبيرهما متقارب
ملحق بالعدم عرفا وعادة وشرعا ولهذا الحق بالعدم في الشرع في السلم
حتي جاز السلم فيها عددا عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر فكان روية بعضه
معرفا حال الباقي ويجوز الجواب ما ذكره الكرخي ويفرق بين هذا وبين
السلم وهو ان الجوز والبيض مما يتفاوت في الصغر والكبر حقيقة والاصل
في الحقايق اعتبارها الا ان الشرع اهدر هذا التفاوت والحقها والحقه
بالعدم في السلم لحاجة الناس ولا حاجة الي الاهدار في اسقاط الخيار فبقي
التفاوت فيه معتبرا بروية البعض لا يحصل المقصود وهو العلم بحال
الباقي فيبقي الخيار والله اعلم ۞ ولو اشتري دهنا في قارورة فراي خارج
القارورة فعن محمد رحمه الله روايتان روي بن سماعة عنه انه لاخيار له
لان الروية من الخارج تفيد العلم بالداخل فكانه راه وهو خارج وروي
عنه ان له الخيار لان العلم بما في داخل القارورة تفيد لا يحصل بالروية
من الخارج لان ما في الداخل يتلون بلون القارورة فلا يحصل المقصود من
هذه الروية وقالوا في المشتري اذا راي المبيع في المراة ان له الخيار
وكذا في الما وقالوا لانه لم ير عينه وكذا اذا راي مثاله والصحيح انه راي عين
المبيع لا ان عين المبيع في المراة والما بل يراه حيث هو لكن لا على وجه المعتاد

بخلق الله تعالى فيه الروية وهذا ليس ببعيد لان المقابلة ليس من شرط الروية
فانا نرا الله تعالى بلا مقابلة لكن قد لا يحصل العلم لها به لتفاوت المرآة فيعلم
باصله لا بهيياته فكذلك يثبت له الخيار لما قالوا والله اعلم على ان في العرف ا
لا يشتري الانسان شيا لم يره ليراه في المرآة او في الما وليحصل له العلم به
بهذا الطريق فلا تكون رويته في المرآة وان راي عينه مسقطة للخيار
وعلى هذا قالوا فيمن راي فرج امراته في المرآة او في الما فنظر اليه
لشهوة لا يثبت حرمة المصاهرة وكذا لا يصير مراجعا المراة طلاقا رجعيا
لما قلنا ولو اشتري سمكا في دايرة يمكن اخذه من غير اصطياد وحيلة حتى جاز
البيع فراه في الما ثم اخذه قال بعضهم لا خيار له لانه راي السمك في الما وقال
بعضهم له الخيار لانه ما راه كما هو لان الشي لا يري في الما كما هو بل يري اكثر مما
هو فلم يحصل المقصود بهذه الروية وهو معرفة كما هو فله الخيار والله
اعلم واما بيان وقت ثبوت الخيار فوقت ثبوت الخيار هو وقت الروية
لا قبلها حتى اجاز قبل الروية ورضي به صريحا حتى قال اجزت او رضيت
او ما يجري هذا المجري ثم راه له ان يرده لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه اثبت الخيار للمشتري بعد الروية فلو ثبت له خيار الاجازة قبل الروية
واجاز لم يثبت له الخيار بعد الروية وهذا خلاف النص ولان المعقود عليه
قبل الروية مجهول الوصف والرضي بالشي قبل العلم به والعلم بوجود
سببه محال فكان ملحقا بالعدم واما الفسخ قبل الروية فقد اختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا يجوز لانه لا خيار قبل الروية ولهذا لم تجز الاجازة فلا
يجوز الفسخ وقال بعضهم يجوز وهو الصحيح لان هذا عقد غير لازم فكان محل
الفسخ كالعقد الذي فيه خيار العيب وعقد الاعارة والايداع وقد خرج
الجواب عن قولهم انه لا خيار قبل الروية لان ملك الفسخ لم يثبت حكما للخيار
وانما ثبت حكما لعدم لزوم العقد ۞ واما بيان كيفية ثبوت الخيار
فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ان خيار الروية بعد الروية يثبت
مطلقا في جميع العمر الي ان يوجد ما يبطله فيبطل حينيذ والا يبقي على
حاله ولا يتوقت بامكان الفسخ وهو اختيار الكرخي لان سبب ثبوت
هذا الخيار هو اختلال الرضا والحكم يبقي ما بقي سببه وقال بعضهم
انه يثبت موقتا الي غاية امكان الفسخ بعد الروية حتى لو راه وامكنه
الفسخ ولم يفسخ يسقط خياره وان لم توجد الاسباب المسقطة للخيار
على ما نذكرها لان من الاسباب المسقطة للخيار الاجازة والامتناع
من الفسخ بعد الامكان دليل الاجازة والرضا والله اعلم ۞ واما
بيان ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع وما لا يسقط ولا يلزم
فنقول وبالله التوفيق ما يسقط به الخيار بعد ثبوته ويلزم البيع في الاصل
نوعان اختياري وضروري والاختيار نوعان صريح وما يجري مجري
الصريح ودلالة اما الصريح وما في معناه فنحو ان يقول اجزت البيع
او رضيت او اخترت او ما يجري هذا المجري سوا علم البايع بالاجازة
او لم يعلم لان الاصل في البيع المطلق هو اللزوم والامتناع لخلل في الرضا

فاذا اجاز ورضي فقد زال المانع فيلزم واما الدلالة فهو ان يوجد من المشتري
تصرف في المبيع بعد الروية يدل على الاجازة نحو ما اذا قبضه بعد الروية لان
القبض بعد الروية كالعقد بعد الروية وذلك دليل الرضي بلزوم المبيع لان للقبض
شبها للعقد فكان القبض بعد الروية كالعقد بعد الروية وذلك دليل الرضي
كذا هذا وسوا قبضه بنفسه او وكيله بالقبض بان قبضه وكيله بالقبض وهو
ينظر اليه وكانت رويته كروية الوكيل عند ابي حنيفة ومحمد رحمه الله وعند
ابي يوسف ومحمد لا يسقط خياره بقبض الوكيل مع رويته ولقب المسلة ان الوكيل
بالقبض يملك اسقاط خيار الروية عنده وعندهما لا يملك واجمعوا على
ان الرسول بالقبض لا يملك واجمعوا على ان الوكيل بالشرا يملك وكانت
رويته روية الموكل واجمعوا على ان الرسول بالشرا لا يملك ولا تكون رويته
روية المرسل ويثبت الخيار للمرسل اذا لم يره وجه قولهما ان الوكيل متصرف
بحكم الامر والمتصرف بحكم الامر لا يتعدي مورد الامر وهو وكيل بالقبض لا
باسقاط الخيار فلا يملك اسقاطه ولهذا لا يملك اسقاط خيار العيب ولا اسقاط
خيار الشرط وكذا الرسول لا يملك فكذا الوكيل ولابي حنيفة رحمه الله انه
وكيل بالقبض لكن بقبض تام لان الوكيل بالشي وكيل باتمام ذلك الشي
ولهذا كان الوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض وتمام القبض باسقاط الخيار
لان خيار الروية يمنع تمام القبض ولهذا لا يملك التفريق بعد القبض
لانه غير مقبوض وقد خرج الجواب عن قولهما انه وكيل بالقبض لا بابطال
الخيار لان الوكيل عنده لا يملك ابطال الخيار مقصودا لان الموكل لا يملك
ذلك فكيف يملك الوكيل وانما يبطل في ضمن القبض بان قبضه وهو ينظر
اليه حتى لو قبضه مستورا ثم اراد ابطال الخيار لا يملك والشي قد يثبت
ضمنا لغيره وان كان لا يثبت مقصودا كالعزل الوكيل وغيره بخلاف خيار
العيب لانه لا يمنع تمام القبض الا تري انه يملك التفريق بعد القبض
وكذا الرد بعد القبض بغير قضا لم يكن رفعا للعقد من الاصل بخلاف
الرد قبل القبض وبخلاف خيار الشرط لانه ثبت للاختيار والقبض
وسيلة الي الاختيار فلم يصلح القبض دليل الرضي وخيار الروية انما
ثبت لخلل في الرضا والقبض مع الروية دليل الرضا على الكمال فاوجب
بطلان الخيار وبخلاف الرسول بالقبض لانه نايب في القبض
عن المرسل فكان قبضه قبض المرسل فكان اتمام القبض الي المرسل
واما الوكيل فاصل في نفس القبض وانما الواقع للموكل حكم فعله فكان
الاتمام الي الوكيل وكذا اذا تصرف فيه تصرف الملاك بان كان ثوبا فقطعه
او صبغه احمر او اصفر او سويقا فلته بسمن او عسل او ارضا فبني
عليها او غرس او زرع او جارية فوطيها او لمسها لشهوة او نظر الي فرجها
عن شهوة او دابة فركبها لحاجة نفسه ونحو ذلك لان الاقدام على هذه
التصرفات دلالة الاجازة والرضا بلزوم البيع والملك اذ لو لم يكن
فسخ لتبين انه تصرف في ملك الغير من كل وجه او من وجه وانه حرام
فجعل ذلك اجازة منه صيانة له عن ارتكاب الحرام وكذا اذا عرضه

على البيع فقد قصد اثبات الملك اللازم للمشتري ومن ضرورته لزوم الملك
له ليمكنه اثباته لغيره ولو عرض بعضه على البيع يسقط خياره عند ابي يوسف
وعند محمد لا يسقط والصحيح قول ابي يوسف لان سقوط الخيار ولزوم البيع
بالعرض لكون العرض دلالة الاجازة والرضا ودلالة الاجازة صريح الاجازة
ثم لو صرح بالاجازة في البعض لم يجز ولم يسقط خياره لما فيه من تفريق
الصفقة على البايع قبل التمام فلان لا يسقط بدلالة الاجازة اولى وكذا لو
وهبه سلم او لم يسلم لان الثابت لا يعود اليه الا بقرينة القضا او الرضا
فكان الاقدام عليها دلالة قصد اثبات الملك اللازم فيقتضي لزوم الملك
للواهب وكذا اذا رهنه وسلم او اجره لان كل واحد منهما عقد لازم في نفسه
والثابت بهما حق لازم للغير وكذا اذا كاتبه لان الكتابة عقد لازم في
جانب المكاتب والثابت بها حق لازم في حقه وكذا اذا باعه او وهبه وسلم
او اعتقه او دبره او استولدها لان هذه تصرفات لازمة والثابت بها
ملك لازم او حق لازم فالاقدام عليها يكون اجازة والتزاما للعقد دلالة
ولو باع بشرط الخيار للمشتري يسقط خياره ولو باع بشرط الخيار
لنفسه لا يسقط خياره في رواية وفي رواية لا يسقط وهي الصحيحة لان
البيع بشرط الخيار لا يكون ادنى من العرض على البيع بل فوقه ثم العرض
على البيع بل فوقه يسقط الخيار فهذا اولى وكذا لو اخرج بعضه عن ملكه سقط
خياره عن الباقي ولزم البيع فيه لان رد الباقي تفريق الصفقة على البايع
قبل التمام لان خيار الروية يمنع تمام الصفقة لانه يمنع تمام الرضا وكذا
اذا انتقص المعقود عليه بفعله واما الضروري فهو كل ما يسقط به الخيار
به الخيار ويلزم البيع من غير صنعه نحو موت المشتري عندنا خلافا
للشافعي والمسئلة مرت في خيار الشرط وكذا اجازة احد الشريكين فيما
اشترياه ولم يرياه دون صاحبه عند ابي حنيفة وقد ذكرنا المسئلة في
خيار العيب وكذا اذا هلك بعضه او انتقص بان تعيب بافة سماوية
او بفعل اجنبي او بفعل البايع عند ابي حنيفة ومحمد او ازداد في يد
المشتري زيادة منفصلة او متصلة متولدة او غير متولدة على التفصيل
والاتفاق والاختلاف الذي ذكرنا في خيار الشرط والعيب والاصل ان
كل ما يبطل خيار الشرط والعيب يبطل خيار الروية الا ان خيار الشرط
والعيب يسقط بصريح الاسقاط الا قبل الروية ولا بعدها اما قبلها فلما ذكرنا
فيما تقدم انه لا خيار قبل الروية لان اوان ثبوت الخيار هو اوان الروية
فقبل الروية لا خيار واسقاط الشي قبل ثبوته وثبوت سببه محال واما
بعد الروية فلان هذا الخيار ما ثبت باشتراط العاقدين لان ركن العقد
مطلق عن الشرط نصا ودلالة وانما ثبت شرعا لحكمة فيه فكان ثابتا حقا
لله تعالى فاما خيار الشرط والعيب فيثبت باشتراط العاقدين اما
خيار الشرط فظاهر لانه منصوص عليه في العقد واما خيار العيب فلان
السلامة مشروطة في العقد دلالة والثابت بدلالة النص كالثابت
بصريح النص فكان ثابتا حقا للعقد وما ثبت حقا للعبد يحتمل السقوط

باسقاطه

باسقاطه مقصودا لان الانسان يملك التصرف في حق نفسه مقصودا
استيفاء واسقاطا فاما ما ثبت حقا لله تعالى فالعبد لا يملك التصرف فيه اسقاطا
مقصودا لانه لا يملك التصرف في حق غيره مقصودا لكنه يحتمل السقوط
بطريق الضرورة بان يتصرف في حق نفسه مقصودا ويتضمن ذلك
سقوط حق الشرع فيسقط حق الشرع في ضمن التصرف في حق نفسه
كما اذا اجاز المشتري البيع ورضي به نصا او دلالة بمباشرة تصرف يدل
على الرضى والاجازة لانه وان ثبت حقا للشرع لكن الشرع اثبته نظرا
للعبد حتى اذا راه وصلح له اجازه وان لم يصلح له رده اذ الخيار هو
التخيير بين الفسخ والاجازة فكان المشتري بالاجازة والرضا متصرفا في
حق نفسه مقصودا ثم من ضرورة الاجازة لزوم العقد ومن ضرورة
لزوم العقد سقوط الخيار فكان سقوطه من طريق الضرورة لا بالاسقاط مقصودا
ويجوز ان يثبت الشي من طريق الضرورة وان كان لا يكاد يثبت مقصودا كالتوكيل
بالبيع اذا عزله الموكل ولم يعلم به فانه لا ينعزل ولو باع الموكل بنفسه ينعزل الوكيل
كذا هنا ولو باع بشرط الخيار قبل الروية او عرضه على البيع او وهبه ولم يسلم
او كان المشترى دارا فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة فهو على خياره لان
هذه التصرفات دلالة الرضى وهذا الخيار قبل الروية لا يسقط بصريح الرضا
فدلالة الرضى اولى ان لا تسقط وانما تسقط بتعذر الفسخ بان اعتق او دبر او
آجر او رهن وسلم اما الاعتاق والتدبير فلان كل واحد منهما وقع صحيحا لمصادفته
محلا مملوكا وكل واحد منهما تصرف لازم لا يحتمل النقض والفسخ فتعذر فسخ البيع
لتعذر فسخهما واما البيع والاجارة والرهن فلانها تصرفات لازمة اوجب بها
ملكا لازما للغير على وجه لا يملك الاسترداد فتعذر الفسخ وتعذر فسخ العقد
يوجب لزومه لان الفسخ اذا تعذر لم يكن في بقا العقد فائدة فيسقط ضرورة
ولو باع او رهن او اجر ثم رد عليه بعيب بقضا القاضي او افتك الرهن او
انقضت مدة الاجارة لا يعود الخيار كذا روي عن ابي يوسف لان خيار الروية
بعد ما سقط لا يعود الا بسبب جديد بخلاف خيار العيب وعلى هذا اذا كاتبه
او وهبه وسلمه او باعه بشرط الخيار للمشتري قبل الروية يلزم البيع لان
هذه عقود لازمة اوجبت حقوقا لازمة اما الكتابة فلانها عقد لازم في حق
المكاتب حتى لا يملك من غير رضى المكاتب وكذلك البيع بشرط خيار المشتري
لانه لازم في جانب البايع واما الهبة فلان الملك الثابت بها ملك لا يحتمل العود
اليه الا بقضا او رضا فكانت في معنى اللازم واذا تعذر الفسخ بسبب هذه
التصرفات وتعذر الفسخ يوجب اللزوم ويسقط الخيار ضرورة عدم الفائدة
بخلاف ما اذا باع بشرط الخيار له لانه ليس بتصرف لازم في حقه وكذا الهبة
من غير تسليم والعرض على البيع والله اعلم ثم ما ذكرنا من لزوم سقوط الخيار
ولزوم البيع برضى المشتري اذا راى كل المبيع ورضي به فاما اذا راى بعضه
دون بعضه فهل يسقط خياره فنتفصيل فيه على النحو الذي ذكرنا فيما اذا راى
المبيع دون بعض وقت الشرا فكل ما يمنع ثبوت الخيار هناك يسقط بعد
ثبوته هاهنا وما لا فلا وفيما ورا ذلك لا يختلفان والله اعلم وعلى ذلك يخرج

ما اذا اشتري مغيبا في الارض كالجزر والبصل والثوم والسلق والفجل ونحوها من المغيبات في الارض وقلع بعضه ورضي بالمقلوع انه لا يسقط خياره عند ابي حنيفة رحمه الله حتي انه اذا قلع الباقي كان علي خياره ان شا رد الكل وان شا امسك الكل وقال ابو يوسف ومحمد اذا قلع شيا يستدل به علي الباقي في عظمه ورضي به المشتري فهو لازم له وجه قولهما انه اذا قلع شيا يستدل به علي الباقي كان رويه بعضه كروية كله فانه قلع الكل ورضي به كما اذا اشتري صبرة فراي ظاهرها سقط خياره كذا هذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان هذه المغيبات مما تختلف في الصغر والكبر والجودة والرداة اختلافا فاحشا فروية البعض منها لا تفيد العلم بحال البقية فاشبه الثياب وساير العدديات المتفاوته ولو قلع المشتري الكل بغير اذن البايع سقط خياره لانه المعقود عليه بالقلع لانه كان ينموا في الارض ويزيد ولا يتسارع اليه الفساد وبعد القلع لا ينموا ويتسارع اليه الفساد وانتقاص المعقود المعقود عليه في يد المشتري لغير صنعه يسقط الخيار ويلزم البيع فبصنعه اولي وكذا اذا قلع بعضه بغير اذنه لانه نقص بعض المبيع وانتقاص بعض المبيع بنفسه يمنع رد الباقي فبصنعه اولي وان قلع كله باذن البايع او بعضه او قلع البايع بنفسه لم يذكر الكرخي هذا التفصيل فينبغي ان لا يختلف الجواب فيه علي قياس قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما في البيع بشرط الخيار للمشتري اذا انتقص المبيع بفعل البايع انه يسقط خيار المشتري عندهما وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاخر لا يسقط وروي بشر عن ابي يوسف ان المشتري اذا قلع البعض باذن البايع او قلع البايع بعضه انه ينظر ان كان المغيب مما يباع بالكيل او الوزن بعد القلع فقلع قدر ما يدخل تحت الكيل او الوزن ورضي به يلزم البيع ويسقط خياره لان الرضي ببعض المكيل بعد رويته رضي بالكل لان روية بعضه تعرف حال الباقي الا اذا كان المقلوع قليلا لا يدخل تحت الكيل فلا يسقط خياره بقلعه لان قلعه والترك بمنزلة واحدة فكانه لم يقلع منه شيا وان كان مما يباع عددا كالسلق والفجل ونحوهما فقلع بعضا منه فهو علي خياره لان روية منه لا تفيد العلم بحال الباقي للتفاوت الفاحش بين الصغير والكبير من هذا الجنس فلا يحصل المقصود بروية البعض فيبقي علي خياره وقال ابو يوسف اذا اختلف البايع والمشتري في القلع فقال المشتري اني اخاف لو قلعته لا يصلح ولا اقدر علي الرد وقال البايع اني اخاف لو قلعته لا يرضي به فمن تطوع منهما بالقلع جاز وان تشاحا علي ذلك فسخ القاضي العقد بينهما لانهما اذا تشاحا فلا سبيل الي الاجبار لما في الاجبار من الاضرار فتعذر التسليم فلم يكن في بقا العقد فايدة فينفسخ والله اعلم هذا الذي ذكرنا ما يسقط به الخيار بعد ثبوته في حق البصير فاما الاعمي اذا اشتري وثبت له الخيار فان خياره يسقط بما ذكرنا من الاسباب لكن وجد منه ما يقوم مقام الروية وهو الجس فيما يجس والذوق فيما يذاق والشم فيما يشم والوصف فيما يوصف كالدار والعقار والثمار علي

رؤس

روس الاشجار ونحوها اذا كان الموصوف علي ما وصف وكان ذلك في حقه بمنزلة الروية في حق البصير وروي عن الحسن بن زياد انه قال يوكل بصيرا بالروية وتكون روية الوكيل قايمة مقام رويته وروي هشام عن محمد انه يقوم من المبيع في موضع لو كان بصيرا لراه ثم يوصف له لان هذا اقصي ما يمكن ولو وصف له فرضي ثم ابصر لا يعود الخيار لان الوصف في حقه كالخلف عن الروية لعجزه عن الاصل وهو الروية والقدرة علي الاصل بعد حصول المقصود بالخلف لا يبطل حكم الخلف كمن صلي بطهارة التيمم ثم قدر علي الما ونحو ذلك ولو اشتري البصير شيا لم يره حتي ثبت له الخيار ثم عمي فهذا والاعمي عند الشرا سوا لانه ثبت له خيار الروية وهو اعمي فكانت رويته روية العميان وهي ما ذكرنا والله اعلم ۝ واما بيان ما ينفسخ به العقد فالكلام في هذا الفصل في موضعين ۝ احدهما في بيان ما ينفسخ به العقد ۝ والثاني في بيان شرايط صحة الفسخ ۝ اما الاول فما ينفسخ به العقد نوعان اختياري وضروري فالاختياري هو ان يقول فسخت العقد او نقضته او رددته وما يجري هذا المجري والضروري ان يهلك قبل القبض ۝ واما شرايط صحته فمنها قيام الخيار لان الخيار اذا سقط لزم العقد والعقد اللازم لا يحتمل الفسخ ۝ ومنها ان لا يتضمن الفسخ تفريق الصفقة علي البايع وان تضمن بان رد المبيع دون البعض لم يصح وكذا اذا رد البعض واختار البيع في البعض لم يجز سوا كان قبل قبض المعقود عليه او بعد قبضه لان خيار الروية يمنع تمام الصفقة فكان هذا تفريق الصفقة علي البايع قبل تمامها وانه باطل ومنها علم البايع بالفسخ عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند ابي يوسف ليس بشرط وقد ذكرنا دلايل المسلة في خيار الشرط واما قضا القاضي او التراضي فليس بشرط لصحة الفسخ بخيار الروية كما يشترط لصحة الفسخ بخيار الشرط فيصح من غير قضا ولا رضا قبل القبض وبعده بخلاف خيار العيب وقد ذكرنا الفرق فيما تقدم والله اعلم ۝ واما البيع الفاسد فهو كل بيع فاته شرط من شرايط الصحة وقد ذكرنا شرايط الصحة في مواضعها واما حكمه فالكلام في حكمه يقع في ثلاثة مواضع ۝ احدها في بيان اصل الحكم ۝ والثاني في بيان صفته ۝ والثالث في بيان شرايطه ۝ اما اصل الحكم فهو ثبوت الملك في الجملة عندنا وقال الشافعي لا حكم للبيع الفاسد فالبيع عنده قسمان جايز وباطل لا ثالث لهما والفاسد والباطل سوا وعندنا الفاسد قسم اخر ورا الجايز والباطل وهذا علي مثال ما نقول في اقسام المشروعات ان الفرض والواجب سوا وعندنا هما قسمان حقيقة علي ما عرف في اصول الفقه وجه قوله ان هذا بيع منهي عنه فلا يفيد الملك قياسا علي بيع الخمر والخنزير والميتة والدم ودلالة الوصف ما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين انه نهي عن بيع وشرط وروي انه قال لعتاب بن اسيد حين بعثه الي مكة انههم عن بيع اربع عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرطين في بيع وعن بيع وسلف وروي انه قال لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سوا

بسوا ونحو ذلك والمنهي عنه يكون حراما والحرام لا يصلح سببا لثبوت الملك
لان الملك نعمة والحرام لا يصلح لاستحقاق النعمة ولهذا بطل بيع الخمر والخنزير
والميتة والدم كذا هذا ولنا ان هذا بيع مشروع فيفيد الملك في الجملة استدلالا
بساير البياعات المشروعة والدليل على انه بيع ان البيع في اللغة مبادلة
شي مرغوب بشي مرغوب مالا كان او غير مال قال الله تعالى اولئك الذين
اشتروا الضلالة بالهدى سمي مبادلة الضلال بالهدى اشترا وتجارة
فقال فما ربحت تجارتهم والتجارة مبادلة المال بالمال قال تعالى ان الله اشترى
من المومنين انفسهم واموالهم بان لهم الجنة سمي مبادلة الانفس والاموال
بالجنة اشترا وبيعا حيث قال في اخر الاية فاستبشروا ببيعكم الذي بايعتم
به وفي عرف الشرع هو مبادلة مال متقوم بمال متقوم وقد وجد فكان
بيعا والدليل على انه مشروع النصوص العامة المطلقة في باب البيع من
نحو قوله تعالى واحل الله البيع وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم
بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم ونحو ذلك مما ورد من
النصوص في هذا الباب عاما مطلقا من التخصيص والتقييد فعليه الدليل
ولنا الاستدلال بدلالة الاجماع ايضا وهو انا اجمعنا على ان البيع الخالي
عن الشروط الفاسدة مشروع ويفيد الملك وقران هذه الشروط بالبيع
ذكرا لم يصح فالتحق ذكرها بالعدم اذ الموجود الملحق بالعدم شرعا والعدم
الاصلي سوا واذا التحق بالعدم بقي نفس البيع خاليا عن المفسد والبيع
الخالي عن المفسد مشروع ومفيد للملك بالاجماع وهذا استدلال قوي
واما النهي فالجواب عن التعلق به ان هذا نهي عن غير البيع لا عن عينه لوجوه
ثلاثة احدها ان شرعية اصل البيع وحقيقته ثبت معقول المعنى وانه
وهو انه سبب لثبوت الاختصاص واندفاع المنازعة وانه سبب بقا
العالم الى حين اذ لا قوام للبشر الا بالاكل والشرب والكن واللباس
ولا سبيل الى استبقا النفس بذلك الا بالاختصاص به واندفاع المنازعة
وذلك بسبب الاختصاص واندفاع المنازعة وهو البيع ولا يجوز ورود
الشرع عما عرف حسنه او حسن اصله بالعقل لانه يودي الى التناقض
ولهذا لم يجز النهي عن الايمان بالله تعالى وشكر النعم واصل العبادات
لثبوت حسنها بالعقل فيحمل النهي المضاف الى البيع على غيره ضرورة والثاني ان
سلم جواز ورود النهي عن البيع في الجملة لكن حمله على الغير ههنا اولى من
وجهين احدهما انه عمل بالدليل بقدر الامكان والثاني في الحمل على البيع
نسخ المشروعية وفي العمل على غيره ترك العمل بحقيقة الكلام والحمل على المجاز
ولا شك ان الحمل على المجاز اولى من الحمل على التناسخ لان الحمل على المجاز من
نسخ الكلام ونسخ المشروعية نسخ الحكم والحكم هو المقصود والكلام وسيلة
ونسخ الوسيلة اقوى من نسخ المقصود والله اعلم ۝ واما صفة هذا الحكم
فنقول له صفات ۝ منها انه ملك غير لازم بل هو مستحق الفسخ ويقع الكلام
في هذه الصفة في مواضع ۝ في بيان ان الثابت بهذا البيع مستحق الفسخ
وفي بيان من يملك الفسخ ۝ وفي بيان فسخا ۝ وفي بيان شرط الفسخ

وفي بيان

سبباصح

وفي بيان ما يبطل به حق الفسخ بعد ثبوته ۝ اما بيان ان الثابت بهذا البيع واجب
الفسخ فهو ان البيع وان كان مشروعا في ذاته لفساد مقترن به ذكرا ورفع
الفساد واجب ولا يمكن الا بفسخ العقد فيستحق فسخه لكن لغيره لا لعينه
حتى لو امكن رفع الفساد فسخ البيع لا ينفسخ كما اذا كان الفساد لجهالة الاجل
فاسقطاه يسقط ويبقى البيع كما كان ولان اشتراط الربوا وشرط خيار مجهول
وادخال الاجال المجهولة في البيع ونحو ذلك معصية والزجر عن المعصية
واجب واستحقاق الفسخ يصلح زاجرا عن المعصية لانه اذا علم انه يفسخ
فالظاهر انه يمتنع عن المباشرة والله اعلم ۝ واما بيان من يملك الفسخ فنقول
وبالله التوفيق الفساد لا يخلوا اما ان كان راجعا الى البدل بان باع بالخمر
والخنزير واما ان لم يكن راجعا اليه كالبيع بشرط منفعة زايدة لاحد
المتعاقدين او الى اجل مجهول والحال لا يخلوا اما ان كان قبل القبض واما
ان كان بعده فان كان قبل القبض فكل واحد من العاقدين يملك الفسخ من
غير رضا الاخر كيف ما كان الفساد لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل
القبض فكان الفسخ قبل القبض بمنزلة الامتناع عن القبول والايجاب
فيملكه كل واحد منهما كالفسخ بخيار شرط العاقدين وان كان بعد القبض
فان كان الفساد راجعا الى البدل فالجواب فيه وفيما قبل القبض سوا لان
الفساد الراجع الى البدل فساد في صلب العقد الا ترى انه لا يمكن تصحيحه بحذف
هذا المفسد لما انه لا قوام للعقد الا بالبدلين فكان الفساد قويا فيوثر
في صلب العقد فسلب اللزوم عنه فيظهر عدم اللزوم في حقهما جميعا ولو
لم يكن راجعا الى البدل فقد ذكر القاضي الامام الاسبيجابي رحمه الله
في شرحه مختصر الطحاوي ان ولاية الفسخ لصاحب الشرط لا لصاحبه ولم
يحك خلافا لان الفساد الذي لا يرجع الى البدل لا يكون قويا لكونه محتملا
للحذف والاسقاط فيظهر في حق صاحب الشرط لا غير ويوثر في سلب اللزوم
في حقه لا في حق صاحبه وذكر الكرخي الاختلاف في المسلة فقال على قول ابي
حنيفة وابي يوسف يملك كل واحد منهما الفسخ وعلى قول محمد حق الفسخ
لمن له شرط المنفعة لا غير وجه قوله على نحو ما ذكرنا ان من له شرط المنفعة
قادر على تصحيح العقد بحذف المفسد واسقاطه فلو فسخه الاخر لابطل حقه
عليه وهذا لا يجوز وجه قولهما ان العقد في نفسه غير لازم لما فيه من
الفساد بل هو مستحق الفسخ في نفسه رفعا للفساد وقوله المفسد ممكن
الحذف نعم لكنه الى ان يحذف فهو قايم وقيامه يمنع لزوم العقد وبه
تبين ان الفسخ من صاحبه ليس بابطال لحق صاحب الشرط لان ابطال
الحق قبل ثبوته محال والله اعلم ۝ واما بيان ما يكون فسخا لهذا العقد
ففسخه بطريق قول وفعل فالقول هو ان يقول من يملك الفسخ فسخت
او نقضت او رددت ونحو ذلك فينفسخ بنفس الفسخ ولا يحتاج الى قضا
القاضي ولا الى رضا البايع سوا كان قبل القبض او بعده لان هذا البيع انما
استحق الفسخ حقا لله تعالى لما في الفسخ من رفع الفساد ورفع الفساد
حق الله تعالى على الخلوص فيظهر في حق الكل فكان فسخا في حق الناس كافة

بدون صح

فلا يقف صحته على القضا ولا على الرضا والفعل هو ان يرد المبيع على بايعه على اي
وجه ما رده ببيع او هبة او صدقة او اعارة او ايداع فان باعه منه او رهنه
او تصدق به عليه او اعاره منه او اودعه اياه يبرا المشتري عن الضمان لانه
يستحق الرد على البايع فعلى اي وجه ما رده يقع عن جهة الاستحقاق بمنزلة رد
العارية والوديعة انه يكون فسخا للعارية والوديعة باي طريق كان الرد لما
قلنا كذا هذا وكذا لو باعه المشتري من وكيل البايع وسلمه اليه لان حكم البيع
يقع لموكله وهو البايع فكانه باعه للبايع ولو باعه المشتري من عبد بايعه وهو
ماذون له في التجارة فان لم يكن عليه دين كان فسخا للبيع ولا يبرى المشتري
عن ضمانه حتى يصل الى البايع لانه اذا لم يكن عليه دين فحكم تصرفه وقع
للمولى فكان بيعا من المولى فصار كما اذا باعه من اجنبي ولو اشترى من عبد
ماذون لانسان شيا منه شرا فاسدا وقبضه ثم انه باعه من مولاه فان لم
يكن على العبد دين كان فسخا للبيع لانه يكون مشتريا للمولى كانه اشتراه من
مولاه ثم باعه منه وان كان عليه دين لم يكن فسخا لانه يكون مشتريا منه
لا من مولاه فكانه اشترى من اجنبي وباعه من مولاه ولو باعه المشتري من
مضارب البايع لم يكن فسخا للبيع ويتقرر الضمان على المشتري بخلاف ما اذا
باعه من وكيل باعه بالشرا انه يكون فسخا ووجه الفرق ان الوكيل بالشرا
يتصرف لموكله لا لبايعه الا ترى ان حكم تصرفه يقع لبايعه لموكله لا له
فنزل منزلة البيع من الموكل وذلك فسخ فاما المضارب فمتصرف لنفسه
الا ترى ان الربح مشترك بينهما فكان بمنزلة الاجنبي ولو كان البايع وكيلا
لغيره بالشرا فاشترى المشترا شرا فاسدا لموكله لم يكن فسخا للبيع لان حكم
الشرا يقع لموكله لا له ووجب عليه الثمن للمشتري ويقرر على المشتري ضمان
القيمة ويلتقيان قصاصا لعدم الفايدة في الاستيفا ويترادان الفضل
ان كان في احدهما فضل والله اعلم ● واما شرط صحة الفسخ فهو ان يكون
الفسخ بمحضر من صاحبه ذكره الكرخي ولم يذكر الاختلاف فيه وذكر القاضي
الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرحه مختصر الطحاوي ان هذا شرط
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ليس بشرط وجعله على الاختلاف
في خيار الشرط والروية وقد ذكر المسلة فيما تقدم ● واما بيان ما يبطل
به حق الفسخ ويلزم البيع ويتقرر الضمان وما لا يبطل ولا يلزم ولا يتقرر
فنقول وبالله التوفيق الفسخ في البيع الفاسد لا يبطل بصريح الابطال
والاسقاط بان يقول ابطلت او اسقطت او اوجبت البيع او الزمته لان
وجوب الفسخ ثبت حقا لله تعالى رفعا للفساد وما ثبت حقا لله تعالى خالصا
لا يقدر العبد على اسقاطه مقصودا كخيار الروية لكن قد يسقط بطريق
الضرورة بان يتصرف العبد في حق نفسه مقصودا فيتضمن ذلك
سقوط حق الله تعالى بطريق الضرورة او بفوت محل الفسخ او غير ذلك ٥
وبيان ذلك في مسايل المشترا شرا فاسدا اذا باع المشترا او رهنه او تصدق
به بطل حق الفسخ وعلى المشتري القيمة او المثل لانه تصرف في محل مملوك
له فنفذ تصرفه ولا سبيل للبايع على نقضه لانه حصل عن تسليط منه

ويطيب

ويطيب للمشتري الثاني لانه ملكه بعقد صحيح بخلاف المشتري الاول لانه لا
يطيب له لانه ملكه بعقد فاسد فرق بين هذا وبين ما اذا دخل مسلم دار
الحرب بامان فاخذ شيا من اموالهم بغير اذنهم واخرجه الى دار الاسلام ثم
باعه انه يصح بيعه لكنه لا يطيب للمشتري كما لا يطيب للاخذ ووجه الفرق
ان عدم الطيب في الماخوذ من الحربي بغير اذنه لكونه ماخوذا على وجه
الغدر والخيانة والماخوذ على هذا الوجه واجب الرد على صاحبه ردا
للخيانة وبالبيع لم يخرج من استحقاق الرد على مالكه لحصوله لا بتسليط
من جهته فبقي واجب الرد كما كان وهذا يمنع الطيب بخلاف البيع الفاسد
لان انعدام الطيب ههنا لقران الفاسد به ذكرا حقيقة ولم يوجد
ذلك في البيع الثاني وخرج من ان يكون مستحق الرد على البايع لحصول البيع
من المشتري بتسليطه والله اعلم ولو باعه فرد عليه بخيار شرط او روية
او عيب بقضا قاض وعاد على الحكم الاول عاد حكم الملك الاول عاد على حكم
الفسخ لان الرد بهذه الوجوه فسخ محض فكان رفعا للعقد من الاصل وجعلا
له كانه لم يكن او اشتراه ثانيا او عاد اليه بسبب مبتدا لا يعود الفسخ لان
الملك اختلف لاختلاف السبب فكان اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف
العينين ولو اعتقه المشتري او دبره بطل حق الفسخ لما قلنا ولان
الاعتاق والتدبير كل واحد منهما تصرف لا يحتمل الفسخ بعد صحته فيوجب
بطلان حق الاسترداد والفسخ ضرورة وكذلك لو استولدها لما قلنا وتصير
الجارية ام ولد لان الاستيلاد قد صح لحصوله في ملكه وعلى المشتري قيمة
الجارية لتعذر الرد بالاستيلاد فصار كما اذا هلكت في يده وهل يغرم العقر
ذكر في البيوع انه لا يغرم وفي الشرب روايتان والصحيح انه لا يضمن العقر
لانه وطي ملك نفسه وقد تقرر ملكه بالاستيلاد لتعذر الرد ولو وطيها
المشتري ولم يعلقها بطل حق الفسخ وللبايع ان يسترد الجارية مع عقرها
باتفاق الروايات فرق بين هذا وبين الجارية الموهوبة اذا وطيها الموهوب
له واعلقها ثم رجع الواهب في هبته واخذ الجارية ان الموهوب له لا يضمن
العقر ووجه الفرق ان الثابت بالهبة ملك محلل للوطي وبالرجوع لم يتبين
له حل الوطي لم يكن فكان مستمتعا ملك نفسه فلا عقر عليه بخلاف البيع
الفاسد لان الملك الثابت له لا يظهر في حق حل الوطي فكان الوطي حراما
الا انه سقط الحد للشبهة فوجب العقر وكذلك لو كاتبه لان الكتابة قد صحت
لوجودها في الملك ولا سبيل للبايع الى نقضها لحصولها من المشتري بتسليط
البايع فلا يكون له حق النقض عليه وعلى المشتري قيمة العبد فان ادى
بدل الكتابة وعتق تقرر على المشتري ضمان القيمة وان عجز ورد في الرق
ينظر ان كان ذلك قبل القضا بالقيمة على المشتري فللبايع ان يسترده
لانه كان يستحق الرد قبل الكتابة لعدم لزوم الملك الا انه امتنع الرد
لعارض الكتابة فان عجز ورد في الرق قبل القضا بالقيمة فقد زال العارض
والتحق بالعدم كانه لم يكن فعاد مستحق الرد على المشتري كما كان وان
كان بعد ما قضي عليه بالقيمة لا سبيل للبايع على العبد لانه بالقضا بالقيمة

تقرر ملك المشتري في العبد ولزم من وقت وجوده فيعود اليه لازما والملك
لا يحتمل الفسخ. والله الموفق ٭ وكذلك لو رهنه المشتري بطل حق الفسخ وولاية
الاسترداد لما ذكرنا ولو افتكه المشتري فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الكتابة
ولو اجره صحت الاجارة لما قلنا ولكن لا يبطل حق الفسخ لان الاجارة وان كانت عقدا
الا انها تفسخ بالعذر ولا عذر اقوى من رفع الفساد فيفسخ به ٭ وسلمت الاجارة
للمشتري لان المنافع على اصل اصحابنا لا تتقدم الا بالعقد والعقد وجد من
المشتري فكانت الاجرة له وهل يطيب له ينظر ان كان قد ضمان القيمة ثم اجر
طابت الاجرة له لان الضمان بدل المضمون قايم مقامه فكانت الاجرة
ربح ما قد ضمن وان اجر ثم ادى الضمان لا يطيب له لانه ربح ما لم يضمن
ولو اوصى به صحت الوصية لما قلنا ثم ان كان الموصي حيا بعد فللبايع حق
الاسترداد لان الوصية تصرف غير لازم حال حيوة الموصي بل يحتمل وان
مات بطل حقه لان الثابت للموصى له ملك جديد بخلاف الثابت للوارث
فان مات المشتري شرا فاسدا انه لا يبطل حق الفسخ وللبايع ان يسترد من
ورثته وكذا اذا مات البايع فلورثته ولاية الاسترداد لان الثابت للوارث
عين ما كان للمورث وانما هو خلفه قايم مقامه ولهذا يرد الوارث بالعيب
ويرد عليه وملك المورث مضمون الرد مستحق الفسخ بخلاف الموصى له
فان الثابت ملك جديد يحصل بسبب جديد ولهذا لم يرد بالعيب ولا يرد
عليه وانه لم يكن مستحق الفسخ ولو ازداد المبيع في يد المشتري فان كانت
متولدة متصلة من الاصل كالسمن والجمال فانها لا تمنع الفسخ لان هذه الزيادة
تابعة للاصل حقيقة والاصل مضمون الرد فكذلك التبع كما في الغصب وان
كانت غير متولدة من الاصل كما اذا كان المبيع سويقا فلته المشتري بعسل
او سمن فانها تمنع الفسخ لانه ان فسخ اما ان يفسخ على الاصل وحده واما ان يفسخ
على الاصل والزيادة جميعا لا سبيل الى الاول لتعذر الفسخ الفصل ولا سبيل
الى الثاني لان الزيادة لم تدخل تحت البيع لا اصلا ولا تبعا وتدخل تحت الفسخ
وان كانت منفصلة فان كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر لا يمنع
الفسخ ان يسترد الاصل مع الزيادة لان هذه الزيادة تابعة للاصل
لكونها متولدة منه والاصل مضمون الرد فكذا الزيادة كما في باب
الغصب وكذا لو كانت الزيادة ارشا او عقرا لان الارش بدل جزء فايت
من الاصل حقيقة كالمتولد من الاصل والعقر بدل ما له حكم الجزء والعين
فكانه يتولد من العين ثم في فصل الولد اذا كانت الجارية في يد المشتري
بان نقصتها الولادة وبالولد وفاء بالنقصان ينجبر النقصان بالولد
عند اصحابنا الثلاثة خلافا لزفر كما في الغصب ونذكر المسئلة في كتاب الغصب
ان شا الله تعالى وان لم تنقصها الولادة استردها البايع ولا شي على البايع
وان نقصتها وليس بالولد وفاء بالنقصان ردها مع ضمان النقصان كما في الغصب
وان هلك الولد قبل الرد لا ضمان على المشتري كما في الغصب وعليه ضمان نقصان
الولادة كما في الغصب ولو استهلك المشتري الزيادة ضمن كما في الغصب
ولو هلك المبيع والزيادة قايمة فللبايع ان يسترد الزيادة ويضمنه قيمة

المبيع

المبيع وقت القبض لانهما كانا مضموني الرد الا انه تعذر استرداد المبيع لفوات
المحل فصار مضمون القيمة فبقي الولد على حاله مضمون الرد كما كان. وان كانت
الزيادة متولدة من الاصل كالهبة والصدقة والكسب فانها لا تمنع الرد وللبايع
ان يسترد الاصل مع الزيادة لان الاصل مضمون الرد وبالرد ينفسخ العقد من
الاصل فتبين ان الزيادة حصلت على ملكه الا انها لا تطيب له لانها لم في ضمانه
بل في ضمان المشتري فكانت في معنى ربح ما لم يضمن ولو هلكت هذه الزيادة في يد
المشتري لا ضمان عليه لان المبيع بيعا فاسدا مضمون بالقبض والقبض لم
يرد على الزيادة لا اصلا ولا تبعا اما اصلا فلانعدامها عند القبض واما تبعا
فلانها ليست بتابعة حقيقة بل هي اصل بنفسها ملكت بسبب على حدة
لا بسبب الاصل وان استهلكها المشتري فكذلك عند ابي حنيفة لا ضمان
عليه وعندهما يضمن واصل المسئلة في الغصب انه اذا استهلك هذه الزيادة
هل يضمن عنده لا تضمن وعندهما تضمن ونذكر المسئلة في كتاب الغصب ان
شا الله تعالى ولو هلك المبيع وهذه الزيادة قايمة في يد المشتري يقرر
عليه ضمان قيمة المبيع والزيادة للمشتري بتقرر ضمان القيمة بخلاف المتولد
كما في الغصب والفرق بين الزيادتين يذكر في الغصب ان شا الله تعالى هذا
اذا ازداد المبيع في يد المشتري شرا فاسدا فاما اذا انتقص في يده فان كان
النقصان بافة سماوية فانه لا يمنع الاسترداد وللبايع ان ياخذه مع ارش
النقصان لان المبيع بيعا فاسدا يضمن بالقيمة كالمغصوب والقبض ورد عليه
بجميع اجزايه فصار مضمونا بجميع اجزايه والاوصاف تضمن بالقبض
وان كانت لا تضمن بالعقد كما في قبض الغصب وكذلك النقصان بفعل المبيع
لان هذا والنقصان بافة سماوية سوا وان كان النقصان بفعل
المشتري فكذلك لانه لو انتقص بغير صنعه كان مضمونا عليه فبصنعه
اولى وان كان بفعل اجنبي فالبايع بالخيار ان شا اخذ الارش من المشتري
والمشتري يرجع به على الجاني وان شا اتبع الجاني وهو لا يرجع على المشتري
كما في الغصب لانه لما اخذ قيمة النقصان من المشتري فقد تقرر ملكه
في ذلك الجزء من وقت البيع فيه فتبين ان الجناية حصلت على ملك متقرر
له فيرجع عليه والاجنبي لم يملك فلا يرجع ولو قتله اجنبي فللبايع ان
يضمن المشتري قيمته حالة ولا سبيل له على القاتل ويرجع المشتري على
عاقلة القاتل بقيمته في ثلاث سنين ٭ فرق هاهنا بين البيع وبين
الغصب فانه لو قتل المغصوب في يد الغاصب قاتل فالمالك بالخيار ان
شا ضمن الغاصب قيمته حالة والغاصب يرجع على عاقلة القاتل قيمته
في ثلاث سنين وهم لا يرجعون على الغاصب ووجه الفرق ان الاجنبي
جنى على ملك المشتري لانه ملك المبيع بالقبض وتقرر ملكه فيه بالجناية
لا على ملك البايع فلا يملك البايع تضمينه بخلاف الغصب فان الغاصب
لا يملك المغصوب الا بتضمين المغصوب منه اياه فقبله لا ملك له فيه
فكان القتل جناية على ملك المالك والقبض جناية على ملكه ايضا فكان
له خيار التضمين وان كان النقصان بفعل البايع لا شي على المشتري

لانه صار مستردا بفعله حتي انه لو هلك المبيع في يد المشتري ولم يوجد منه
حبس عن البايع يهلك علي البايع وان وجد منه حبس ثم هلك ينظر ان هلك
من سراية جناية البايع لاضمان علي المشتري ايضا لانه صار مستردا بفعله وان
هلك لامن سراية جناية البايع فعلي المشتري ضمانه لكن يطرح منه حصة النقصان
بالجناية لانه ذلك القدر بجنايته ولو قتله البايع لاضمان علي المشتري لانه
استرد بالقتل وكذلك لو حفر البايع بيرا فوقع فيه ومات لان ذلك في معني
القتل فيصير مستردا له والله اعلم ۞ ولو كان المبيع ثوبا فقطعه المشتري
وخاطه قميصا او بطنه وحشاه بطل حق الفسخ ويتقرر عليه يوم القبض والاصل
في هذا ان المشتري اذا احدث صنعه لو احدثها الغاصب في المغصوب لا
يقطع حق المالك يبطل حق الفسخ ويتقرر حقه في ضمان القيمة او المثل كما اذا
كان المبيع قطنا فغزله او غزلا فنسجه او حنطة فطحنها او سمسما او عنبا فعصره
او ساحة فبنا عليها او شاة فذبحها وشواها او طبخها ونحو ذلك وانما كان
كذلك لان القبض في البيع الفاسد كقبض الغصب الا تري ان كل واحد
منهما مضمون الرد حال قيامه او مضمون القيمة او المثل حال هلاكه
فكل ما يوجب انقطاع حق المالك هناك يوجب انقطاع حق البيع للبايع
هاهنا ولو كان المبيع ثوبا فصبغه المشتري بصبغ يزيد من الاحمر
والاصفر ونحوهما ذكر الكرخي انه ينقطع حق البايع عنه الي القيمة
وروي عن محمد رحمه الله ان البايع بالخيار ان شا اخذه واعطاه ما
زاد الصبغ فيه وان شا ضمنه قيمته وهو الصحيح لان القبض بحكم البيع
الفاسد كقبض الغصب ثم الجواب في الغصب هكذا ان المالك بالخيار
ان شا اخذ الثوب واعطي الغاصب ما زاد الصبغ فيه وان شا ضمنه
قيمته فكذا هذا ولو كان المبيع ارضا فبني عليها بطل حق الفسخ عند ابي
حنيفة رحمه الله وعلي المشتري ضمان قيمتها وقت القبض وعندهما لا يبطل
وينقض البنا وجه قولهما ان هذا القبض معتبر بقبض الغصب ثم هناك
ينقض البنا فكذا هاهنا ولان البنا لحق الشفيع بالاجماع وحق البايع فوق حق
الشفيع بدليل ان الشفيع لا ياخذ الا بقضا والبايع ياخذ من غير قضا ولا
رضا فلما نقض لحق الشفيع فلحق البايع اولي وجه قول ابي حنيفة انه لو
ثبت للبايع حق الاسترداد لكان لا يخلو اما ان يسترده مع البنا
او بدون البنا لا سبيل الي الثاني لانه لا يمكن ولا سبيل الي الاول لان
البنا من المشتري تصرف حصل بتسليط البايع وانه يمنع النقض
كتصرف البيع والهبة ونحو ذلك بخلاف الغصب والشفعة لان هناك
لم يوجد التسليط علي البنا وكذا لا يمنعان نقض البيع والهبة ۞ ومنها
ان الثابت بالبيع الفاسد ملك مضمون او بالمثل لا بالمسمي بخلاف البيع
الصحيح لان القيمة هي الموجب الاصلي في البياعات لانها مثل المبيع في
المالية الا انه يعدل عنها الي المسمي اذا صحت التسمية فاذا لم تصح وجب
المصير الي الموجب الاصلي خصوصا اذا كان الفساد من قبل المسمي لان
التسمية اذا لم تصح لم يثبت المسمي فصار كانه باع وسكت عن ذكر الثمن ولو

كان

كان كذلك لان بيع قيمة المبيع مبادلة المال بالمال فاذا لم يذكر البدل صريحا
صارت القيمة او المثل مذكورا دلالة فكان بيعا بقيمة المبيع او بمثله ان كان
من قبيل الامثال ۞ ومنها ان هذا الملك يفيد المشتري انطلاق تصرف
ليس فيه انتفاعا بعين المملوك بلا خلاف بين اصحابنا كالبيع والهبة والصدقة
والاعتاق والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ونحو ذلك مما ليس فيه
انتفاعا بعين المبيع واما التصرف الذي فيه انتفاع بعين المملوك كاكل
الطعام ولبس الثوب وركوب الدابة وسكني الدار والاستمتاع بالجارية
فالصحيح انه لا يحل لان الثابت بهذا البيع ملك خبيث والملك الخبيث لا يفيد
اطلاق الانتفاع لانه واجب الرفع وفي الانتفاع به تقرر له وفيه تقرير الفساد
لم يفيد الملك قبل القبض تحرزا عن تقرير الفساد بالتسليم علي ما نذكره
في موضعه ان شا الله تعالي ولو كان المشترا دارا لا يثبت للشفيع حق الشفعة
وان كان يفيد الملك للمشتري لان حق البايع لم ينقطع والشفعة انما تجب
بانقطاع حق البايع لا بثبوت الملك للمشتري الا تري ان من اقر ببيع داره
من فلان وفلان منكر ثبتت الشفعة وان لم يثبت الملك للمشتري الا انه انقطع
حق البايع باقراره وهاهنا حق البايع غير منقطع فلا تثبت الشفعة حتي لو
وجد ما يوجب انقطاع حقه تجب الشفعة ولو بيعت دار بجنب الدار المشتراة
شرا فاسدا تثبت الشفعة لان هذا الشرا صحيح فيوجب انقطاع حق البايع
فتثبت الشفعة والله اعلم ۞ ولو وطي الجارية المشتراة شرا فاسدا فان لم
يعلقها فلا عقر عليه قبل الفسخ وان فسخ العقد فعليه العقر وان اعلقها وضمن
قيمة الجارية ففي وجوب العقر روايتان علي ما ذكرنا ۞ واما شرايطه
فاثنان احدهما القبض فلا يثبت الملك قبل القبض لانه واجب الفسخ رفعا
للفساد وفي وجوب الملك قبل القبض تقرر الفساد لانه اذا فسد ثبت
الملك قبل القبض يجب علي البايع تسليمه الي المشتري وفي التسليم تقرير
الفساد وايجاب رفع الفساد علي وجه فيه رفع الفساد متناقض والثاني
ان يكون القبض باذن البايع فان قبض بغير اذنه اصلا لا يثبت الملك
بان نهاه عن القبض او قبض بغير محضر منه من غير اذنه فان لم ينهه
ولا اذن له بالقبض صريحا فقبضه بحضرة البايع ذكرنا في الزيادات انه
يثبت الملك وذكر الكرخي في الرواية المشهورة انه لا يثبت وجه رواية الزيادات
انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه كان ذلك اذنا منه بالقبض دلالة مع ان
العقد السابق دلالة الاذن بالقبض لانه تسليط علي القبض فكان دليل
الاذن بالقبض قد يكون صريحا وقد يكون دلالة كما في باب الهبة اذا قبض
الموهوب له بحضرة الواهب فلم ينهه صح قبضه كذا هاهنا وجه الرواية
المشهورة ان الاذن بالقبض لم يوجد نصا ولا سبيل الي اثباته بطريق
الدلالة لما ذكرنا ان في القبض تقرير الفساد فكان الاذن بالقبض اذنا
بما فيه تقرير الفساد ولا يمكن اثباته بطريق الدلالة وبه تبين ان العقد
الفاسد لا يقع تسليطا علي القبض لوجود المانع من القبض علي ما بينا بخلاف
الهبة لان هناك لا مانع من القبض فامكن اثباته بطريق الدلالة ما دام

المجلس قايما وانما شرط المجلس لان القبض في الهبة بمنزلة الركن فيشترط له المجلس
كما يشترط للقبول والله اعلم   واما البيع الباطل فهو كل بيع فاته شرط من شرايط الانعقاد
من الاهلية والمحلية وغيرهما وقد ذكرنا جملة ذلك في صدر الكتاب ولا حكم لهذا البيع اصلا
لان الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع الا من حيث الصورة لان التصرف الشرعي
لا وجود له بدون المحلية والاهلية شرعا كما لا وجود للتصرف الحقيقي الا من الاهل
في المحل حقيقة وذلك نحو بيع الميتة والدم والعذرة والبول وبيع الملاقيح والمضامين
وكل ما ليس بمال وكذا بيع الحرم والاحرام لانه بمنزلة الميتة وكذا بيع الحر لانه ليس
بمال وكذا بيع ام الولد والمدبر والمكاتب والمستسعي لان ام الولد حرة من وجه وكذا
المدبر فلم يكن مالا مطلقا والمكاتب حر ايدا فلم يكن مالا على الاطلاق والمستسعي
عند ابي حنيفة بمنزلة المكاتب وعندهما حر عليه دين وكذا بيع الخنزير من المسلم
لانه ليس بمال في حق المسلم وكذا بيع الخمر لانها ليست بمتقومة في حق المسلم لان
الشرع اسقط تقومها في حق المسلمين حيث اهانها عليهم فيبطل ولا ينعقد لانه لو انعقد
اما ان ينعقد بالمسمى واما ان ينعقد بالقيمة لا سبيل الى الاول لان التسمية لم تصح ولا
سبيل الى الثاني لانه لا قيمة له اذ التقوم ينبي عن العزة والشرع اهان المسمى على المسلم
فكيف ينعقد بقيمته ولا قيمة له واذا لم ينعقد يبطل ضرورة ومن مشايخنا من
فصل في بيع الخمر تفصيلا ان كان الثمن دينا بان باعها بدراهم فالبيع باطل وان كان
عينا بان باعها بثوب ونحوه فالبيع فاسد في حق الثوب وينعقد بقيمة الثوب لان
مقصود العاقدين ليس هو تملك الخمر وتمليكها لانها لا تصلح للتمليك والتملك
في حق المسلم مقصودا بل تمليك الثوب وتملكه لان الثوب يصلح مقصودا بالتملك
والتمليك فالتسمية ان لم تظهر في حق الخمر تظهر في حق الثوب ولا مقابل له فيصير
كان المشتري باع الثوب ولم يذكر الثمن فينعقد بقيمته بخلاف ما اذا كان الثمن
دينا لان الثمن يكون في الذمة وما في الذمة لا يكون مقصودا بنفسه بل يكون وسيلة
الى المقصود فتصير الخمر مقصودة بالتمليك والتملك فيبطل اصلا واما بيع
العبد بالخمر والخنزير فلا يبطل بل يفسد وينعقد بقيمة العبد لان العبد مال
متقوم وكذا الخمر والخنزير في حق اهل الذمة والخمر مال في حقنا الا انه لا قيمة
لها شرعا فاذا جعل الخمر والخنزير ثمنا فقد ذكر ما هو مال وكونه سمي مالا في الجملة
او مرغوبا فيه عند الناس بحيث لا يوجد مجانا بلا عوض يكفي لانعقاد العقد لان
البيع مبادلة المال بالمال او مبادلة شي مرغوب بشي مرغوب الا ان يكون المعقود عليه
متقوما بشرط الانعقاد وقد وجد وكذا بيع العبد بالمدبر وام الولد والمكاتب
والمستسعي لان هذه الاموال في الجملة مرغوب فيها فينعقد بقيمة العبد وكذا بيع العبد
بما يرعى ابله في ارضه من الكلا او بما يشرب من بيره لان المذكور ثمنا مال متقوم
الا انه مباح غير ماكول وكذا هو مجهول ايضا فانعقد بوصف الفساد بقيمة المبيع
واختلف مشايخنا في بيع العبد بالميتة والدم قال عامتهم يبطل وقال بعضهم يفسد
والصحيح انه يبطل لان المسمى ليس بمال اصلا وكون الثمن مالا في الجملة شرط الانعقاد
وكذا اختلفوا فيما اذا قال بعت بغير ثمن قال بعضهم يبطل واليه ذهب الكرخي
من اصحابنا وقال بعضهم يفسد ولا يبطل كما لو باع وسكت عن ذكر الثمن وقد ذكرنا
وجه كل واحد من القولين فيما تقدم ثم اذا باع مالا بما ليس بمال حتى يبطل البيع

فقبض

فقبض المشتري باذن البايع هل يكون مضمونا عليه او يكون امانة اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم يكون امانة لانه مال قبضه باذن صاحبه في عقد وجد صورة لا معنى فالتحق
العقد بالعدم وبقي اذنه بالقبض وقال بعضهم يكون مضمونا عليه لان المقبوض على حكم
هذا البيع لا يكون دون المقبوض على سوم العقد وذلك مضمون فهذا اولى واما البيع
الموقوف فهو بيع مال الغير بغير اذن صاحبه وهو المسمى ببيع الفضولي ولا حكم له يعرف
في الحال لاحتمال الاجازة والرد من المالك فيتوقف الجواب الا ان يكون التوقف حكما
شرعيا وقد ذكرنا حكم تصرفات الفضولي وما يبطل منها وما يتوقف فيما تقدم
والله الموفق

فصل

واما بيان ما يرفع حكم البيع فنقول وبالله التوفيق حكم البيع نوعان
نوع يرتفع بالفسخ وهو الذي يقوم برفعه احد العاقدين وهو حكم كل بيع غير لازم
كالبيع الذي فيه احد الخيارات الاربع والبيع الفاسد ٥ ونوع لا يرتفع الا بالاقالة
وهو حكم كل بيع لازم وهو البيع الصحيح الخالي عن الخيار والكلام في الاقالة في مواضع
في بيان ركن الاقالة ٥ وفي بيان ماهية الاقالة ٥ وفي بيان شرايط صحة الاقالة
وفي حكم الاقالة ٥ اما ركنها فهو الايجاب من احد العاقدين والقبول من الاخر فاذا
وجد الايجاب من احدهما والقبول من الاخر بلفظ يدل عليه فقد تم الركن لكن الكلام
في صيغة اللفظ الذي ينعقد به الركن فنقول لا خلاف انه ينعقد بلفظين يعبر
بهما عن الماضي بان يقول احدهما اقلت والاخر قبلت او رضيت او هويت ونحو
ذلك وهل ينعقد بلفظين يعبر باحدهما عن الماضي وبالاخر عن الاستقبال
بان قال احدهما لصاحبه اقلني فيقول اقلتك فقال له جيتك لتقيلني فقال اقلت
قال ابو حنيفة وابو يوسف ينعقد كما في النكاح وقال محمد لا ينعقد الا بلفظين
يعبر بهما عن الماضي كما في البيع وجه قوله ان ركن الاقالة هو الايجاب والقبول كركن
البيع ثم ركن البيع لا ينعقد الا بلفظين يعبر بهما عن الماضي فكذا ركن الاقالة ولهما
الفرق بين الاقالة وبين البيع وهو ان لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة
والمساومة في البيع معتادة فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها فلم يقع ايجابا بخلاف
الاقالة لان هناك لا يمكن حمل اللفظة على حقيقتها لان المساومة فيها ليست بمعتادة
فتحمل على الايجاب ولهذا حملناها على الايجاب في النكاح كذا هذا ٥ واما ماهية الاقالة
وعملها فقد اختلف اصحابنا في ماهيتها قال ابو حنيفة رحمه الله الاقالة فسخ في حق
العاقدين بيع جديد في حق ثالث سوا كان قبل القبض او بعده انها فسخ قبل القبض
بيع بعده وقال ابو يوسف رحمه الله انها بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما الا ان
لا يمكن ان يجعل بيعا فيجعل فسخا وقال محمد انها فسخ الا ان لا يمكن ان يجعل فسخا فيجعل
بيعا للضرورة وقال زفر رحمه الله انها فسخ في حق الناس كافة وجه قول زفر ان الاقالة
في اللغة عن الرفع يقال في الدعا اللهم اقلني عثراتي اي ارفعها وفي الحديث من اقال
نادما اقاله الله عثراته يوم القيمة وعن النبي صلى الله عليه وسلم اقيلوا ذوي الهيات
عثراتهم الا في حد والاصل ان معنى التصرف شرعا ينبي عنه اللفظ لغة ورفع العقد
فسخه ولان البيع والاقالة اختلفا اسما فيختلفا حكما هذا هو الاصل واذا كانت
لا تكون بيعا لان البيع اثبات والرفع نفي وبينهما تناف فكانت الاقالة على هذا
التقرير فسخا محضا فيظهر في حق الناس كافة وجه قول ان الاصل فيها الفسخ
لما قال زفر الا انه اذا لم يمكن ان تجعل فسخا فتجعل بيعا للضرورة وجه قول

ابي يوسف ان معنى البيع مبادلة المال بالمال وهو اخذ بدل واعطا بدل
وقد وجد فكانت الاقالة بيعا معنى لوجود معنى البيع فيها والعبرة للمعنى
لا للصورة ولهذا اعطى حكم البيع في كثير من الاحكام على ما يذكر وكذا اعتبر
بيعا في حق الثالث عند ابي حنيفة وجه قول ابي حنيفة في تقرير معنى الفسخ
ما ذكرناه لزفر انه رفع لغة وشرعا ورفع الشي فسخه واما تقرير البيع فيه
فما ذكرنا لابي يوسف ان كل واحد يا منهما ياخذ راس ماله ببدل وهذا معنى
البيع الا انه لا يمكن اظهار معنى البيع في الفسخ في حق العاقدين للتنافي
فاظهرناه في حق الثالث فجعل فسخا في حقهما بيعا في حق الثالث وهذا لا
ليس بممتنع الا ترى انه لا يمتنع ان يجعل الفعل الواحد من شخص واحد
طاعة من وجه معصية من وجه ومن شخصين اولى والدليل عليه انها
تصح من غير تسمية الثمن ولا صحة للبيع من غير تسمية الثمن وثمرة هذا
الاختلاف تظهر فيما اذا تقايلا ولم يسميا الثمن الاول او سميا الزيادة على الثمن
الاول او انقص من الثمن الاول او سميا جنسا اخر سوى الجنس الاول قل او كثر
او اجلا الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول في قول ابي حنيفة رحمه الله وتسمية
الزيادة والنقصان والاجل والجنس الاخر باطلة سوا كانت الاقالة قبل القبض
او بعدها والمبيع منقول او غير منقول لانها فسخ في حق العاقدين والفسخ رفع
العقد والعقد وقع بالثمن الاول فيكون فسخه بالثمن ضرورة لانه فسخ ذلك
العقد وحكم الفسخ لا يختلف بينهما قبل القبض وبينهما بعده وبين المنقول وغير
المنقول ويبطل تسمية الزيادة والنقصان والجنس الاخر والاجل وتبقى الاقالة
صحيحة لان اطلاق هذه الاشيا لا تؤثر في الاقاله لان الاقالة لا تبطلها الشروط
الفاسدة بخلاف البيع لان الشرط الفاسد انما يؤثر في البيع لانه تمكن الربوا
فيه والاقالة رفع البيع فلا يتصور تمكن الربوا فيه فهو الفرق بينهما وفي قول
ابي يوسف رحمه الله ان كان بعد القبض فالاقالة على ما سميا لانها بيع جديد
كانه باعه منه ابتدا وان كان قبل القبض والمبيع عقارا فكذلك لانه يمكن جعله
بيعا لان بيع المبيع العقار قبل القبض جايز عنده وان كان منقولا فالاقالة فسخ
لانه لا يمكن جعلها بيعا لان بيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز وروي عن ابي
يوسف ان الاقالة بيع على كل حال فكل ما لا يجوز بيعه لا يجوز اقالته فعلى هذه
الرواية لا تجوز الاقالة في المنقول قبل القبض عنده لانه لا يجوز بيعه
وعند محمد رحمه الله ان كان قبل القبض فالاقالة تكون على الثمن الاول وتبطل
تسمية الزيادة على الثمن الاول والجنس الاخر والنقصان والاجل وتكون فسخا
كما قاله ابو حنيفة لانه لا يمكن جعلها قبل القبض بيعا لان بيع المبيع قبل
القبض لا يجوز عنده منقولا كان او عقارا وان كان بعد القبض فان تقايلا
من غير تسمية الثمن اصلا او سميا الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان
او نقصا عن الثمن الاول فالاقالة على الثمن الاول وتبطل تسمية النقصان
ويكون فسخا ايضا كما قال ابو حنيفة رحمه الله لانها فسخ من الاصل ولا مانع
من جعلها فسخا فتجعل فسخا وان تقايلا على الزيادة على الثمن او على جنس اخر
سوى جنس الثمن الاول قل او كثر فالاقالة على ما سميا وتكون بيعا عنده لانه

لا يمكن

لا يمكن جعلها فسخا هاهنا لان من شان الفسخ ان يكون بالثمن الاول واذا لم يمكن
جعلها بالثمن الاول فسخا تجعل بيعا بما سميا بخلاف ما اذا تقايلا على انقص من
الثمن الاول ان الاقالة تكون بالثمن الاول عنده وتجعل فسخا ولا تجعل بيعا عنده
لان هذا سكوت عن بعض الثمن وذلك نقص الثمن والسكوت عن البعض لا يكون
اعلى من السكوت من الثمن وهناك يجعل فسخا لا بيعا فهاهنا اولى والله اعلم بالصواب
وعلى هذا يخرج ما اذا كان المشترى دارا ولها شفيع ثم قضي له بالشفعة ثم طلب
منه المشترى ان يسلم الشفعة بزيادة على الثمن الاول او بجنس اخر ان الزيادة
باطلة وكذا تسمية الجنس الاخر عند ابي حنيفة ومحمد وزفر لانه لما قضي للشفيع
بالشفعة فقد انتقلت الصفقة اليه بالثمن الاول فالتسليم بالزيادة
على الثمن الاول او بجنس اخر تكون اقالة على الزيادة على الثمن الاول او على
جنس اخر فتبطل التسمية ويصح التسليم بالثمن عندهما وانما اتفق جوابهما
هاهنا على اصل محمد لانه لا يرى جواز المبيع العقار قبل القبض فيبقى فسخا
على الاصل وعند ابي يوسف صحيحة وكذا تسمية جنس اخر لان الاقالة عنده بيع
ولا مانع من جعلها بيعا فتبقى بيعا على الاصل ولو تقايلا البيع في المنقول ثم ان
البايع باعه من المشتري ثانيا قبل ان يسترده من يده يجوز البيع وهذا
يطرد على اصل ابي حنيفة ومحمد وزفر فلان الاقالة فسخ مطلق في حق الكل وعلى
اصل ابي حنيفة رحمه الله فسخ في حق العاقدين والمشتري احد العاقدين
وعلى اصل محمد عند عدم المانع من جعله فسخا ولا مانع هاهنا من جعله
فسخا بل وجد المانع من جعله بيعا لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكانت
الاقالة فسخا عندهم فلم يكن بيع المبيع المنقول قبل القبض فجاز واما
على اصل ابي يوسف رحمه الله فلا يطرد لان الاقالة عنده بعد القبض بيع مطلق
وبيع المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز بلا خلاف بين اصحابنا وكان هذا
الفصل حجة عليه الى ان يثبت عنه الخلاف فيه ولو باعه من غير المشتري
لا يجوز وعلى اصل ابي حنيفة وابي يوسف يطرد اما على اصل ابي يوسف
فلان الاقالة بعد القبض بيع جديد في حق العاقدين وغيرهما الا لمانع
ولا مانع من جعلها بيعا لا تفسد الاقالة لانها حصلت بعد القبض فتجعل
بيعا فكان هذا بيع المبيع المنقول قبل القبض فلم يجز واما على اصل ابي
حنيفة فهي وان كانت فسخا لكن في حق العاقدين فاما في حق غيرهما فهي
بيع والمشتري غيرهما فكان بيعا في بيعه فيكون بيع المبيع المنقول
قبل القبض واما على اصل محمد وزفر فلا يطرد لانها عند زفر فسخ في حق
العاقدين وغيرهما وعند محمد الاصل فيها الفسخ الا لمانع ولم يوجد المانع
فبقي فسخا في حق الكل فلم يكن هذا بيع المنقول قبل القبض فينبغي
ان يجوز وان كان المبيع غير منقول والمسالة بحالها جاز بيعه من غير
المشتري ايضا على اصل ابي حنيفة وابي يوسف وكذا قياس اصل محمد
لان على اصله الاقالة في حق الكل الا ان لا يمكن وهاهنا يمكن لما قلنا وعلى اصل
ابي حنيفة بيع في حق غير العاقدين فكان هذا بيع المبيع العقار قبل القبض
وانه جايز عندهما وعند محمد فسخ الا عند التعذر ولا تعذر هاهنا

بيع صح

اما على قول زفر صح

لانها حصلت بعد القبض على الثمن الاول فبقيت فسخا فلم يكن هذا بيع المبيع قبل
القبض بل بيع المفسوخ فيه البيع قبل القبض وانه جائز عنده منقولا كان او
غير منقول وعند زفر هي فسخ على الاطلاق فلم يكن بيعه بيع المبيع المنقول قبل
القبض فيجوز وعلى هذا يخرج ما اذا اشترى دارا ولها شفيع فسلم الشفعة
ثم تقايلا البيع او اشتراها ولم يكن بجنبها دار ثم بنيت بجنبها دار ثم تقايلا
البيع فان الشفيع ياخذها بالشفعة عند ابي حنيفة وابي يوسف لان
الاقالة بيع جديد في حق الكل على اصل ابي يوسف ولا مانع من جعلها بيعا
وعلى اصل ابي حنيفة بيع في حق غير العاقدين والشفيع غيرهما فيكون بيعا
في حقه فيستحق واما على قياس محمد وزفر لا يثبت له حق الشفعة لانها
فسخ مطلق على اصل زفر وعلى اصل محمد فسخ ما امكن وهاهنا ممكن والشفعة
تتعلق بالبيع لا بالفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية ونحو ذلك ولو تقايلا
ثم وهب البايع المبيع من المشتري قبل الاسترداد وقبله المشتري جازت
الهبة وملكه المشتري ولا تنفسخ الاقالة ولو كان هذا في البيع لا تجوز
الهبة وينفسخ البيع بان وهب المشتري المبيع قبل القبض من البايع وقبله
البايع وهذا يشكل على اصل ابي يوسف لانه اجرى الاقالة بعد القبض مجرى
البيع ولهذا ولو كانت كذلك لما جازت الهبة ولكانت فسخا للاقالة كما كانت
فسخا للبيع ثم الفرق على اصل من يجعلها فسخا ظاهر لان الفسخ لا يحتمل الفسخ
فلا يمكن جعل الهبة مجازا عن الاقالة فلا تنفسخ الاقالة بخلاف البيع فانه
يحتمل الفسخ فامكن جعل الهبة مجازا عن اقالة البيع ولو كان المبيع مكيلا
او موزونا بيع مكايلة او موازنة فتقايلا البيع فاسترده البايع من
غير ان وزن صح قبضه وهذا لا يطرد على اصل ابي يوسف لان الاقالة بيع قبل
قبض المبيع او بعده ولو تقايلا ثم وجد البايع به عيبا كان عند بايعه
له ان يرده عليه وهذا على اصل ابي يوسف وابي حنيفة رحمهما الله يطرد
لان الاقالة على اصل ابي يوسف بيع في حق الكل وعلى اصل ابي حنيفة
بيعا في حق ثالث فكان بيعا في حقه فيصير كانه اشتراه ثانيا او ورثه
من المشتري وعلى اصل محمد وزفر يشكل لان الاقالة فسخ على اصلهما فينبغي
ان لا تمنع الرد ولو اشترى شيئا وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من
اجنبي ثم تقايلا وعاد المبيع الى المشتري ثم ان بايعه اشتراه باقل مما
باعه من الثمن الاول قبل النقد يجوز وهذا على اصل ابي حنيفة وابي
يوسف صحيح لان الاقالة على اصل ابي يوسف بيع في حق العاقدين وغيرهما
وعلى اصل ابي حنيفة بيع في حق ثالث والبايع الاول هاهنا ثالث فكانت
الاقالة بيعا في حقه كان المشتري الاول اشتراه ثانيا ثم باعه من بايعه
باقل من الثمن الاول قبل النقد وذلك كذا هذا واما على اصل محمد وزفر
فلا يطرد لانهما يجعلان الاقالة فسخا فكانت اعادة الى قديم الملك فينبغي
ان لا يجوز والله اعلم • واما شرايط صحة الاقالة فمنها رضى المتقايلين
اما على اصل ابي يوسف فظاهر لانها بيع مطلق والرضى شرط صحة
البياعات واما على اصل ابي حنيفة ومحمد وزفر فلانها فسخ العقد والعقد

اصل صح

م

لم ينعقد على الصحة الا بتراضيهما ايضا • ومنها المجلس لما ذكرنا ان معنى البيع
موجود فيها فيشترط لها المجلس كما يشترط لها البيع • ومنها تقابض بدلي
الصرف في اقالة الصرف وهذا على اصل ابي يوسف ظاهر وكذلك على اصل ابي حنيفة
رحمه الله لان قبض البدلين انما وجب حقا لله تعالى الا ترى انه لا يسقط باسقاط
العبد والاقالة على اصله ان كانت فسخا في حق العاقدين فهو بيع جديد في حق ثالث
فكان حق الشرع في حكم ثالث فتجعل بيعا في حقه • ومنها ان يكون المبيع محل
الفسخ بساير اسباب الفسخ كالرد بخيار الشرط والرؤية والعيب عند ابي
حنيفة وزفر رحمهما فان لم يكن بان ازداد زيادة تمنع الفسخ بهذه الاسباب
لا تصح الاقالة عندهما وعند ابي يوسف ومحمد هذا ليس بشرط اما على اصل ابي
حنيفة وزفر فظاهر لان الاقالة عندهما فسخ العقد فلا بد وان يكون المحل
قابلا للفسخ فاذا خرج عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الاقالة ضرورة واما
على اصل ابي يوسف فلانها بعد القبض بيع مطلق وهو بعد الزيادة محتملا
للبيع فبقي محتملا للاقالة واما على اصل محمد وان كانت فسخا لكن عند الامكان
والامكان هاهنا لانا لو جعلناها فسخا لم تصح ولو جعلناها بيعا لصحت فجعل
بيعا لضرورة الصحة فلهذا اتفق جواب محمد مع جواب ابي يوسف في هذا
الفصل ومنها قيام المبيع وقت الاقالة فان كان هالكا وقت الاقالة لم
تصح فاما قيام الثمن وقت الاقالة فليس بشرط ووجه الفرق ان اقالة
البيع رفعه فكان قيامها بالبيع وقيام البيع بالمبيع لا بالثمن لانه هو المعقود
عليه على معنى ان العقد ورد عليه لا على الثمن لانه يرد عليه على المعين والمعين
هو المبيع لا الثمن لانه لا يحتمل التعيين وان عين لانه اسم لما في الذمة
فلا يتصور ايراد العقد عليه دل ان قيام البيع بالمبيع لا الثمن فاذا
هلك لم يبق محل حكم البيع فلا يبقى حكمه فلا يتصور الاقالة التي هي رفع
حكم البيع في الحقيقة واذا هلك الثمن فمحل حكم البيع قايم فتصح الاقالة
وعلى هذا يخرج ما اذا تبايعا عينا بدين كالدراهم والدنانير عينا ولم يعينا
والفلوس والمكيل والموزون والعددي المتقارب الموصوف في الذمة
ثم تقايلا انهما ان تقايلا والعين قايمة في يد المشتري صحت الاقالة سوا
كان الثمن قايما في يده او هالكا لقيام محل حكم البيع بقيام المعقود وان
تقايلا بعد هلاك العين لم تصح وكذا ان كانت قايمة وقت الاقالة
ثم هلكت قبل الرد على البايع بطلت الاقالة سوا كان الثمن قايما او هالكا
لان الاقالة فيها معنى البيع الا ترى ان بعد الاقالة وجب على كل واحد منهما
رد ما في يده على صاحبه فكان الهلاك على بعد الاقالة قبل القبض كهلاكه
بعد البيع قبل القبض وانه يوجب بطلان البيع كذا هذا سوا بقي الثمن
او هلك لانه اذا لم يتعين فقيامه وهلاكه بمنزلة واحدة وكذلك
لو كان المبيع عينين وتقابضا ثم هلكا انه لا تصح الاقالة لما ذكرنا ان المعقود
عليه اذا هلك لم يبق محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان احدهما هالكا وقت
الاقالة والاخر قايما وصحت الاقالة ثم هلك القايم قبل الرد بطلت الاقالة
لانه هلك المعقود عليه قبل القبض على ما بينا ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا

ثم هلكا ثم تقايلا انه لا تصح الاقالة لما ذكرنا ان المعقود عليه اذا هلك لم يبق
محل الفسخ بالاقالة وكذا لو كان احدهما هالكا وقت الاقالة والاخر قايما وصحت
الاقالة ثم هلكت هلك القايم قبل الرد بطلت الاقالة لانه هلك المعقود
عليه قبل القبض على ما بينا ولو تبايعا عينا بعين وتقابضا ثم هلك احدهما
في يد مشتريها صحت الاقالة وعلى مشتري الهالك قيمة الهالك ان لم يكن
له مثل ومثله ان كان له مثل فيسلمه الى صاحبه ويسترد منه العين لان كل
واحد منهما مبيع على حدة لقيام العقد بكل واحد منهما ثم خرج من ان يكون
قيام العقد به فيقوم بالاخر واذا بقي المبيع بقي محل الفسخ فتصح او نقول المبيع
احدهما والاخر ثمن اذ المبيع لابد له من الثمن فاذا هلك احدهما نعين الهالك
للثمن والقايم للمبيع لما فيه من تصحيح العقد وفي القلب افساده فكان التصحيح اولى
فبقي البيع ببقا المبيع فاحتمل الاقالة وكذلك لو تقايلا والعينان قايمتان
ثم هلك احدهما بعد الاقالة قبل الرد لا تبطل الاقالة لان هلاك احدهما
قبل الاقالة لما لم يمنع صحة الاقالة فهلاكها بعد الاقالة لا يمنع بقاها على الصحة
من طريق الاولى لان البقا اسهل من الابتدا وهذا بخلاف بيع العرض بالعرض
لانه لا ينعقد باحد العرضين ابتدا واذا انعقد بهما ثم هلك احدهما
قبل القبض يبطل البيع لان البيع مبادلة المال بالمال فلا ينعقد باخذ
البدلين ويبطل بهلاك احد العرضين قبل القبض لان كل واحد من العرضين
مبيع وهلاك المبيع قبل القبض يبطل البيع فاما الاقالة فرفع البيع فيستدعي
بقا حكم البيع وقد يبقي ببقا احدهما وعلى هذا يخرج اقالة السلم قبل قبض
المسلم فيه انها جايزة سوا كان راس المال عينا او دينا وسوا كان قايما في
يد المسلم اليه او هالكا لان المبيع هو المسلم فيه وانه قايم وهذا لان المسلم
فيه وان كان دينا حقيقة فله حكم العين حتى لا يجوز استبداله قبل القبض
فكان كالمعقود عليه وانه قايم فوجد شرط صحة الاقالة فاذا صحت وان كان
راس المال عين مال قايمة رده المسلم اليه بعينه وان كانت هالكة فان
كان له مثل رد مثله وان كان مما لا مثل له رد قيمته وان كان دينا رد مثله
قايما كان او هالكا لانه لا يتعين بالتعيين فهلاكه وقيامه سوا وكذلك لو
كانت الاقالة بعد قبض المسلم فيه وانه قايم في يد رب السلم انه تصح
الاقالة ثمة لانها صحت حال كونه دينا حقيقة فحال صيرورته عينا بالقبض
اولى فاذا صحت فعلى رب السلم رد عين المقبوض بعقد السلم كانه عين
ما ورد عليه العقد بدليل انه يجوز بيعه مرابحة على راس المال والمرابحة
بيع ما اشتراه البايع بمثل الثمن الاول مع زيادة ربح واذا كان المقبوض
عين ما ورد عليه العقد في التقدير والحكم وجب رد عينه في الاقالة
ولو اشتري عبدا بنقرة او بمصوغ وتقابضا ثم هلك العبد في يد المشتري
ثم تقايلا والفضة قايمة في يد البايع صحت الاقالة لان كل واحد منهما مبيع
لتعينه بالتعيين فكان معقودا عليه فبقي البيع ببقا احدهما وعلى البايع
رد عين الفضة ويسترد من الثمن قيمة العبد لكن ذهبا لا فضة لان
الاقالة وردت على قيمة العبد فلو استرد قيمته فضة والقيمة تختلف

فترادي وتنتقص فيودي الى الربوا ولو كان الهالك العبد قايما وقت
الاقالة ثم هلك قبل الرد على البايع فعلى البايع ان يرد الفضة ويسترد
قيمة العبد ان شا ذهبا وان شا فضة لان الاقالة ها هنا وردت على عين
القبض ثم وجدت القيمة على المشتري بدلا للعبد ولا ربوا بين العبد
وقيمته والله اعلم بالصواب

كتاب القرض

الكلام فيه في مواضع ٭ في بيان ركن القرض ٭ وفي بيان شرايط الركن
وفي بيان حكم القرض ٭ اما ركنه فهو الايجاب والقبول الايجاب هو قول
المقرض اقرضتك هذا الشي او خذ هذا الشي قرضا ونحو ذلك والقبول
هو ان يقول المستقرض استقرضت او قبلت او رضيت وما يجري
هذا المجرى وهذا قول محمد وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف
وروي عن ابي يوسف رواية اخري ان الركن فيه هو الايجاب فاما القبول
فليس بركن حتي لو حلف لا يقرض فلانا فاقرضه ولم يقبل لم يحنث عند
محمد وهو احدي الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخري يحنث
وجه هذه الرواية ان الاقراض اعارة لما يذكر والقبول ليس بركن في
الاعارة وجه قول محمد ان الواجب في ذمة المستقرض مثل المستقرض
فلهذا اختص جوازه بما له مثل واشبه البيع فكان القبول فيه ركنا
كما في البيع وروي عن ابي يوسف فيمن حلف لا يستقرض من فلان
فاستقرض منه فلم يقرضه انه يحنث لان شرط الحنث هو الاستقراض
وهو طلب القرض كالاستيام في البيع هو طلب البيع فان استقرض فقد
طلب القرض فوجد شرط الحنث فيحنث والله اعلم

فصل

واما الشرايط
فانواع بعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع الى المقرض وبعضها يرجع
الى نفس القرض ٭ اما الذي يرجع الى المقرض فهو اهليته للتبرع فلا
يملكه من لا يملك التبرع من الاب والوصي والصبي والعبد الماذون
والمكاتب لان القرض للمال تبرع الا تري انه لا يقابله عوض فكان تبرعا
للحال فلا يجوز الا ممن يجوز منه التبرع وهولا ليسوا من اهل التبرع
فلا يملكون القرض واما الذي يرجع الى المقرض فمنها القبض
لان القرض هو القطع في اللغة سمي هذا العقد قرضا لما فيه من
قطع طايفة من ماله وذلك بالتسليم الى المستقرض فكان ماخذ الاسم
دليلا على اعتبار هذا الشرط ومنها ان يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات
والعدديات المتقاربة فلا يجوز قرض ما لا مثل له من المذروعات
والمعدودات المتفاوتة لانه لا سبيل الى رد العين ولا الى ايجاب
رد القيمة لانه يودي الى المنازعة لاختلاف القيمة باختلاف تقويم
المقومين فتعين ان يكون الواجب فيه رد المثل فيختص جوازه بما له
مثل ولا يجوز القرض في الخبز لا وزنا ولا عددا عند ابي يوسف وابي
حنيفة وقال محمد يجوز عددا وما قالاه هو القياس لتفاوت فاحش
بين خبز وخبز لاختلاف العجن والنضج والخفة والثقل في الوزن
والصغر والكبر في العدد ولهذا لم يجز السلم فيه بالاجماع فالقرض

اولى لان السلم اوسع جوازا من القرض والقرض اضيق الا ترى انه يجوز السلم في الثياب ولا يجوز القرض فيها فلما لم يجز السلم فيه فلان لا يجوز القرض اولى الا ان محمدا رحمه الله استحسن جوازه لعرف الناس وعادتهم في ذلك فترك القياس لتعامل الناس وهكذا روي عن ابراهيم النخعي رحمه الله انه جوز ذلك فانه سيل عن اهل بيت يقرضون الرغيف فياخذون اصغر او اكبر فقال لا باس به ويجوز القرض في الفلوس لانها من العدديات المتقاربة كالجوز والبيض ولو استقرض فلوسا فكسدت فعليه مثلها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد عليه قيمتها وجه قولهما ان الواجب في باب القرض مثل المقبوض وقد عجز عن ذلك لان المقبوض كان ثمنا وقد بطلت الثمنية بالكساد فعجز عن رد المثل فيلزمه رد القيمة كما لو استقرض رطبا فانقطع عن ايدي الناس انه يلزمه القيمة لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان رد المثل كان واجبا والفايت بالكساد ليس الا وصف الثمنية وهذا وصف لا تعلق لجواز القرض به الا ترى انه يجوز استقراضه بعد الكساد ابتدا وان خرج من كونه ثمنا فلان يجوز بقا القرض فيها اولى لان البقا اسهل وكذلك الجواب في الدراهم التي يغلب عليها الغش لانها في حكم الفلوس وروي عن ابي يوسف رحمه الله انه كره استقراض المكحلة والمزيفة وكره انفاقها وان كانت تنفق بين الناس لما في ذلك من ضرر العامة واذا نهي عنها وكسدت فهي بمنزلة الفلوس اذا كسدت ولو كان له على رجل دراهم جياد فاخذ منه مزيفة او مكحلة او زيوفا او نبهرجة او ستوقة جاز في الحكم لانه يجوز بدون حقه فكان كالحط عن حقه الا انه يكره له ان يرضى به وان ينفقه وان بين وقت الانفاق لانه لا يخلوا عن ضرر العامة بالتلبيس والتدليس قال ابو يوسف رحمه الله كل شي من ذلك لا يجوز بين الناس فانه ينبغي ان يقطع ويعاقب صاحبه اذا انفقه وهو يعرفه وهذا الذي ذكره احتساب حسن في الشريعة ولو استقرض دراهم بخارية فالتقيا في بلد لا يقدر على البخارية فان كانت تنفق في ذلك البلد فصاحب الحق بالخيار ان شا انتظر مكان الادا وان شا اجله قدر المسافة ذاهبا وجائيا واستوثق منه بكفيل وان شا اخذ منه القيمة لانها اذا كانت نافقة لم تتغير بقيت في الذمة كما كانت وكان له الخيار ان شا لم يرض بالتاخير واخذ القيمة لما في التاخير من تاخير حقه وفيه ضرر به كمن عليه الرطب اذا انقطع عن ايدي الناس ان يتخير صاحبه بين التربص والانتظار لوقت الادراك وبين اخذ القيمة لما قلنا كذا هذا وان كان لا تنفق في ذلك البلد فعليه قيمتها والله اعلم واما الذي يرجع الى نفس القرض فهو ان لا يكون فيه جر منفعة فان كان لم يجز نحو ما اذا اقرضه دراهم غلة نحو ان يرد عليه صحاحا او اقرضه وشرط شرطا له فيه منفعة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن جر نفعا لان الزيادة المشروطة تشبه الربوا لانها فضل لا يقابله عوض والتحرز عن حقيقة الربوا وعن شبهة الربوا واجب هذا اذا كانت

عدد اصح

الزيادة

الزيادة مشروطة فاما اذا كانت غير مشروطة فيه ولكن المستقرض اعطاه اجود مما اعطاه فلا باس بذلك لان الربوا اسم لزيادة مشروطة في العقد ولم يوجد بل هذا من باب حسن القضا وانه مندوب اليه قال النبي صلى الله عليه وسلم خيار الناس احسنهم قضا وقال النبي صلى الله عليه وسلم عند قضا دين لزمه للوزان زن وارجح وعلى هذا يخرج مسئلة السفاتج التي يتعامل بها التجار انها مكروهة لان التاجر ينتفع بها باسقاط خطر الطريق فتشبه قرضا جر نفعا فان قيل اليس انه يروى عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه كان يستقرض بالمدينة على ان يرد بالكوفة وهذا انتفاع بالقرض باسقاط خطر الطريق فالجواب ان ذلك محمول على ان السفتجة لم تكن مشروطة في القرض مطلقا بل تكون السفتجة وذلك مما لا باس به على ما بينا والله اعلم ۰ والاجل لا يلزم في القرض سوا كان مشروطا في العقد او متاخرا عنه بخلاف ساير الديون والفرق من وجهين احدهما ان القرض تبرع الا ترى انه لا يقابله عوض للحال وكذا لا يملكه من لا يملك التبرع فلو لزم فيه الاجل لم يبق تبرعا فيتغير المشروع بخلاف ساير الديون والثاني ان القرض يسلك به مسلك العارية والاجل لا يلزم في العواري والدليل على انه يسلك به مسلك العارية انه لا يخلوا اما ان يسلك به مسلك المبادلة وهي تمليك الشي بمثله او يسلك به مسلك العارية لا سبيل الى الاول لانه تمليك العين بمثله نسيئة وهذا لا يجوز فتعين ان يكون عارية فيجعل في التقدير كان المستقرض انتفع بالعين مدة ثم رد عين ما قبض وان كان يرد بدله في الحقيقة وجعل رد بدل العين بمنزلة رد العين بخلاف ساير الديون وقد يلزم الاجل في القرض بحال بان يوصي بان يقرض من ماله بعد موته فلانا الف درهم الى سنة فانه تنفذ وصيته ويقرض من ماله كما امر وليس لورثته ان يطالبوا به قبل السنة

فصل

واما حكم القرض فهو ثبوت الملك للمستقرض في المقرض للحال وثبوت مثله في ذمة المستقرض للمقرض للحال وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف في بعض النوادر ان المستقرض لا يملك القرض ما لم يستهلكه حتى لو اقرض كرا من طعام وقبضه المستقرض ثم انه اشترى الكر الذي عليه بماية درهم جاز البيع وعلى رواية ابي يوسف لا يجوز لان المقرض باع المستقرض الكر الذي عليه وليس عليه الكر فكان هذا بيع المعدوم فلم يجز كما لو باعه الكر الذي في هذا البيت وليس في البيت كر وجاز في ظاهر الرواية لانه ما في ذمته مثله فصار كما اذا باعه الكر الذي في البيت وفي البيت كر وكذا لو كان الكر القرض قايما في يد المستقرض كان المستقرض بالخيار ان شا دفع اليه هذا الكر وان شا دفع اليه كرا اخر ولو اراد المقرض اليه ان ياخذ هذا الكر من المستقرض واراد المستقرض ان يمنعه من ذلك ويعطيه كرا اخر مثله له ذلك في ظاهر الرواية وعلى ما روي عن ابي يوسف في النوادر لا خيار للمستقرض ويجبر على دفع ذلك الكر اذا طالبه المقرض وعلى هذا فروع ذكرت في الجامع الكبير وجه رواية ابي يوسف ان الاقراض اعارة بدليل انه لا يلزم فيه الاجل ولو كان معاوضة للزم كما في ساير المعاوضات وكذا لا يملكه الاب

والوصي والعبد المأذون والمكاتب وهولا لا يملكون المعاوضات وكذا اقراض الدراهم والدنانير لا تبطل بالافتراق قبل قبض المبدل ولو كان مبادلة لبطل لبطل لانه صرف والصرف يبطل بالافتراق قبل قبض البدلين وكذا اقراض المكيل لا يبطل بالافتراق ولو كان مبادلة لبطل لان بيع المكيل بمكيل مثله في الذمة لا يجوز فثبت بهذه الدلايل ان الاقراض اعارة فبقي العين على حكم المقرض وجه ظاهر الرواية ان المستقرض بنفس القبض بسبيل من التصرف في القرض من غير اذن المقرض بيعا وهبة وصدقة وساير التصرفات واذا تصرف ينفذ تصرفه ولا يتوقف على اجازة المقرض وهذه امارات الملك وكذا ماخذ الاسم دليل عليه فان القرض قطع في اللغة فيدل على انقطاع ملك المقرض بنفس التسليم واما قوله ان القرض اعارة والاعارة تمليك المنفعة لا تمليك العين فنعم لكن لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه يقام عينه مقام المنفعة حكما واذا قام عينه مقام المنفعة صار قبض العين قايما مقام قبض المنفعة والمنفعة في باب الاعارة تمليك بالقبض لانها تبرع بتمليك المنفعة فكان ما هو ملحق بها وهو العين والله اعلم بالصواب

كتاب الشفعة

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان سبب ثبوت حق الشفعة • وفي بيان شرايط ثبوت حق الشفعة وفي بيان ما يتاكد به الشفعة وتستقر • وفي بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته • وفي بيان ما يملك به المشفوع • وفي بيان طريق التملك وبيان كيفيته • وفي بيان شرط التملك • وفي بيان ما يتملك به • وفي بيان المتملك منه • وفي بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري • وفي بيان الحيلة في ابطال الشفعة • وفي بيان انها مكروهة ام لا • اما سبب وجوب الشفعة فالكلام فيه من وجهين • احدهما في بيان ماهية السبب • والثاني في بيان كيفيته • اما الاول فسبب وجوب الشفعة احد الاشيا الثلاثة الشركة في ملك المبيع والخلطة وهي الشركة في حقوق الملك والجوار وان شيت قلت شيين الشركة والجوار ثم الشركة نوعان شركة في ملك المبيع وشركة في حقوقه كالشرب والطريق وهذا عند اصحابنا رحمهم الله وقال الشافعي الشركة في ملك المبيع لا غير فلا تجب الشفعة عنده بالخلطة ولا بالجوار احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال انما الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فصار الحديث اثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم لان كلمة انما لاثبات المذكور ونفي ما عداه واخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منتفية ولان الاخذ بالشفعة تملك مال المشتري من غير رضاه وعصمة ملكه وكون التملك اضرارا يمنع من ذلك فكان ان لا يثبت حق الاخذ اصلا الا انا عرفنا ثبوته فيما لم يقسم بالنص غير معقول المعنى فبقي الامر في المقسوم على الاصل او ثبت معلولا بدفع ضرر القسمة لكونه ضررا لازما لا يمكن دفعه الا بالشفعة فاما ضرر الجوار فليس بلازم بل هو ممكن الرفع بالرفع الى السلطان والمقابلة بنفسه فلا حاجة الى دفعه بالشفعة ولنا

ماروي

ماروي انه سيل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ارض بيعت وليس لها شريك ولها جار فقال عليه السلام الجار احق بشفعتها وهذا نص في الباب وروي عنه صلى الله عليه وسلم الجار احق بصقبه والصقب الملاصقة اي احق بما يليه وبما يقرب منه وروي الجار احق بشفعته وهذا نص ولان حق الشفعة بسبب الشركة انما ثبت لدفع اذى الدخيل وضرره وذلك متوقع الوجود عند المجاورة فورود الشرع هناك يكون ورودا ههنا دلالة وتعليل النص بضرر القسمة غير سديد لان القسمة ليست بضرر بل هي تكميل منافع الملك او هي ضرر غير واجب الدفع لان القسمة مشروعة ولهذا لم تجب الشفعة بسبب الشركة في العروض دفعا لضرر القسمة واما قوله يمكن دفع الضرر بالمقابلة بنفسه والمرافعة الى السلطان فنقول وقد لا يندفع بذلك ولو اندفع فالمقابلة والمرافعة في نفسها ضرر وضرر الجار السو يكثر وجوده في كل ساعة فيبقى في ضرر دايم واما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لان كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما انا بشر مثلكم وهذا لا ينفي ان يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشرا مثلهم واخره حجة عليه لانه علق سقوط الشفعة بشرطين وقوع الحدود وصرف الطرق والمعلق بشرطين لا يترك عند وجود احدهما وعنده يسقط بشرط واحد وهو وقوع الحدود وان لم يصرف الطرق ثم هو ماول وتاويله انه اذا وقعت الحدود فتباعدت وصرفت الطرق فتباعدت فلا شفعة او لا شفعة مع وجود من لم ينفصل حده وطريقه او فلا شفعة بالقسمة كما لا شفعة بالرد بخيار الروية لان في القسمة معنى المبادلة فكان موضع الاشكال فاخبر انه لا شفعة ليزول الاشكال والله اعلم

فصل واما بيان كيفية السبب فالكلام فيه في موضعين • احدهما يعم حال انفراد الاسباب واجتماعها • والثاني يخص حالة الاجتماع اما الذي يعم الحالين جميعا فهو ان السبب اصل الشركة لا قدرها واصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد او جار واحد اخذ كل الدار بالشفعة كثر شركه وجواره او قل وعلى هذا يخرج قول اصحابنا رحمهم الله في قسمة الشفعة بين الشركا عند اتحاد السبب وهو الشركة او الجوار انها تقسم على قدر الروس لا على قدر الشركة وعند الشافعي على قدر الشركة في ملك المبيع حتى لو كان الدار بين ثلثة نفر لاحدهم نصفها وللاخر ثلثها وللاخر سدسها فباع صاحب النصف نصيبه كانت الشفعة بين الباقيين نصفين عندنا على عدد الروس وعنده اثلاثا ثلثاه لصاحب الثلث وثلثه لصاحب السدس على قدر الشركة وجه قوله ان حق الشفعة من حقوق الملك لانه ثبت لتكميل منافع الملك فيتقدر بقدر الملك كالثمرة والغلة ولنا ان السبب في موضع الشركة اصل الشركة وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق والدليل على ان السبب اصل الشركة دلالة الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع فان الشفيع اذا كان واحدا ياخذ كل الدار بالشفعة ولو كان السبب قدر الشركة لتقدر حق الاخذ بقدرها واما المعقول فلان حق الشفعة انما يثبت لدفع اذى الدخيل وضرره والضرر لا يندفع الا باخذ كل الدار بالشفعة فدل ان

سبب الاستحقاق في الشركة وهو اصل الشركة وهو استويا فيه فبعد ذلك لا يخلوا
اما ان ياخذ احدهما الكل دون صاحبه واما ان ياخذ كل واحد منهما الكل لا سبيل
الي الاول لانه ليس احدهما اولي من صاحبه ولا سبيل الي الثاني لاستحالة
تملك دار واحدة في زمان واحد من اثنين علي الكمال فتنصف بينهما عملا
بكمال السبب لاستحقاق كل الميراث الا انه لا يمكن اثبات الملك في مال واحد
لكل واحد منهما علي الكمال لتضايق المحل فينصف بينهما فكذا هنا وكذلك اذا
كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما علي التفاوت بان كان جوار احدهما
بخمسة اسداس الدار وجوار الاخر بسدسها كانت الشفعة بينهما نصفين
لاستوايهما في سبب الاستحقاق وهو اصل الجوار وعلي هذا يخرج ما اذا كان للدار
شفيعان فاسقط احدهما الشفعة ان للاخر ان ياخذ كل الدار بالشفعة لوجود
سبب استحقاق الكل في حق كل واحد منهما وانما القسمة للتزاحم والتعارض علي
ما بينا فاذا اسقط احدهما زال التزاحم والتعارض فظهر حق الاخر في الكل
فياخذ الكل ولو كان الشفعا جماعة فاسقط بعضهم حقه فللباقين ان ياخذوا
الكل بالشفعة لما قلنا ولو كان للدار شفيعان احدهما غايب فللحاضر ان
ياخذ كل الدار بالشفعة لان سبب ثبوت الحق علي الكمال وجد في حقه وقد
تاكد حقه بالطلب ولم يعرف تاكد حق الغايب بالطلب لانه يحتمل يحتمل
انه يطلب ويحتمل انه لا يطلب او يعرض فلم يقع التعارض والتزاحم فلا
يمنع الحاضر من استيفا حقه الثابت المتاكد لحق يحتمل التاكد والعدم بل يقضي
له بالكل عملا بكمال السبب من غير تعارض بخلاف ما اذا كان لرجلين علي رجل
الفي درهم فهلك الرجل وترك الف درهم واحد صاحبي الدين غايب انه لا
يسلم للحاضر الا خمسماية لان هناك حق كل واحد منهما يساوي حق الاخر في التاكد
فيقسم بينهما علي السوية لوقوع التعارض والتزاحم وكذلك لو كان للدار شفعا
بعضهم غايب وبعضهم حاضر يقضي بالدار بين الحضور علي عدد روسهم
لما قلنا ولو جعل بعضهم نصيبه لبعض لم يصح جعله في حق غيره وسقط
حق الجاعل وقسمت علي عدد روس من بقي لان حق الشفعة مما لا يحتمل النقل
لانه ليس بامر ثابت في المحل فبطل الجعل في حق غيره وسقط حقه لكون الجعل
دليل الاعراض وبقي كل الدار بين الباقين فيقتسمونها علي عدد الروس
لما ذكرنا ولو كان احدهم حاضرا فقضي له بكل الدار ثم جا اخر فيقضي له
بنصف ما في يد الحاضر فان جا ثالث يقضي له بثلث ما في يد كل واحد منهما
لوقوع التعارض والتزاحم لاستوا الكل في سبب ثبوت الحق وتاكده
فيقسم بينهم علي السوية ولو اخذ الحاضر الكل ثم قدم الغايب فاراد ان
ياخذ النصف فقال له الحاضر انا اسلم لك الكل فاما ان تاخذ او تدع فليس
له ذلك وللذي قدم ان ياخذ النصف لان القاضي لما قضي للحاضر بكل الدار
تضمن قضاوه بطلان حق الغايب عن النصف وصار الغايب مقضيا
عليه في ضمن القضا للحاضر بالكل فبعد ذلك وان بطل القضا لكن الحق
بعد ما بطل لا يتصور عوده ولو قضي بالدار للحاضر ثم وجد به عيبا فرده
ثم قدم الغايب فليس له ان ياخذ بالبيع الاول الا نصف الدار سوا كان

الرد بالعيب بقضا او بغير قضا وسوا كان قبل القبض او بعده لما ذكرنا انه
لما قضي القاضي للحاضر بكل الدار بالشفعة فقد ابطل حق الغايب عن النصف
وصار هو مقضيا عليه ضرورة القضا علي المشتري فبطلت شفعته في هذا
النصف فلا يحتمل العود وسوا كان الرد بالعيب بقضا او بغير قضا لانه انما
ابطل حقه في النصف بالقضا بالشفعة وبالرد بالعيب لانه تبين ان القضا
بالشفعة لم يكن وكذا يستوي فيه الرد قبل القبض وبعده لما قلنا ولو اراد
الغايب ان ياخذ كل الدار بالشفعة برد الحاضر بالعيب وبدع البيع الاول
ينظر ان كان الرد بغير قضا فله ذلك لان الرد بغير قضا بيع مطلق فكان بيعا
جديدا في حق الشفعة واخذ الكل بالشفعة كما ياخذ بالبيع المبتدا هكذا
ذكر محمد رحمه الله واطلق الجواب ولم يفصل بينهما اذا كان الرد قبل القبض
او بعده من مشايخنا من قال ما ذكر من الجواب محمول علي ما بعد القبض
لان الرد قبل القبض بغير قضا بيع جديد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز
علي اصله وانما يستقيم اطلاق الجواب علي اصل ابي حنيفة وابي يوسف ومنهم
من قال يستقيم علي مذهب الكل لان رضا الشفيع ها هنا غير معتبر لكونه
مجبورا في التملك فكان رضاه ملحقا بالعدم وان كان بقضا فليس له ان ياخذ
لانه فسخ مطلق ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن والاخذ بالشفعة يختص
بالبيع ولو اطلع الحاضر علي عيب قبل ان يقضي له بالشفعة فسلم الشفعة
ثم قدم الغايب فان شا اخذ الكل وان شا ترك لان القاضي اذا لم يقض بالشفعة
للحاضر فلم يبطل في حق الغايب بل بقي في كل الدار لوجود سبب استحقاق
الكل الا انه لم يظهر لمزاحمة حق الحاضر في الكل وبالتسليم زالت المزاحمة
فظهر حق الغايب في كل الدار ولو رد الحاضر الدار بالعيب بعد ما قضي له
بالشفعة ثم حضر شفيعان اخذا ثلثي الدار بالشفعة والحكم في الاثنين
والثلاث سوا سقط حق الغايب بقدر حصة الحاضر لما قلنا وكذا لو كان
الشفيع الحاضر اشتري الدار من المشتري ثم حضر الغايب فان شا اخذ
كل الدار بالبيع الاول وان شا اخذ كلها بالبيع الثاني اما الاخذ بالبيع الاول
فلان حق الحاضر في الشفعة قد بطل بالشرا من المشتري لكون الشرا منه
دليل الاعراض فزالت المزاحمة الموجبة للقسمة فبقي حق الغايب في كل الدار
فياخذ الكل بالبيع الاول بخلاف الشفيع اذا اشتري الدار المشفوعة
من صاحبها انه لا تبطل شفعته لان البطلان بالاقدام علي الشرا ولا حق له
قبل الشرا ليبطل به واما الاخذ بالبيع الثاني فلان البيع الثاني وجد
ولا حق للحاضر في الشفعة لصيرورته معرضا بالشرا فيظهر حق الاخر
في الكل ولو كان المشتري الاول شفيعا للدار فاشتراها الشفيع الحاضر منه
ثم قدم الغايب فان شا اخذ نصف الدار بالبيع الاول وان شا اخذ كلها
بالبيع الثاني اما اخذ النصف بالبيع الاول فلان المشتري الاول
لم يثبت له حق قبل الشرا حتي يكون بشرايه معرضا عنه فاذا باعه من
الشفيع الحاضر لم يثبت للغايب الا مقدار ما كان يخصه بالمزاحمة مع الاول
وهو النصف واما اخذ الكل بالعقد الثاني فلان السبب عند البيع

الاول اوجب الشفعة للكل في الدار وقد بطل حق الشفيع الحاضر بالشرا لكون الشرا
دليل الاعراض فبقي حق المشتري الاول والغايب في كل الدار فيقسم بينهما للتزاحم
فياخذ الغايب نصف الدار بالبيع الاول ان شا وان شا اخذ الكل بالعقد
الثاني لان السبب عند العقد الثاني اوجب للشفيع حق الشفعة ثم بطل حق
الشفيع عن العقد الاول ولم يتعلق باقدامه على الشرا الثاني بعقده حق لاعراضه
فكان للغايب ان ياخذ كل الدار بالعقد الثاني ولو كان المشترا الاول اجنبيا
اشتراها بالف فباعها من اجنبي بالفين ثم حضر الشفيع فالشفيع بالخيار ان شا
اخذ بالبيع الاول وان شا اخذ بالبيع الثاني لوجود سبب الاستحقاق وشرطه
عند كل واحد من البيعين فكان له الخيار فان اخذ بالبيع الاول سلم الثمن
الى المشتري الاول والعهدة عليه وينفسخ البيع الثاني ويسترد المشتري الثاني
الثمن من الاول وان اخذ بالبيع الثاني تم البيعان جميعا والعهدة على الثاني غير
انه ان وجد المشتري الثاني والدار في يده فله ان ياخذ بالبيع الثاني سوا كان
المشتري الاول حاضرا او غايبا وان اراد ان ياخذ بالبيع الاول فليس له ذلك
حتى يحضر المشتري الاول والثاني هكذا ذكر القاضي الامام الاسبيجابي في
شرحه مختصر الطحاوي ولم يحك خلافا وذكر الكرخي ان هذا قول ابي حنيفة
ومحمد وعند ابي يوسف حضرة الاول ليس بشرط وللشفيع ان ياخذ من الذي
في يده ويدفع اليه الفا ويقال اتبع الاول وخذ منه الفا وان كان الثاني
اشتراه بالف ياخذ منه ويدفع اليه الفا وجه قول ابي يوسف ان حق الشفعة
حق متعلق بعين الدار فلا يشترط لاستيفايه حضرة المشتري الاول وجه
قولهما ان الاخذ من غير حضرة المشتري الاول يكون قضا على الغايب لان
الاخذ بالبيع الاول يوجب انفساخ البيع الاول على المشتري الاول على ما يذكر
في موضعه فيكون قضا على الغايب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وانه لا يجوز
وقوله حق الشفعة متعلق بالعين ممنوع بل لا حق للعين وانما الثابت حق
التملك على المشتري ولا بد من حضرته ولو كان المشتري باع نصف الدار ولم
يبعها فجا الشفيع فاراد ان ياخذ بالبيع الاول اخذ جميع الدار ويبطل البيع
في النصف الثاني من المشتري الثاني لان سبب استحقاق الجمع وشرطه موجود
عند البيع الاول فاذا اخذ الكل بالبيع الاول انفسخ البيع في النصف الثاني
من المشتري لانه تبين انه مقدم على حق الشفيع في قدر النصف وان اراد
ان ياخذ النصف بالبيع الثاني فله ذلك لان شرط الاستحقاق وهو البيع
وجد في النصف وبطلت شفعته في النصف الذي في يد المشتري الاول
الاول لوجود دليل الاعراض ولو كان المشتري لم يبع الدار ولكنه وهبها
من رجل او تصدق بها على رجل وقبض الموهوب له والمتصدق عليه ثم
حضر الشفيع والمشتري الموهوب له حاضر ان شا اخذها الشفيع بالبيع
لا بالهبة لان كون العقد معاوضة من شرايط الاستحقاق على ما نذكر ولا بد
من حضر المشتري حتى لو حضر الشفيع ووجد الموهوب له فلا خصومة
معه حتى يجد المشتري فياخذها بالبيع الاول والثمن للمشتري ويبطل
الهبة كذا ذكر الكرخي من غير خلاف واما الكرخي فقد جعله على الخلاف الذي

بلغ ٢ الطحاوي

ذكرنا

ذكرنا الذي في يديه الدار وهو الموهوب له لم يكن خصما عندهما وعند ابي يوسف
يكون خصما كما في البيع ولو وهب المشتري نصف الدار مقسوما وسلمه الى الموهوب
له ثم حضر الشفيع واراد ان ياخذ النصف الباقي بنصف الثمن ليس له ذلك
ولكنه جميع الدار بجميع الثمن او يدع لان في اخذ البعض دون البعض تفريق
الصفقة على المشتري واذا اخذ الكل بطلت الهبة وكان الثمن كله للثمن
لا للموهوب له ولو اشترى دارا بالف ثم باعها بالفين فعلم الشفيع
بالبيع الثاني ولم يعلم بالبيع الاول فاخذها بقضا او بغير قضا ثم علم ان البيع
الاول كان بالف فليس له ان ينقض اخذه لانه لما اخذها بالبيع الثاني فقد ملكها
وحق التملك بالبيع الاول بعد ثبوت الملك له لا يتصور فسقط حقه في الشفعة
في البيع الاول ضرورة الملك له والثابت ضرورة يستوي فيه العلم والجهل
فان اشتراها بالف ثم زاده في الثمن الفا فعلم الشفيع بالالفين ولم يعلم ان الالف
زيادة فاخذها بالفين فان اخذها بقضا القاضي ابطل القاضي الزيادة وقضى
له بالالف لان الزيادة غير ثابتة شرعا في حق الشفيع فكان القضا بالزيادة قضا
بما ليس بثابت فيبطلها القاضي وان اخذها بغير قضا فليس له ان ينقض
اخذه لان الاخذ بغير قضا بمنزلة شرا مبتدا فسقط حقه في الشفعة ولو كان
المشتري حين اشتراه بالف ناقصة البيع ثم اشتراه بالفين ولم يعلم بالبيع
الاول ثم علم به لم يكن له ان ينقضه سوا كان بقضا او بغير قضا لانه اجتمع
بيعان لا يمكن الاخذ بهما فاذا اخذ باحدهما انتقض الاخر والله اعلم واذا
كان للدار جاران احدهما غايب والاخر حاضر فخاصم الحاضر الى القاضي بري الشفعة
قضى له بجميع الدار لان قضا القاضي الاول صادف محل الاجتهاد فنفذ وبطل
شفعة الحاضر فبقي حق الغايب في كل الدار لوجود سبب استحقاق الكل فياخذ
الكل بالشفعة ولو كان القاضي الاول قال ابطلت الشفعة التي تتعلق بهذا
البيع لم تبطل شفعة الغايب كذا قال محمد رحمه الله وهو صحيح لان هذا قضا على
الغايب وانه لا يجوز والله اعلم • واما الذي يخص حالة الاجتماع فهو ان سبب
استحقاق الشفعة اذا اجتمعت فيراعى فيها الترتيب فيقدم الاقوى
فالاقوى فيقدم الشريك على الخليط والخليط على الجار لما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال الشريك احق من الخليط والخليط احق من الجار
ولان المؤثر في حق ثبوت الشفعة هو دفع ضرر الدخيل واذاه وسبب
وجود الضرر والاذى هو الاتصال والاتصال على هذه المراتب فالاتصال
بالشركة في عين المنع اقوى من الاتصال بالخلطة والاتصال بالخلطة
اقوى من الاتصال بالجوار والترجيح بقوة التاثير ترجيح صحيح فان سلم الشريك
وجبت الشفعة للخليط وان اجتمع خليطان يقدم الاخص على الاعم وان سلم
الخليط وجبت للجار لما قلنا وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
انه اذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره وجه روايته ان الحق عند البيع
كان للشريك لا لغيره الا ترى ان غيره لا يملك المطالبة فاذا سلم سقط
الحق اصلا والصحيح جواب ظاهر الرواية لان كل واحد من هذه الاشيا الثلاثة
سبب صالح للاستحقاق الا انه ترجح البعض على البعض لقوة في التاثير على

مابينا فاذا سلم الشريك التحقت شركته بالعدم وجعلها كانها لم تكن فيراعى الترتيب
في الباقي كما لو اجتمع الخلطة والجوار ابتدا وبيان هذه المسايل دار بين رجلين
في سكة غير نافذة طريقها من هذه السكة باع احدهما نصيبه فالشفعة لشريكه
لان شركته في عين الدار وشركة اهل السكة في الحقوق فكان الشريك في عين الدار
اولى بالشفعة فان سلم فالشفعة لاهل السكة كلهم يستوي فيها الملاصق وغير
الملاصق فانهم كلهم خلطا في الطريق فان سلموا فالشفعة للجار الملاصق وعلى ما
روي عن ابي يوسف اذا سلم الشريك سقطت الشفعة اصلا ولو تشعبت من
هذه السكة سكة اخرى غير نافذة فبيعت دار فيها فالشفعة لاهل هذه السكة
خاصة لان خلطة اهل السكة احق من خلطة اهل السكة العليا ولو بيعت
دار في السكة العليا استوى في شفعتها اهل السكة العليا واهل السكة
السفلى لان خلطهم في السكة العليا سوا فيستوون في الاستحقاق وقال محمد
رحمه الله اهل الدرب يستحقون الشفعة بالطريق اذا كان ملكا او كان فيا غير
مملوك اما اذا كان ملكا لهم فظاهر لوجود الخلطة وهي الشركة في الطريق
واما اذا كان فيا غير مملوك فلانهم اخص به من غيرهم فكان في معنى المملوك وان
كانت السكة نافذة فبيعت دار فيها فلا شفعة الا للجار الملاصق لان الشركة
العامة اباحة معنى لما قلنا وان كان مملوكا فهو في حكم غير النافذ والطريق النافذ
الذي لا يستحق به الشفعة ما لا يملك اهله سده لانه اذا كان كذلك يتعلق
به حق جميع المسلمين فكانت شركة عامة فيشبه الاباحة وعلى هذا يخرج
النهر اذا كان صغيرا يسقى منه اراضي معدودة وكروم معدودة فبيع
ارض منها او كرم ان الشركا في النهر كلهم شفعا يستوي الملازق وغير
الملازق لاستوايهم في الخلطة وهي الشركة في الشرب وان كان النهر كبيرا
فالشفعة للجار الملاصق بمنزلة الشراع واختلف في الحد الفاصل بين
الصغير والكبير قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله ان كان تجري فيه السفن
فهو كبير وان كان لا تجري فيه فهو صغير وروي عن ابي يوسف انه قال
لا استطيع ان اخذ هذا بحد هو عندي على ما ارى حين يقع ذلك وروي عن
ابي يوسف رواية اخرى انه ان كان يسقى منه قراحان او ثلاثة او بستانان
او ثلثة ففيه الشفعة وما زاد على ذلك فلا كذا ذكر الكرخي الاختلاف بين
اصحابنا والقاضي لم يذكر خلافهم وانما ذكر خلاف المشايخ فيه قال بعضهم
ان كان شركا النهر بحيث يحصون فهو صغير وان كانوا اكثر من ماية فهو
كبير وقال بعضهم هو ان كان مفوض الى راي القاضي فان راه صغيرا قضى
بالشفعة لاهله وان راه كبيرا قضى بها للجار الملاصق ولو نزع من هذا
النهر نهرا اخر فيه ارضون او بساتين وكروم فبيع ارض او بستان شربه
من هذا النهر النازع فاهل هذا النهر احق بالشفعة من اهل النهر الكبير الا
ترى انهم يختصون بشرب النهر النازع فكان اولى كما في السكة المتشعبة
من سكة غير نافذة ولو بيعت ارض على النهر الكبير كان اهله واهل النازع
في الشفعة سوا لاستوايهم في الشرب قال محمد رحمه الله في قراح واحد
في وسطه ساقية جارية شرب هذا القراح منها من الجانبين فبيع القراح

في الاختلاف في الحد الفاصل بين الصغير والكبير

في شفيعان احدهما يلي منه الناحية من القراح والاخر يلي الجانب الاخر قال هما
شفيعان في القراح وليست الساقية بحايلة لان الساقية من حقوق هذا
القراح فلا تعتبر فاصلا كالحايط الممتد ولو كانت هذه الساقية بجوار هذا القراح
ويشرب منها الف جريب خارجا من هذا القراح فاصحاب الساقية احق بالشفعة
من الجار لانهما شركا في الشرب والشريك مقدم على الجار على ما مر والله اعلم
وعلى هذا يخرج ما روي عن ابي يوسف انه قال في دار بين رجلين ولرجل
فيها طريق فباع احدهما نصيبه من الدار ان الشريك احق بالشفعة من
صاحب الطريق لان الشريك في عين العقار احق من الخليط وكذلك
اذا كانت الدار بين رجلين ولاحدهما حايط بارضه في الدار بينه وبين
اخر فباع الذي له شرك في الحايط نصيبه من الدار والحايط فالشريك في الدار
احق بشفعة الدار والشريك في الحايط اولى بالحايط لان الشريك في
الحايط ليس بشريك في الدار بل هو جار لبقية الدار والشريك مقدم على
الجار وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بير في الدار بينه وبين اخر
فباع الذي له شركة في البير نصيبه من الدار فالشريك في الدار احق
بشفعة الدار والشريك في البير احق في البير لما ذكرنا ان الشريك في
البير جار لبقية الدار والشريك مقدم على الجار وكذلك سفل بين رجلين
ولاحدهما علو عليه بينه وبين اخر فباع الذي له نصيب في السفل والعلو
نصيبه فلشريكه السفل الشفعة في السفل ولشريكه في العلو الشفعة
في العلو ولا شفعة لشريكه في السفل في العلو ولا لشريكه في العلو في السفل
لان شريكه في السفل جار العلو او شريك في حقوق العلو ان كان طريق
العلو فيه وليس بشريك له في العلو والشريك في عين البقعة اوفيما
هو من معنى البقعة مقدم على الجار والشريك في الحقوق وشريكه في
العلو جار للسفل او شريكه في الحقوق اذا كان طريق العلو في تلك الدار
ولا شركة له في عين البقعة فكان الشريك في عين البقعة اولى ولو كان
لرجل علو على دار وطريقه فيها وبقية الدار لاخر فباع صاحب العلو العلو
بطريقه فالقياس ان لا شفعة لصاحب السفل في العلو وفي الاستحسان
تجب وجه القياس ان من شرايط وجوب الشفعة ان يكون المبيع
عقارا والعلو منقول فلا تجب فيه الشفعة كما لا تجب في ساير المنقولات
وجه الاستحسان ان العلو في معنى العقار لان حق البنا على السفل
حق لازم لا يحتمل البطلان فاشبه العقار الذي لا يحتمل الهلاك فكان ملحقا
بالعقار فيعطى حكمه ولو كان طريق هذا العلو في دار رجل اخر فبيع
العلو فصار الدار التي فيها العلو الطريق اولى بشفعة العلو من صاحب
الدار الذي عليها العلو لان صاحب الدار التي فيها الطريق شريك في الحقوق
وصاحب الدار الذي عليها العلو جار والشريك مقدم على الجار فان سلم
صاحب الطريق الشفعة فان لم يكن للعلو جار ملازق اخذه بالشفعة
مع صاحب السفل لانهما جاران وان لم يكن صاحب العلو ملازقا وبين
العلو وبين مسكنه طايفة من الدار فلا شفعة له لانه بجار ولو باع

صاحب السفل السفل كان صاحب العلو شفيعا لانه جاره وليس بشريك
كداربن متجاورتين لاحدهما خشب على حايط الاخر ان صاحب الخشب لا يستحق
الا بالجوار ولا يستحق بالخشب شيا ولو بيعت الدار التي فيها طريق العلو
فصاحب العلو اولى بشفعة الدار من الجار لانه شريك في الحقوق فكان
مقدما على الجار وروي عن ابي يوسف انه قال في بيت عليه غرفتان احدهما
فوق الاخرى ولكل غرفة طريق في دار اخرى وليس بينهم شركة في الطريق
فباع صاحب البيت الاوسط بيته وسلم صاحب الطريق فالشفعة لصاحب
العلو ولصاحب السفل جميعا لاستوايهما في الجوار فان باع صاحب العلو
كانت الشفعة للاوسط دون الاسفل لان الجوار له لا للاسفل وعلى هذا يخرج
ما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال في دار فيها مسيل ما لرجل اخر فبيعت
الدار كانت له الشفعة بالجوار لا بالشركة وليس المسيل كالشرب لان صاحب
المسيل مختص بمسيل الما لا شركة للاخر فيه فصار كحايط لصاحب احدى
الدارين في الاخرى ولو ان حايطا بين داري رجلين والحايط بينهما فصاحب
الشريك في الحايط اولى من الجار بالحايط وبقية الدار ياخذها بالجوار مع
الجار بينهما هكذا روي عن ابي يوسف وزفر وروي عن ابي يوسف
رواية اخرى ان الشريك في الحايط اولى بجميع الدار وجه هذه الرواية
ان الشريك في الحايط شريك في بعض المبيع فكان اولى من الجار الذي لا شركة
له كالشريك في الشرب والطريق وجه الرواية الاولى ان الشريك في
الحايط شريك لكن في البقعة المعينة وهي ما تحت الحايط لا في بقية
الدار فكان اولى بما هو شريك فيه وبقية الدار بينه وبين الجار الاخر
لاستوايهما في الجوار وكذلك الدار لرجل فيها بيت بينه وبين غيره فباع
الرجل الدار فطلب الرجل الشفعة وطلبها الشريك في البيت فصاحب الشركة
في البيت اولى بالبيت وبقية الدار بينهما نصفان قال الكرخي واصح الروايات
عن ابي يوسف ان الشريك في الحايط اولى ببقية الدار من الجار لما ذكرنا من
تحقق الشركة في نفس المبيع والشريك مقدم على الجار قال وعن محمد رحمه الله
مسلة تدل على ان الشريك في الحايط اولى فانه قال في حايط بين دارين لكل
واحد منهما عليه خشب ولا يعلم ان الحايط بينهما الا بالخشب فبيعت احدى
الدارين قال فان اقام الاخر بينة ان الحايط بينهما لا فهو احق من الشريك
لانه شريك ولم تقم بينة لم اجعله شريكا وقوله احق من الجار اي احق
بالجميع لا بالحايط خاصة هذا هو مقتضى ظاهر هذا الاطلاق وروي عن ابي
يوسف رحمه الله فيمن اشترى حايطا بارضه ثم اشترى ما بقي من الدار
ثم طلب جار الحايط الشفعة فله الشفعة في الحايط ولا شفعة له فيما بقي من
الدار لانه لم يكن جار البقية الدار وقت البيع اذ الحايط حايل بين ملكه
وبقية الدار فلا تجب له الشفعة وروي عن ابي يوسف رحمه الله في
دار بين رجلين لرجل فيها طريق فباع احدهما نصيبه من الدار فشريكه في الدار
احق بالشفعة في الدار ولصاحب الطريق الشفعة في الطريق لان الطريق
اذا كان معينا كان بمنزلة الحايط على ما ذكرنا وهذا على الرواية التي يقول

الجار صح

الشريك

الشريك في الحايط جار في بقية الدار على ما ذكرنا فيما تقدم والله اعلم

فصل

واما شرايط وجوب الشفعة فانواع منها عقد المعاوضة وهو البيع
او ما هو في معناه فلا تجب الشفعة بما ليس ببيع ولا بمعنى البيع حتى لا تجب
بالهبة والصدقة والميراث والوصية لان الاخذ بالشفعة تملك على
الماخوذ منه بمثل ما ملك هو فاذا انعدم معنى المعاوضة فلو اخذ الشفيع
اما ان ياخذ بالقيمة واما ان ياخذ مجانا بلا عوض لا سبيل الى الاول لان الماخوذ
منه لم يملكه بالقيمة ولا سبيل الى الثاني لان الجبر على التبرع ليس بمشروع
فامتنع الاخذ اصلا وان كانت الهبة بشرط العوض فان تقابضا وجبت
الشفعة لوجود معنى المعاوضة عند التقابض وان قبض احدهما دون
الاخر فلا شفعة عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر تجب الشفعة بنفس
العقد وهذا بنا على اصل وهو ان العقد الهبة بشرط التبرع عندنا
ابتدا معاوضة انتهاء وعنده ابتدا وانتها ودلايل هذا الاصل في كتاب
الهبة نذكرها هناك ان شا الله تعالى فلو وهب عقارا من غير شرط العوض ثم
ان الموهوب له عوضه من ذلك دارا فلا شفعة في الدارين لا في دار الهبة
ولا في دار العوض لان اعطا العوض هبة مبتداة الا انها اختصت بالمنع
من الرجوع الا ان يكون عوضا حقيقة لما جاز لانه يكون ربوا دل ان
الباقي ليس بعوض عن الاول حقيقة فلم يكن هذا معاوضة بل كان مبتداة
فلم تجب به الشفعة وتجب الشفعة في الدار التي هي بدل الصلح سوا كان
الصلح عن الدار عن اقرار او عن انكار او عن سكوت لوجود معنى المعاوضة
اما في الصلح عن اقرار فظاهر لان المدعا ملك المدعي في حق المدعي والمدعا
عليه فكانت الدار التي هي بدل الصلح عوضا عن ملك ثابت في حقهما جميعا
فتحقق معنى المعاوضة في هذا الصلح واما الصلح عن انكار فلان عند المدعي
انه اخذ الدار عوضا عن ملكه الثابت لكان الصلح معاوضة في حقه فكان
للشفيع فيها حق الشفعة وكذا في الصلح عن سكوت المدعا عليه لان
المدعي ان كان محقا في دعواه كان بدل الصلح عوضا عن ملكه حقيقة
وان كان مبطلا كان عوضا عن ملكه في زعمه فتحقق معنى المعاوضة
في زعمه وكذا تجب الشفعة في الدار المصالح عنها عن اقرار لوجود
معنى المعاوضة في هذا الصلح من الجانبين جميعا واما عن انكار فلا
تجب به الشفعة لان في زعم المدعا عليه ان المدعا ملكه وانما بذل
المال لدفع الخصومة الباطلة فلا تتحقق معنى المعاوضة في حقه
فلم يكن للشفيع ان ياخذها منه بالشفعة للحال ولكنه يقوم مقام
المدعي في اقامة الحجة فان اقام البينة على صاحب الدار ان الدار كانت
للمدعي او حلف المدعا عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين ان الصلح وقع
معاوضة حقيقة وان لم تقم له حجة فلا شفعة له وكذا لا تجب الشفعة
في الدار المصالح عنها عن سكوت لان المدعي ان كان محقا في دعواه كان
كان الصلح معاوضة فتجب الشفعة وان كان مبطلا لم تكن معاوضة في
حق المدعا عليه فلا تجب الشفعة مع الاحتمال لان الحكم كما لا يثبت بدون

شرطه لايثبت مع وجود الشك في شرطه لان غير الثابت بيقين لايثبت بالشك ولو
كان بدل الصلح منافع فلا شفعة في الدار المصالح عنها سوا كان الصلح عن اقرار وعن
انكار لان بدل الصلح ليس بعين مال فلم يكن هذا الصلح معاوضة عين المال بعين
المال وهذا من شرايط ثبوت الشفعه على ما يذكر ان شا الله تعالى ولو اصطلحا على ان
المدعي الدار ويعطيه دارا اخري فان كان الصلح عن انكار يجب في كل واحدة من الدارين
الشفعة بقيمة الدار الاخري لان الصلح اذا كان عن انكار كان هذا الصلح معاوضة دار
بدار وان كان عن اقرار لايصح الصلح ولا تجب الشفعة في الدارين جميعا لانهما جميعا ملك
المدعي ولو اشتري دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشتري الدار بخيار روية
او شرط قبل القبض او بعده فاراد الشفيع ان ياخذ الدار بالشفعة بسبب الرد لم
يكن له ذلك الرد بخيار الروية والشرط ليس في معني البيع الا تري انه يرد من غير رضي
البايع بل هو فسخ محض في حق الكل ورفع العقد من الاصل كانه لم يكن فيعود اليه قديم
ملكه فلم يتحقق معني البيع فلا تجب الشفعة وكذا لو رد عليه بعيب قبل القبض او
بعده بقضا القاضي فسخ مطلق وان كان بغير قضا القاضي فللشفيع الشفعة لان
الرد بغير قضا بيع جديد في حق ثالث والشفيع ثالث وكذلك الاقالة قبل القبض
او بعده لانها بيع جديد في حق ثالث والله اعلم ولا تجب الشفعة في القسمة وان كان
فيها معني المعاوضة لانها ليست بمعاوضة محضة بل فيها معني الاقرار والتميز
الا تري انه يجري فيها الجبر فلم يكن معاوضة مطلقة فلا تجب فيها الشفعة كما اذا
صالح من دم عمد على دار انه لا تجب الشفعة ، ومنها معاوضة المال بالمال فلا تجب
في معاوضة المال بغير المال لان الاخذ بالشفعة تمليك بمثل ما تملك به المشتري
ولا سبيل اليه لانها تملك بالقصاص واما ان ياخذ بقيمة الدار فلو وجبت معاوضة
المال بغير المال فاما ان ياخذ بما تملك به المشتري ولا سبيل اليه لانها تملك
بالقصاص واما ان ياخذ بقيمة الدار ولا سبيل اليه ايضا لان المشتري لم يتملك به
فامتنع التملك اصلا وعلى هذا يخرج ما اذا صالح من دم العمد عمد على دار لا تجب
الشفعة لان القصاص ليس بمال فلم يوجد معاوضة المال بالمال وكذا لو صالح من جناية
توجب القصاص فيما دون النفس لما قلنا ولو صالح من جناية توجب الارش دون القصاص
على دار تجب فيها الشفعة بالارش لوجود معاوضة المال بالمال وكذا لو اعتق عبدا
على دار لان العتق ليس بمال فلم توجد معاوضة المال بالمال ، ومنها معاوضة عين
المال بغير المال فلا تجب معاوضة المال بما ليس بعين المال لما ذكرنا ان التملك بما
تملك به المشتري غير متمكن والتملك بعين المال تملكا بما تملك به المشتري فامتنع
اصلا وعلى هذا يخرج ما اذا جعل الدار مهرا بان تزوج على دار وجعلها بدل الخلع
بان خلع امراته على دار وجعلها اجرة في الاجارات بان استاجر بدار لان هذه معاوضة
المال بالمال لان حكم الاجارة يثبت في المنفعة وكذا حكم النكاح هو الصحيح على ما عرف
في مسايل النكاح من الخلاف والمنفعة ليست بعين مال وهذا عند اصحابنا
وعند الشافعي هذا ليس بشرط وتجب الشفعة في هذه المواضع فياخذها الشفيع
بقيمة البضع وهو مهر المثل في النكاح والخلع وفي الاجارة اجر المثل وجه قوله
ان الاخذ بالشفعة تملك بما تملك به المشتري عند الامكان وعند التعذر تقام
قيمته مقامه الا تري لو اشتري دارا بعبد فالشفيع ياخذها بقيمة العبد لتعذر

على دارصح

الاخذ

الاخذ بمثله اذ لا مثل له فيقوم قيمته مقامه كذا ههنا والمنافع تتقوم بالعقد بلا خلاف فيقام
قيمة العوض مقامه ولنا ان المنافع في الاصل لا قيمة لها عند اصحابنا لانها لا تضمن بالغصب
والاتلاف الا انها تتقوم بالعقد بطريق الضرورة لحاجة الناس فيبقي ما ورا ذلك على الاصل
فلا يظهر تقومها في حق الشفيع ولو تزوج امراة على دار على ان ترد المراة عليه الفا فلا شفعة
في شي من الدار عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد تجب الشفعة في حصة الالف
وجه قولهما ان الدار بعضها مهر وبعضها مبيع فلين تعذر ايجاب الشفعة في حصة المهر
امكن ايجابها في حصة المبيع فتجب في حصة المبيع وجه قول ابي حنيفة انه لا يمكن ايجاب الشفعة
في حصة المبيع الا بعد قسمة الدار وفي قسمتها تقويم المنافع ولا قيمة لها الا عند الضرورة على ما
بينا ولان المهر في الدار هو الاصل لانها انما دفعت الالف لتسلم لها الدار فاذا لم تثبت الشفعة
كيف تجب في التابع ولو تزوجها على مهر مسمي ثم باع داره من المراة بذلك المهر او تزوجها بغير
مهر مسمي ثم باع داره من المراة تجب فيها الشفعة لان هذا مبيع مبتدا فتجب به الشفعة ولو
تزوجها على دار او تزوجها على غير مسمي ثم فرض لها داره مهرا لا تجب فيها الشفعة لان الفرض منه
ليس ببيع بل هو تقدير المهر فلا تجب به الشفعة والله اعلم ، ومنها ان يكون المبيع عقارا او
ما هو بمعناه بان كان غير ذلك فلا شفعة فيه عند عامة العلما وقال مالك هذا ليس بشرط
وتجب الشفعة في السفن وجه قوله ان السفينة احد المسكنين فتجب فيها الشفعة كما
تجب في المسكن الاخر وهو العقار ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
لا شفعة الا في ربع او حايط ولان الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنا وانما وجبت
لخوف اذي الدخيل وضرره على سبيل اللزوم وذلك لا يتحقق الا في العقار او في معناه وهو
العلو على ما نذكره وسوا كان العقار يحتمل القسمة او لا يحتملها كالحمام والرحا والبير والنهر
والعين والدور الصغار عند اصحابنا وقال الشافعي لا تجب الشفعة الا في عقار يحتمل
القسمة والكلام يرجع الى اصل تقدم ذكره وهو ان الشفعة عندنا وجبت معلولة بدفع ضرر
الدخيل واذاه على سبيل اللزوم وذلك يوجد فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل على السوا وعنده
وجبت معلولة بدفع ضرر خاص وهو ضرر القسمة فلا يتعدي الى ما لا يحتمل القسمة وهذا مع
انه تعليل المنع التعدية قد ابطلناه فيما تقدم وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال
انما الشفعة فيما لم يقسم من غير فصل واذا بيع سفل عقار دون علوه او علوه دون سفله
او بيعا جميعا وجبت الشفعة اما السفل فلا شك فيه لانه عقار واما العلو دون السفل
فتجب فيه الشفعة اذا كان العلو قايما استحسانا لان حق البنا على السفل متعلق به على سبيل
التابيد فصار بمعني العقار فتجب به الشفعة ولو انهدم العلو ثم بيع السفل وجبت
الشفعة لصاحب العلو عند ابي يوسف وعند محمد لا شفعة له ذكره محمد في الزيادات
وجه قول ابي يوسف ان البنا وان بطل فحق البنا قايم وانه حق متعلق بالبقعة على
الاستقرار والتابيد بمنزلة البقعة وجه قول محمد رحمه الله ان الشفعة انما تجب
اما بالشركة في الملك او الحقوق او بالجوار ولم يوجد شي من ذلك اما الشركة فظاهر الانتفا
وكذلك الجوار لان الجوار كان بالبنا وقد زال البنا فلا تجب الشفعة وذكر في الزيادات
فيمن باع علوا فاحترق قبل التسليم بطل البيع هكذا ذكر ولم يحك خلافا من مشايخنا من
قال هذا قوله فاما على اصل ابي يوسف ينبغي ان لا يبطل لانه يجعل حق البنا بمنزلة العرصة
فصار كانه باع العرصة مع البنا فاحترق البنا والله اعلم ، ومنها زوال ملك البايع عن المبيع
لان الشفيع يملك المبيع على المشتري بمثل ما تملك به فاذا لم يزل ملك البايع استحال

تملك المشتري فاستحال تملك الشفيع فلا تجب الشفعة في البيع بشرط الخيار للبايع لان
خياره يمنع زوال المبيع عن ملكه حتي لو اسقط خياره وجبت الشفعة لانه تبين ان
المبيع زال عن ملكه من حين وجود البيع ولو كان الخيار للمشتري تجب الشفعة لان
خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البايع وحق الشفعة يقف عليه وكذا لو كان الخيار
لهما لم تجب الشفعة لاجل خيار البايع ولو ثبت شرط البايع الخيار للشفيع فلا شفعة
له لان شرط الخيار شرط لنفسه وانه يمنع وجوب الشفعة فان اجاز الشفيع البيع
جاز البيع ولا شفعة له لان البيع تم من جهته فصار كانه باع ابتدا وان فسخ البيع فلا
شفعة له لان ملك البايع لم يزل والحيلة للشفيع في ذلك ان لا يفسخ ولا يجيز حتي يجيز
البايع او يجوز بمضي المدة فيكون له الشفعة وخيار العيب والروية لا يمنع وجوب
الشفعة لانه لا يمنع زوال ملك البايع ۞ ومنها زوال حق البايع فلا تجب الشفعة
في المشترا شرا فاسدا لان للبايع حق النقض والرد الي ملكه ردا للفساد وفي ايجاب
الشفعة تقرير الفساد حتي لو سقط حق الفسخ باسباب مسقطة للفسخ وهو كالزيادة
وزوال ملك المشتري ونحو ذلك كان للشفيع ان ياخذ بالشفعة لان المانع قيام
حق الفسخ وقد زال كما لو زال بشرط الخيار له ثم اسقط الخيار وجبت الشفعة
لزوال المانع من الوجوب وهو الخيار كذا هذا ولو باعها المشتري شرا فاسدا بيعا صحيحا
فجا الشفيع فهو بالخيار ان شا اخذها بالبيع الاول وان شا اخذها بالبيع الثاني لان
حق الشفيع ثابت عند كل واحد من البيعين لوجود سبب الثبوت عند كل واحد
منهما وشرايطه فكان له الخيار غير انه ان اخذ بالبيع الثاني اخذ بالثمن وان اخذ
بالبيع الاول اخذ بقيمة المبيع يوم القبض لان الشفيع يتملك بما تملك به المشتري
والمشتري تملك بالثمن الثاني لان البيع الثاني صحيح والبيع الصحيح يفيد الملك بقيمة
بالمسمي وهو الثمن والمشتري الاول تملك المبيع بقيمته لان البيع الفاسد يفيد
الملك بقيمة المبيع لا بالثمن وانما تعتبر قيمته يوم قبض لان المبيع بيعا فاسدا
مضمون بالقبض كالمغصوب وعلي هذا الاصل تخرج قول ابي حنيفة فيمن اشتري
ارضا شرا فاسدا فبني عليها انه يثبت للشفيع حق الشفعة لان التابع في القبض
قد زال بالبنا وقد بطل فزال المانع من وجوب الشفعة وعند ابي يوسف ومحمد
لا يثبت لان حق البايع لم يبطل بالبنا فكان المانع قايما والله اعلم وعلي هذا يخرج
قول ابي حنيفة رحمه الله في المريض اذا باع الدار من وارثه بمثل قيمتها وشفيعها
اجنبي انه لا شفعة له لانه بيع المريض مرض الموت عينا من اعيان ماله
فاسد عنده الا اذا اجاز الورثة وان كان بمثل القيمة ولا شفعة في البيع الفاسد
الا اذا جاز فتجب الشفعة ولو باعها من اجنبي بمثل قيمتها والوارث شفيعها
لا شفعة للوارث عنده ايضا لانه يصير كانه باعها من الوارث ابتدا لتحول
تلك الصفقة اليه او لتعقد بصفقة اخري مع الوارث وذلك فاسد عنده
وعندهما تجب الشفعة للوارث لان العقد جايز هذا اذا باع بمثل القيمة
فاما اذا باع وحابي بان باعها بالفين وقيمتها ثلاثة الاف فان باعها من الوارث
وشفيعها اجنبي فلا شك انه لا شفعة عند ابي حنيفة رحمه الله لان بيعها من
الوارث بمثل القيمة فاسد عنده فبالمحاباة اولي ولا شفعة في البيع الفاسد
وعندهما البيع جايز ولكن يرفع قدر المحاباة فتجب الشفعة وان باع من

الثاني صح

اجنبي

اجنبي فكذلك لا شفعة للوارث عند ابي حنيفة لان الشفيع ياخذها بتلك الصفقة
بالتحول اليه او بصفقة مبتدا مقدرة بينهما فكان بيعا من الوارث بالمحاباة
وسوا كان اجازت الورثة او لم تجزه لان الاجازة محلها العقد الموقوف والشرا
وقع نافذا من المشتري لان المحاباة قدر الثلث وهي نافذة من الاجنبي فلغت
الاجازة في حق المشتري فتلغو في حق الشفيع ايضا واما عندهما فقد اختلفت الروايات
فيه في رواية كتاب الشفعة من الاصل والجامع لا شفعة له وفي رواية كتاب
الوصايا له الشفعة وهي من مسايل الجامع تعرف ثمة ان شا الله تعالي ۞ ومنها
ملك الشفيع وقت الشرا في الدار التي ياخذها بالشفعة لان سبب الاستحقاق
جوار الملك والسبب انما ينعقد سببا عند وجود الشرط والانعقاد امر زايد
علي الوجود واذا لم يوجد عند البيع كيف ينعقد سببا فلا شفعة له بدار يسكنها
بالاجارة والاعارة ولا بدار باعها قبل الشرا ولا بدار جعلها مسجدا ولا بدار
جعلها وقفا وقضي القاضي بجوازه او لم يقض علي قول من يجيز الوقف لانه زال
ملكه عنها الا الي احد ومنها ظهور ملكه للمشتري عند الانكار بحجة مطلقا وهي البينة
وهذا في الحقيقة شرط ظهور الحق لا شرط ثبوته وعلي هذا يخرج ما اذا انكر المشتري
كون الدار التي يشفع بها مملوكة للشفيع انه ليس له ان ياخذ بالشفعة حتي
يقيم البينة انها داره وهذا قول ابي حنيفة ومحمد واحدي الروايتين عن ابي
يوسف وروي عنه رواية اخري ان هذا ليس بشرط والقول قول الشفيع
ولا يحتاج الي اقامة البينة وهو قول زفر والشافعي وجه هذه الرواية ان الملك
كان ثابتا للشفيع في هذه الدار لوجود سبب الثبوت وما ثبت يبقي الي ان يوجد
المزيل ولان اليد دليل الملك الا تري ان من راي شيا في يد انسان حل له ان
يشهد بالملك دل ان اليد دليل الملك من حيث الظاهر فكان الملك ثابتا
للشفيع ظاهرا وجه ظاهر الرواية ان سبب ثبوت الحكم لا يوجب بقاءه وانما
البقا بحكم استصحاب الحال والثابت باستصحاب الحال لا يصلح للالزام
علي الغير كحياة المفقود وخبر الشهود ونحو ذلك والحاجة هاهنا الي الزام
المشتري فلا يظهر الملك في حق المشتري وقوله اليد دليل قلنا ان سلم ذلك
فالثابت باليد ملك يظهر في حق الدفع لا في حق الاستحقاق علي الغير والحاجة
هاهنا الي الاستحقاق علي المشتري فلا يكفي الملك الثابت بظاهر اليد وذكر
عن ابي يوسف فيمن ادعي علي اخر دارا واقام البينة علي ان هذه الدار كانت
في يد ابيه مات وهي في يده انه يقضي له بالدار فان جا يطلب بها شفعة دار
اخري الي جنبها لا يقضي له بالشفعة حتي يقيم البينة علي الملك لم يجعل القضا باليد
قضا بالملك علي الاطلاق حيث لم يوجب به الشفعة وعلي هذا يخرج ما ذكره محمد
رحمه الله انه قال في حايط بين دارين لكل واحد منهما عليه خشبة ولم يعلم ان
الحايط بينهما الا بالخشبة فبيعت احدي الدارين انه ان اقام الاخر بينة ان الحايط
بينهما فهو احق من الجار لانه شريك وان لم يقم بينة لم اجعله شريكا لان ملك
الحايط بينهما لم يثبت الا بظاهر الاستعمال بالخشبة والملك الثابت بمثل هذا
الظاهر لا يكفي لاستحقاق الشفعة قال ولو اقر البايع قبل البيع ان الحايط بينهما
لم اجعله بهذا شفعة بمنزلة دار في يدي رجل اقر انها لاخر فبيعت الي جنبها

دار فطلب المقر له الشفعة فلا شفعة له حتي يقيم البينة ان الدار داره لان الملك
في الموضعين جميعا ثبت بالاقرار وانه حجة قاصرة فيظهر في حق المقر في المسلة
الاولي وفي المسلة الثانية يظهر في حق المقر له ولا يتعدي الي المشتري وذكر في
المنتقي عن ابي يوسف في رجل في يده دار عرف القاضي انها له فبيعت دار الي
جنب داره فقال الشفيع بعد بيع الدار التي فيها الشفعة داري هذه
لفلان وقد بعتها منه منذ سنة وقال هذا في وقت يقدر علي الاخذ بالشفعة
او طلبها لنفسه قال لا شفعة له في الدار حتي يقيم المقر له البينة علي المشتري
اما المقر فلا شك انه لا شفعة له لا ملك له وقت البيع في الدار باقراره بالبيع
قبله واما المقر له فلما ذكرنا ان الملك الثابت بالاقرار ليس بثابت بحجة مطلقة
لكون الاقرار حجة قاصرة فلا يظهر في حق الاستحقاق علي المشتري وذكر الخصاف
في اسقاط الشفعة ان البايع اذا اقر بسهم من الدار للمشتري ثم باع منه بقية
الدار ان الجار لا يستحق الشفعة لان المشتري صار شريك البايع في ذلك السهم
والشريك مقدم علي الجار ومن مشايخنا من خطا الخصاف في هذا وقال تجب
الشفعة للجار لان شركة المشتري لم تثبت الا باقرار البايع والاقرار حجة
قاصرة فلا تظهر في حق الجار فكان علي شفعته وكان يستدل بمسئلة الحايط
والله اعلم ● ومنها ان لا تكون الدار المشفوعة ملك الشفيع وقت البيع فان
كانت لم تجب الشفعة لاستحالة تملك الانسان مال نفسه وعلي هذا يخرج
ما اذا باع الماذون دارا والمولي شفيعها انه ان لم يكن عليه دين فلا شفعة
للمولي لانها ملك المولي والعبد كالوكيل عنه في البيع فلا تثبت له الشفعة وان كان
عليه دين فله الشفعة لان المولي لا يملك كسب عبده الماذون المديون فكان
بمنزلة الاجنبي وكذا اذا باع المولي دارا والماذون شفيعها وعليه دين فله الشفعة
لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري وشرا كل واحد منهما من
صاحبه جايز وان لم يكن عليه دين فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الاخذ
يقع تملكا للمولي وتملك المملوك محال ولو اشتري الماذون والمولي شفيعها
فان كان عليه دين فلمولاه الشفعة لان الملك بالشرا لم يقع للمولي وان لم
يكن عليه فلا يتصور الاخذ بالشفعة لان الملك يقع له وكذا اذا اشتري
المولي دارا والماذون شفيعها فان كان عليه دين فله الشفعة وان لم يكن
فلا يتصور الاخذ بالشفعة لما قلنا واما المكاتب اذا اشتري او باع دارا
والمولي شفيعها فله ان ياخذ بالشفعة سوا كان عليه دين او لم يكن لانه
فيما يبيع ويشتري مع المولي بمنزلة الاجنبي لانه حر يدا الا تري انه لا سبيل
لمولاه علي ما في يده فكان في حق ما في يده ملحقا بساير الاجانب والله اعلم
ومنها عدم الرضي من الشفيع بالبيع وحكمه فان رضي بالبيع او بحكمه فلا
شفعة له لان حق الشفعة انما يثبت له دفعا لضرر المشتري فاذا رضي
بالشرا او بحكمه فقد رضي بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة ثم
الرضا قد يكون صريحا وقد يكون دلالة اما الصريح فلا يشكل واما الدلالة
فنحو ان يبيع الدار المشفوع فيها بان وكله صاحب الدار ببيعها فباعها فلا
شفعة لان بيع الشفيع دلالة الرضا بالعقد وثبوت حكمه وهو الملك للمشتري

وكذلك

وكذلك المضارب اذا باع مال المضاربة ورب المال شفيعها بدار اخري لا شفعة
لرب الدار سوا كان في الدار ربح او لم يكن اما اذا لم يكن فيها ربح فلان المضارب
وكيله بالبيع والرضا بالتوكيل بالبيع رضا بالبيع وحكمه ضرورة وانه يمنع وجوب
الشفعة وان كان فيها ربح اما في حصة رب المال فلما ذكرنا من وجود دلالة
الرضا بالبيع في حصته واما حصة المضارب فلانه متي امتنع الوجوب في
حصة رب المال فلو ثبت في حصة المضارب لادي الي تفريق الصفقة علي
المشتري ولانه لا يجوز ولان المشتري صار شريكا للمضارب والشريك
مقدم علي الجار ولو كان الشفيع وكيلا بشرا الدار المشفوع فيها فاشتري
لموكله فللشفيع الشفعة لان الشرا لغيره لا يكون فوق الشرا لنفسه
والشرا لنفسه لا يمنع وجوب الشفعة حتي لو اشتري الدار المشفوع فيها
ثم حضر شفيع اخر كان له ان ياخذ النصف بالشفعة فالشرا لغيره لئن لا
يمنع الوجوب اولي ولو باع رب المال دارا لنفسه والمضارب شفيعها
بدار من المضاربة فان كان في يده من مال المضاربة وفا بثمن الدار لم
تجب الشفعة لان الاخذ اذ ذاك يقع لرب المال وقد وجد منه دلالة
الرضا بثبوت الملك للمشتري وانه يمنع وجوب الشفعة وان لم يكن في يده
وفا فان لم يكن في الدار ربح فلا شفعة ايضا لان الاخذ يقع لرب المال
وان كان فيها ربح فللمضارب ان ياخذها بالشفعة لنفسه لان له نصيبا في
ذلك ولم يوجد منه الرضا بسقوط حقه ولو اشتري اجنبي دارا الي جنب
دار المضاربة فان كان في يد المضارب وفا بالثمن فله ان ياخذها بالشفعة
للمضاربة وله ان يسلم الشفعة لان حق الاخذ له فيملك تسليمه وان لم يكن في
يده وفا فان كان في الدار ربح فالشفعة لرب المال والمضارب جميعا لان الدار
مشتركة بينهما وان لم يكن فيها ربح فالشفعة لرب المال لان الدار ملكه خاصة
والشفعة من حقوق وعلي هذا يخرج ما اذا باع الدار علي ان يضمن الشفيع
الثمن عن المشتري فضمن وهو حاضر حتي جاز البيع انه لا شفعة للشفيع
لان ضمان الثمن من المشتري دلالة الرضا بالبيع وحكمه لان تمام الصفقة
وانبرامه يتعلق به فكان دليل الرضا وكذا لو اشتري المشتري علي ان
يضمن له الشفيع الدرك عن البايع فضمن وهو حاضر حتي جاز البيع لا شفعة
للشفيع لانه لما ضمن الدرك فقد صار راضيا بالعقد وحكمه وهو الملك
للمشتري فلم تجب الشفعة واما اسلام الشفيع فليس بشرط لوجوب الشفعة
فتجب لاهل الذمة فيما بينهم والذمي علي المسلم لان هذا حق التملك علي المشتري
بمنزلة الشرا منه والكافر والمسلم في ذلك سوا لانه من الامور الدنياوية
وروي ان شريح رحمه الله انه قضي بالشفعة لذمي علي مسلم فكتب الي عمر رضي
الله عنه فاجازه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا
ولو اشتري ذمي من ذمي دارا بخمر او خنزير وشفيعها ذمي او مسلم وجبت
الشفعة عند اصحابنا وقال الشافعي لا تجب بنا علي ان ذلك ليس بمال
عنده اصلا حتي لم يكن مضمونا بالاتلاف اصلا ومن شرط وجوب الشفعة
معاوضة المال بالمال وعندنا هو مال متقوم في حق اهل الذمة بمنزلة

خاصة صح

الخل والشاة لنا انم اذا وجبت الشفعة فان كان الشفيع ذميا اخذ الدار بمثل
الخمر وبقيمة الخنزير لان الخمر عندهم من ذوات الامثال كالخل والخنزير ليس
من ذوات الامثال بل من ذوات القيم كالشاة وان كان مسلما اخذها بقيمة الخمر
والخنزير لان الاخذ تملك والمسلم ليس من اهل تملك الخمر والخنزير ومتى تعذر
عليه التملك بالعين تملك بالقيمة كما لو كان الشرا بالعرض انه ياخذها بقيمة
العرض كذا هذا وكذا الحرية والذكورة والعقل والبلوغ والعدالة فتجب الشفعة
للماذون والمكاتب ومعتق البعض والنسوان والصبيان والمجانين واهل
البغي لانه حق مبني على الملك وهولا من اهل ثبوت الملك لهم الا ان الخصم فيما
يجب للصبي وعليه وليه الذي يتصرف في ماله من الاب ووصيه والجد اب
الاب ووصيه والقاضي ووصي القاضي فاذا بيعت دار والصبي شفيعها
كان لوليه ان يطالب بالشفعة وياخذ له لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا
من المشتري فالولي يملك ذلك كما يملك الشرا فان سلم الشفعة صح التسليم
ولا شفعة للصبي اذا بلغ عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا
يصح تسليمه والصبي على شفعته اذا بلغ وجه قولهما ان هذا حق ثبت
للصبي فابطاله يكون نظرا في حقه ومثل هذا لا يدخل تحت ولاية الولي كالعفو
عن قصا وجب للصبي على انسان والابرا عن كفالة بنفس او بمال ولابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله ما ذكرنا ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا فتسليمه
امتناع من الشرا وللولي ولاية الامتناع من الشرا الا ترى ان من قال
بعت هذا الشي لفلان الصبي لا يلزم الولي القبول وهذا لان الولي يتصرف
في مال الصبي على وجه المصلحة والمصلحة قد تكون في الشرا وقد تكون في
تركه والولي اعلم بذلك فيفوض اليه وعلى هذا الخلاف اذا سكت الولي او الوصي
عن الطلب انه يبطل حق الشفعة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر
لا يبطل وذكر في نوادر ابي يوسف فيمن اشترى دارا وابنه الصغير
شفيعها كان له ان ياخذ لابنه الصغير بالشفعة فان لم ياخذ وسلم لنفسه
جاز لان الشرا لا ينافي الاخذ بالشفعة لان كل واحد منهما تملك بعوض
ولهذا لو كان وكيلا بالشرا لغيره كان له ان ياخذ بالشفعة لنفسه فلان
يملك الاخذ لابنه اولى واذا ملك الاخذ ملك التسليم لانه امتناع من
الاخذ ولو باع دارا لنفسه وابنه شفيعها لم يكن له الاخذ بالشفعة
لان الاخذ بالشفعة تملك والبيع تمليك فبينا في التملك ولهذا لا يملك
الوكيل بالبيع لغيره ان ياخذ بالشفعة لغيره لنفسه واذا لم يملك الاخذ
لا يملك التسليم فلم يصح تسليمه وتوقف على حين بلوغ الصبي كما اذا لم
يكن له واما الوصي اذا اشترى دارا لنفسه والصبي شفيعها لم يكن
له ان ياخذها بالشفعة للصغير ولو سلم الشفعة فالصغير على شفعته
وكذا اذا باع لابنه ملك الدار بالشرا لنفسه فبالاخذ بالشفعة للصغير
يريد تمليك ما ملكه من الصغير والوصي لا يملك تمليك ماله للصغير
الا اذا كان فيه نفع ظاهر واذا لم يملك الاخذ بالشفعة لم يكن سكوته
عن الطلب تسليما للشفعة فيبقى حق الصغير في الشفعة ياخذ اذا بلغ

والله اعلم

والله اعلم **فصل** واما بيان ما يتاكد به حق الشفعة ويستقر فنقول وبالله التوفيق
انه يستقر ويتاكد ويستقر بالطلب والكلام في الطلب في مواضع في بيان
وقت الطلب وفي بيان شرطه وفي بيان كيفيته وفي بيان حكمه اما
وقته فالطلب نوعان طلب مواثبة وطلب تقرير اما طلب المواثبة فوقته
علم الشفيع بالبيع حتى لو سكت عن الطلب بعد البيع قبل العلم به لم تبطل
شفعته لانه ترك الطلب قبل وقت الطلب فلا يضره ثم علمه بالبيع قد يحصل
بسماعه بالبيع بنفسه وقد يحصل باخبار غيره لكن هل يشترط فيه العدد
والعدالة اختلف اصحابنا فيه قال ابو حنيفة رحمه الله يشترط احدهما ان
اما العدد في المخبر رجلان او رجل وامراتان واما العدالة وقال ابو يوسف
ومحمد لا يشترط فيه العدد ولا العدالة حتى لو اخبره واحد بالشفعة
عدلا كان المخبر او فاسقا حرا او عبدا ماذونا بالغا او صبيا ذكرا او انثى
فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الاصل او لم يطلب في المجلس على
رواية محمد بطلت شفعته عندهما اذا ظهر كون الخبر صدقا وهذا على اختلافهم
في الخبر عن عزل الوكيل وعن خيار العبد وعن حجر المولى لما ذكرنا في كتاب الوكالة
لهما يقولان العدد والعدالة ساقطة الاعتبار شرعا في المعاملات وهذا
من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد والعدالة ولابي حنيفة رحمه الله
ان هذا اخبار فيه معنى الالزام الا ترى ان حق الشفيع يبطل لو لم يطلب
بعد الخبر فاشبه الشهادة فيعتبر فيه احد شرطي الشهادة وهي العدالة
او العدد ولو اخبر المشتري الشفيع بنفسه فقال قد اشتريته فلم يطلب
بطلت شفعته وان لم يكن المشتري عدلا كذا روي عن ابي حنيفة رحمه الله
لان المشتري خصم وعدالة الخصم ليست بشرط في الخصومات وقالوا في المخيرة
اذا بلغها التخيير انه لا يعتبر في المخبر العدد ولا العدالة بلا والفرق لابي
حنيفة رحمه الله ان الاخبار عن التخيير ليس في معنى الشهادة لخلوه عن الزام
حكم فلم يعتبر فيه احد شرطي الشهادة بخلاف الاخبار عن البيع في باب
الشفعة على ما بينا والله اعلم واما شرطه فهو ان يكون على فور العلم بالبيع
اذا كان قادرا عليه حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه
بطل حق الشفعة في رواية الاصل وروي عن محمد رحمه الله انه على المجلس كخيار
المخيرة وخيار القبول ما لم يقم عن المجلس او يتشاغل عن الطلب بعمل اخر لا تبطل
شفعته وله ان يطلب وذكر الكرخي ان هذا اصح الروايتين وجه هذه الرواية
ان حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه فيحتاج الى التامل ان هذه
الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وانه هل يتضرر بجوار هذا المشتري فياخذ
او لا يتضرر فيترك وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع والحاجة الى التامل شرط
المجلس في جانب المخيرة والقبول كذا هذا وجه رواية الاصل ما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال الشفعة لمن واثبها وروي عنه عليه السلام انما
الشفعة كنشط عقال ان قيد مكانه ثبت والا ذهب وفي بعض الروايات
انما الشفعة كحل عقال ان قيد مكانه ثبت والا فاللوم عليه ولانه حق
ضعيف متزلزل لثبوته على مخالفة القياس اذ الاخذ بالشفعة تملك مال

على ماصح

معصوم بغير اذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستحق الا بالطلب
على المواثبة والا واما الاشهاد فليس بشرط لصحة الطلب حتى لو طلب على المواثبة
ولم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله وانما الاشهاد للاظهار عند الخصومة على تقدير
الانكار لان من الجايز ان المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب اولا يصدق
في الفور ويكون القول قوله فيحتاج الى الاظهار بالبينة عند القاضي على تقدير
عدم التصديق لانه شرط صحة الطلب ونظيره من اخذ لقطة ليردها
على صاحبها فهلكت في يده لا ضمان عليه فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف وانما
الحاجة الى الاشهاد عند ابي حنيفة رحمه الله لتوثيق الاخذ للرد على تقدير
الانكار لانه شرط البراة عن الضمان حتى لو صدقه صاحبها في ذلك ثم طلب
منه الضمان ليس له ذلك بالاجماع كذا هذا واذا طلب على المواثبة فان كان هناك
شهود اشهدهم ويتوثق الطلب وان لم يكن بحضرته من يشهد فبعث في طلب
الشهود لم تبطل شفعته لما قلنا لان الاشهاد لاظهار الطلب على الحاجة لكن
لا يصح الاشهاد على الطلب على رواية الفور لانه بطلب الفور فبطلت الشهادة
على الفور ضرورة وعلى رواية المجلس اذا قال في المجلس ادعوا الى شهودا
اشهدهم فجا الشهود فاشهدهم وتفرق المطلب لان المجلس قايم ولو اخبر
ببيع الدار فقال الحمد لله فقد ادعيت شفعتها او قال سبحان الله قد ادعيت
شفعتها فهو على شفعته على رواية محمد لان هذا يذكر لافتتاح الكلام به تبركا
فلا يكون دليل الاعراض عن الطلب وكذلك اذا سلم او شمت العاطس لان
ذلك ليس بعمل يدل على الاعراض ولهذا لم يبطل به خيار المخيرة وكذلك
اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لان الانسان قد يرضى بمجاورة انسان دون
غيره وقد يصلح له الدار بثمن دون غيره فكان السوال عن حال الجار ومقدار
الثمن من مقدمات الطلب لا اعراضا عنه وهذا كله على رواية اعتبار
المجلس فاما على رواية كتاب اعتبار الفور تبطل شفعته في هذه المواضع ٥
لانقطاع الفور من غير ضرورة ولو اخبر بالبيع وهو في الصلاة فمضى فيها
فالشفيع لا يخلوا من ان يكون في الفرض او في الواجب او في السنة
او في النفل المطلق فان كان في الفرض لا تبطل شفعته لان قطعه حرام
فكان معذورا في ترك الطلب وكذا اذا كان في الواجب لان الواجب ملحق
بالفرض في حق العمل وان كان في السنة فكذلك لان هذه السنة الراتبة
في معنى الواجب سوا كانت السنة ركعتين او اربعا كالاربع قبل الظهر
حتى لو اخبر بعد ما صلى ركعتين فوصل بهما الشفيع الثاني لم تبطل شفعته
لانها بمنزلة صلاة واحدة واجبة وقال محمد اذا بلغ الشفيع البيع فصلى
بعد الجمعة اربعا لم تبطل شفعته وان صلى اكثر من ذلك بطلت شفعته
لان الاربع بتسليمة واحدة سنة فصار كالركعتين والزيادة عليهما ليست
بسنة وذكر محمد رحمه الله في المخيرة اذا كانت في صلاة النفل فزادت على ركعتين
بطل خيارها لان كل شفع من التطوع صلاة على حدة والله اعلم والغايب
اذا علم بالشفعة فهو مثل الحاضر في الطلب والاشهاد لانه قادر على الطلب
الذي يتاكد به الحق وعلى الاشهاد الذي يتوثق به الطلب ولو وكل الغايب

رجلا لياخذ له بالشفعة فذلك طلب منه لان في التوكيل طلبا وزيادة واذا طلب
الغايب على المواثبة واشهد فله بعد ذلك من الاجل مقدار المسافة التي يانى
الى حيث البايع او المشتري او الدار لا زيادة عليه لان تاجيل هذا القدر للضرورة
ولا ضرورة في الزيادة واما طلب التقرير فشرطه ان يكون على فور الطلب الاول
والاشهاد عليه واذا طلب على المواثبة واشهد على فوره ذلك شخص الى حيث
البايع او المشتري او الدار اذا كان قادرا عليه وتفصيل الكلام فيه ان المبيع
اما ان يكون في يد البايع واما ان يكون في يد المشتري فان كان في يد البايع
فالشفيع بالخيار ان شا طلب من البايع وان شا طلب من المشتري وان شا
طلب عند الدار فاما الطلب من البايع والمشتري فلان كل واحد منهما
خصم البايع باليد والمشتري بالملك فكان كل واحد منهما خصما فصح الطلب
من كل واحد منهما واما الطلب عند الدار فلان الحق متعلق بها فان سكت
عن الطلب من احد المتبايعين وعند الدار مع القدرة عليه بطلت شفعته
لانه فرط في الطلب وان كان في يد المشتري فان شا طلب من المشتري وان
شا عند البايع ولا يطلب من البايع لانه خرج من ان يكون خصما لا لزوال يده
ولا ملك له فصار بمنزلة الاجنبي ولو لم يطلب من المشتري ولا عند
الدار وشخص الى البايع للطلب منه والاشهاد بطلت شفعته لوجود دليل
الاعراض وفي الحقيقة لوجود دليل الرضا ولو تعاقد البايع والمشتري في غير
الموضع الذي فيه الدار فليس على الشفيع ان ياتيهما ولكنه يطلب عند الدار
ويشهد عليه لان الشفيع اذا كان بجنب الدار والعاقدان غايبان تعين
الدار للطلب والاشهاد فان لم يطلب عندها وشخص الى العاقدين بطلت شفعته
لوجود الاعراض عن الطلب هذا اذا كان قادرا على الطلب من المشتري او
البايع او عند الدار فاما اذا كان هناك حايل بان كان بينهما نهر مخوف او ارض
مسبعة او غير ذلك من المواضع لا تبطل شفعته بترك المواثبة الى ان يزول
الحايل واما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط لصحته كما انه ليس بشرط لصحة
طلب المواثبة وانما التوثيقه على تقدير الانكار كما في الطلب الاول وكذا تسمية
المبيع وتحديده ليس بشرط لصحة الطلب والاشهاد في ظاهر الرواية وروي عن ابي
يوسف انه شرط لان الطلب لا يصح الا بعد العلم والعقار لا يصير معلوما
الا بالتحديد فلا يصح الطلب والاشهاد بدونه والله اعلم واما بيان كيفية
الطلب فقد اختلف فيه عبارات المشايخ روي محمد بن مقاتل الرازي
ان الشفيع يقول طلبت الشفعة واطلبها وانا طالبها وعن محمد بن سلمة انه
كان يقول طلبت الشفعة فحسب وعن الفقيه ابي جعفر الهندواني رحمه الله
انه لا يراعى فيه الفاظ الطلب بل لو اتى بلفظ يدل على الطلب اي لفظ كان
يكفي نحو ان يقول ادعيت الشفعة او سالت الشفعة ونحو ذلك مما يدل
على الطلب وهو الصحيح لان الحاجة الى الطلب ومعنى الطلب تتادى بكل لفظ
يدل عليه سوا كان بلفظ الطلب او بغيره واما حكم الطلب فهو استقرار
الحق فالشفيع اذا اتى بطلبين صحيحين استقر الحق على وجه لا يبطل بتاخير المطالبة
بالاخذ بالشفعة ابدا ما لم يسقطها بلسانه وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله

واحدي الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية اخري قال اذا ترك المخاصمة الي القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ولم يوقت فيه وقتا وروي عنه انه قدره بما يراه القاضي وقال محمد وزفر اذا مضي شهر بعد الطلبين ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته وهو رواية عن ابي يوسف ايضا وجه قول محمد وزفر ان حق الشفعة ثبت لحق لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر على الانسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره وفي ابقا هذا الحق بعد تاخير الخصومة ابدا اضرار بالمشتري لانه لا يبني ولا يغرس خوفا من النقض والقلع فيتضرر به فلا بد من التقدير بزمان لئلا يتضرر به فقدرنا بالشهر لانه ادني الاجال فاذا مضي شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فتبطل شفعته وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين والاصل ان الحق متي ثبت لانسان لا يبطل الا بابطاله ولم يوجد لان تاخير المطالبة منه لا يكون ابطالا كتاخير استيفا ساير الديون وقوله يتضرر المشتري ممنوع فانه اذا علم ان للشفيع ان ياخذ بالشفعة فالظاهر انه يمتنع من البنا والغرس خوفا عن النقض والقلع فلين فعل فهو الذي اضر بنفسه فلا يضاف ذلك الي الاخذ بالشفعة ولهذا لم يبطل حق الشفعة بتاخير الشفعة بغيبة الشفيع ولا يقال ان فيه ضررا بالمشتري بالامتناع من البنا والغرس لما قلنا كذا هذا والله اعلم واما بيان ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته فنقول وبالله التوفيق ما يبطل به حق الشفعة بعد ثبوته في الاصل نوعان اختياري واضراري فالاختياري نوعان صريح وما يجري مجري الصريح ودلالة اما الاول فنحو ان يقول الشفيع ابطلت الشفعة او اسقطتها او ابراتك عنها او سلمتها ونحو ذلك لان الابرا خالص حقه فيملك التصرف فيه استيفا واسقاطا كالابرا عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سوا علم الشفيع بالبيع او لم يعلم بعد ان كان بعد البيع لان هذا اسقاط الحق صريحا وصريح الاسقاط يستوي فيه العلم والجهل كالطلاق والابرا عن الحقوق بخلاف الاسقاط من طريق الدلالة فانه لا يسقط حقه ثمة الا بعد العلم بالبيع والفرق يذكر بعد هذا ان شا الله تعالي ولا يصح تسليم الشفعة قبل البيع لانه اسقاط للحق واسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال ولو اخبر بالبيع بقدر الثمن او جنس منه او من فلان وسلم ثم ظهر بخلافه هل يصح تسليمه فالاصل في جنس هذه المسايل انه ينظر ان كان غرض الشفيع في التسليم صح التسليم وبطلت شفعته ولو كان يختلف غرضه لم يصح وهو على شفعته لان غرضه في التسليم اذا لم يختلف بين ما اخبر به وبين ما بيع به وقع التسليم محصلا لغرضه فصح واذا اختلف غرضه لم يقع التسليم محصلا لغرضه فلم يصح التسليم وبيان هذا في مسايل اذا اخبر ان الدار بيعت بالف درهم فسلم ثم علم انها بيعت بالفين فلا شفعة له لان تسليمه كان لاستكثاره الثمن فاذا لم يصلح له باقل الثمن فباكثر بما اولي فحصل غرضه بالتسليم فبطلت شفعته ولو اخبر انها بيعت بالف ثم تبين انها بيعت بخمسماية فله الشفعة لان التسليم عند كثرة الثمن لا يدل على تسليم عند قلته فلم يحصل غرضه بالتسليم فبقي على شفعته ولو اخبر انها بيعت بالف درهم ثم تبين انها بيعت بماية دينار فان كانت قيمتها الفا او اكثر فلا شفعة له وان كانت اقل فهو على شفعته عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر له الشفعة في الوجهين جميعا وجه قول زفر ان الدراهم والدنانير جنسان يختلفان حقيقة واعتبار الحقايق الاصل والغرض يختلف باختلاف الجنس لانه قد يتيسر عليه جنس ويتعذر الاخر فلم يقع التسليم محصلا لغرضه فبقي على شفعته كما لو اخبر انها لو بيعت بحنطة فسلم ثم علم انها لو بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة ولنا ان الدراهم والدنانير في حق الثمنية كجنس واحد لانها اثمان الاشيا وقيمتها تقوم الاشيا بها تقويما واحدا اعني انها تقوم بهذا مرة وبذاك اخري وانما يختلفان في القدر لا غير فوجب اعتبار قدر قيمتها في الكثرة والقلة كما اذا اخبر انها بيعت بالف درهم او ماية دينار ثم تبين انها بيعت باكثر او باقل على ما بينا كذا هذا بخلاف ما اذا اخبر انها بيعت بحنطة فسلم ثم تبين انها بيعت بحنطة ثم تبين انها بيعت بشعير قيمته مثل قيمة الحنطة او اقل او اكثر لان هناك اختلف اذ الحنطة والشعير جنسان مختلفان على الاطلاق واختلاف الجنس يوجب اختلاف الغرض فلم يصح التسليم ولو اخبر انها بيعت بالف درهم فسلم ثم تبين انها بمكيل او موزون سوي الدراهم والدنانير او عددي متقارب فالشفعة قايمة لان الذي وقع به البيع اذا كان من ذوات الامثال فالشفيع ياخذ بجنسه بمثله وانه جنس اخر غير الجنس الذي اخبر به الشفيع فاختلف الغرض ولو اخبر انها بيعت بالف ثم علم انها بيعت بعرض وما ليس من ذوات الامثال وان كان قيمته مثل الالف او اكثر صح تسليمه وان كانت قيمته اقل لم يصح وله الشفعة لان الشفيع ههنا ياخذ الدار بقيمة العرض لانه لا مثل له وقيمته دراهم او دنانير فكان الاختلاف راجعا الي القدر فاشبه الالف والالفين وخمسماية على ما مر ولو اخبر بشرا نصف الدار فسلم ثم تبين انه اشتري الجميع فله الشفعة ولو اخبر بشرا الجميع فسلم ثم تبين انه اشتري النصف فالتسليم جايز فلا شفعة له هذا هو الرواية المشهورة في الفصلين وقد روي الجواب فيهما على القلب وهو ان يكون التسليم في النصف تسليما في الكل والتسليم في الكل لا يكون تسليما في النصف وجه هذه الرواية ان تسليم النصف لعجزه عن الثمن ومن عجز عن القليل كان عن الكثير اعجز فاما العجز عن الكثير لا يدل على العجز عن القليل وجه الرواية المشهورة ان التسليم في النصف للاحتراز عن الضرر وهو ضرر الشركة وهذا لا يوجد في الكل فاختلف الغرض فلم يصح التسليم فبقي على شفعته واذا سلم الكل فقد سلم النصف ضرورة لانه داخل في الكل فصار بتسليم الكل مسلما للنصف لان الشركة عيب فكان التسليم بدون العيب تسليما مع العيب من طريق الاولي ولو اخبر ان المشتري زيد فسلم ثم تبين انه عمرو فهو على شفعته لان التسليم للامن عن الضرر والامن عن ضرر زيد لا يدل على الامن عن ضرر ولتفاوت الناس في الجوار ولو اخبر ان المشتري زيد فسلم ثم تبين انه زيد وعمرو كان له ان ياخذ نصيب عمرو لانه سلم نصيب زيد لا نصيب عمرو فبقي له الشفعة في نصيبه ولو اخبر ان الدار بيعت بالف فسلم ثم ان البايع حط عن المشتري خمسماية ... المشتري الحط كان له الشفعة لان الحط يلتحق باصل

العقد فتبين ان البيع كان بخمسماية فصار كما اذا اخبر انها بيعت بالف درهم فسلم ثم ان البايع حط عن المشتري خمسماية وقبل المشتري الحط كان له الشفعة لان الحط تبين انها بيعت بخمسماية ولو لم يقبل الحط لم يجب الشفعة ولان الحط لم يصح اذا لم يقبل فلم يتبين انها بيعت بانقص من الف فلم تجب الشفعه والله اعلم ولو باع الشفيع داره التي يشفع بها بعد شرا المشتري هل تبطل شفعته فهذا لا يخلو اما ان كان البيع باتا واما ان كان فيه شرط الخيار فان كان باتا لا يخلو اما ان باع كل الدار واما ان باع جزوا منها فان كان باع كلها بطلت شفعته لان سبب الحق وهو جوار الملك قد زال سوا علم بالشرا او لم يعلم لان هذا في معنى صريح الاسقاط لان ابطال سبب الحق ابطال فيستوي فيه العلم والجهل فان رجعت الدار الي ملكه بعيب بقضا او بغير قضا او بخيار روية او بخيار شرط للمشتري فليس له ان ياخذ بالشفعة لان الحق قد بطل فلا يعود الا بسبب جديد وكذلك لو باعها الشفيع بيعا فاسدا او قبضها المشتري بطلت شفعته لزوال سبب الحق وهو زوال الملك وان نقض البيع فلا شفعة له لما ذكرنا ان الحق اذا بطل لا يعود الا بسبب جديد وان باع جزوا من داره فان باع جزوا شايعا منها فله الشفعة بما بقي لان ما بقي يصلح لاستحقاق الشفعة ابتدا فاولي ان يصلح للبقا لان البقا اسهل من الابتدا وان باع جزوا معينا بيتا او حجرة فان كان ذلك لا يلي الدار فيها الشفعة فكذلك لان السبب وهو جوار الملك قايما وان كان مما يلي تلك فان استغرق حدود الدار التي فيها الشفعة لا بطلت الشفعة لان الجوار قد زال وان بقي من حدها شي ملازق لما بقي من الدار فهو علي شفعته لما ذكرنا ان هذا القدر يصلح للاستحقاق ابتدا فلان يصلح لبقا المستحق اولي وان كان فيه خيار الشرط فان كان الخيار للبايع وهو الشفيع فهو علي شفعته ما لم يوجب البيع لان السبب وهو جوار الملك قايم لان خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه فان طلب الشفعة في مدة الخيار كان ذلك منه نقضا للبيع لان طلب الشفعة دليل استيفا الملك في المبيع وذلك اسقاط الخيار ونقض المبيع وان كان الخيار للمشتري بطلت شفعته لان الدار خرجت عن ملكه بلا خلاف فزال سبب الحق وهو جوار الملك وان الشفيع شريكا وجارا فباع نصيبه الذي يشفع به كان له ان يطلب الشفعة بالجوار لانه ان بطل احدي السببين وهو الشركة وبقي الاخر وهو الجوار ولهذا يستحق به ابتدا فلان يبقي به الاستحقاق اولي ولو صالح المشتري الشفيع من الشفعة علي مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض وبطل حق الشفعة اما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في المحل اذ الثابت في الشفيع حق التملك وانه عبارة عن ولاية التملك وانها معني قايم بالشفيع فلا يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض واما بطلان حق الشفيع في الشفعة فلانه اسقطه بالصلح فالصلح وان لم يصح فاسقاط حق الشفعة صحيح لان صحته لا تقف علي العوض بل شي من الاموال لا يصلح عوضا عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كانه سلم بلا عوض وعلي هذا اذا قال الزوج للمخيرة اختاريني بالف

درهم

وقبضها صح

درهم لم يجب العوض وبطل اختيارها وكذلك العنين اذا قال لامراته بعد ما خيرت بسبب العنة اختاري ترك الفسخ بالعنة بالف فقالت اخترت بطل خيارها ولم يجب العوض وتبطل الكفالة كما في الشفعة وفي رواية لا تبطل الكفالة وجه الرواية الاولي انه اسقط الكفالة بعوض فالاعتياض ان لم يصح فالاسقاط صحيح لان صحته لا تقف علي العوض وجه الرواية الاخري انه ما رضي بالسقوط الا بعوض ولم يثبت العوض فلا يسقط والله اعلم واما بطلان الشفعة من طريق الدلالة فهو ان يوجد من الشفيع ما يدل علي الرضا بالعقد وحكمه للمشتري وهو ثبوت الملك له لان حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا ايضا وذلك نحو ما اذا علم بالشرا فترك الطلب علي الفور من غير عذر او قام عن المجلس او تشاغل عن الطلب بعمل اخر علي اختلاف الروايتين لان ترك الطلب مع القدرة عليه دليل الرضا بالعقد وحكمه للدخيل وكذا اذا ساوم الشفيع الدار من المشتري او ساله ان يوليه اياها او استاجرها الشفيع من المشتري او اخذها مزارعة او معاملة وذلك كله بعد علمه بالشرا لان ذلك كله دليل الرضا اما المساومة فلانها طلب تمليك بعقد جديد وكذلك التولية لانها تمليك بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان وانه دليل الرضا بملك المملك واما الاستيجار والاخذ مزارعة ومعاملة فلانها تقرير لملك المشتري فكانت دليل الرضا بملكه فرق بين هذا وبين الفصل الاول حيث شرط هاهنا علم الشفيع بالشرا لبطلان حق الشفعة وهناك لم يشترط وانما كان كذلك لان السقوط في الفصل الاول بصريح الاسقاط والاسقاط تصرف في نفس الحق فيستدعي ثبوت الحق لا غير كالطلاق والعتاق والابرا عن الديون والسقوط هاهنا بطريق الدلالة وهي دلالة الرضا لا بالتصرف في محل الحق بل في محل اخر والتصرف في محل اخر لا يصلح دليل الرضا الا بعد العلم بالدين بالبيع اذ الرضا بالشي بدون العلم به محال والله الموفق ولو سلم الشفعة في النصف بطلت شفعته في الكل لانه لما سلم في النصف بقي حقه في النصف المسلم فيه بصريح الاسقاط وبطل حقه في النصف الباقي لانه لا يملك تفريق الصفقة علي المشتري فبطلت شفعته في الكل ولو طلب نصف الدار بالشفعة هل يكون ذلك تسليما منه الشفعة في الكل اختلف فيه ابو يوسف ومحمد قال ابو يوسف لا يكون تسليما وقال محمد يكون تسليما في الكل الا ان يكون سبق منه طلب الكل بالشفعة فلم يسلم له المشتري فقال حينيذ اعطني نصفها علي ان اسلم اليك النصف الباقي فان هذا لا يكون تسليما وجه قول محمد انه لما طلب النصف بالشفعة فقد ابطل حقه في النصف الاخر لانه ترك الطلب فيه مع القدرة عليه وذا دليل الرضا فبطل حقه فيه فيبطل في النصف المطلوب ضرورة بعد تفريق الصفقة علي المشتري بخلاف ما اذا كان سبق منه الطلب في الكل لانه لما طلب في الكل فقد تقرر حقه في الكل فلم يكن قوله بعد ذلك اعطني النصف علي ان اسلم النصف الباقي تسليما بخلاف ما اذا قال

ابتدا الا ان الحق لم يتقرر بعد وجه قول ابي يوسف ان الحق ثبت له في كل الدار
والحق اذا ثبت لا يسقط الا بالاسقاط ولم يوجد فبقي علي ما كان فان شا اخذ
الكل بالشفعة وان شا ترك وجواب محمد رحمه الله عن هذا انه اذا وجد منه
الاسقاط في النصف الذي لم يطلب من طريق الدلالة علي ما بينا والله اعلم
واما الضروري فهو ان يموت بعد الطلبين قبل الاخذ بالشفعة فتبطل
شفعته وهذا عندنا وعند الشافعي لا تبطل ولوارثه حق الاخذ ولقب
المسلة ان اختيار الشفعة هل يورث عندنا لا يورث وعنده يورث والكلام
فيه من الجانبين علي نحو الكلام في خيار الشرط وقد تقدم ذكره في كتاب البيع
ولا يبطل بموت المشتري وللشفيع ان ياخذ من وارثه لان الشفعة حق
علي المشتري الا تري انه يجبر عليه في التملك فلا يسقط بموته كحق الرد
بالعيب والله اعلم

فصل

واما بيان ما يملك به المشفوع فيه فنقول وبالله
التوفيق الشفيع فيه يملك بالتملك وهو تفسير الاخذ بالشفعة فلا ملك
للشفيع قبل الاخذ بل له حق الاخذ والتملك قبل الاخذ للمشتري لوجود سبب
الملك فيه وهو الشرا فله ان يبني ويغرس ويهدم ويقلع ويواجر ويطيب
له الاجر وياكل من ثمار الكرم ونحو ذلك وكذا له ان يبيع ويوصي واذا فعل
ينفذ الا ان للشفيع ان ينقض ذلك بالاخذ بالشفعة لان حقه سابق
علي تصرف المشتري فيمنع اللزوم ولو جعل المشتري الدار مسجدا او
مقبرة فللشفيع ان ياخذها بالشفعة وينقض ما صنع المشتري كذا
ذكر في الاصل وقال الحسن بن زياد بطلت شفعته وجه قوله ان المشتري
تصرف في ملك نفسه فينفذ كما لو باع الا ان البيع ونحوه مما يحتمل النقض
بعد وجوده فنفذ ولم يلزم وهذه التصرفات مما لا يحتمل الانتقاض
كالاعتاق فكان نفاذها لزومها ولنا ان تعلق حق الشفيع بالبيع يمنع من
صيرورته مسجدا لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالي وتعلق حق العبد
يمنع خلوصه لله تعالي فيمنع صيرورته مسجدا وله ان ياخذ الدار المشتراة
بالشفعة لوجود السبب وهو جوار الملك او الشركة في ملك المبيع وعلي
هذا يخرج ما اذا اشتري دارا ولها شفيع فبيعت دار الي جنب هذه الدار
فطالب المشتري بالشفعة وقضي له بها ثم حضر الشفيع يقضي بالدار
التي بجواره ويمضي القضا في الثانية للمشتري اما للشفيع فظاهر
واما للمشتري فلان الجوار كان ثابتا له وقت البيع والقضا بالشفعة
الا انه بطل بعد ذلك باخذ الشفيع للدار بالشفعة وهذا لا يوجب
بطلان القضا بالشفعة الا انه لا يتبين ان حق اثر الملك لم يكن ثابتا
كمن اشتري دارا ولها شفيع فقضي له بالشفعة ثم باع داره التي بها
يشفع انه لا يبطل القضا له بالشفعة لما قلنا كذا هذا ولو كان الشفيع
جار الدارين والمسلة بحالها يقضي له بكل الدار الاولي وبالنصف من
الثانية لانه جار خاص للدار الاولي فيختص بشفعتها وهو مع المشتري
جاران للدار الثانية فيشتركان في شفعتها وشرا المشتري لا يبطل حقه
في الشفعة ولانه لا ينافيه بل يقرره علي ما بينا فيما تقدم وروي عن

اختيار

ابي يوسف

ابي يوسف رحمه الله فيمن اشتري دارا ثم اشتري رجل اخر نصفها
الاخر فخاصمه المشتري الاول فقضي له بالشفعة بالشرك ثم خاصمه الجار
في الشفعتين جميعا الا ان الجار احق بشفعة النصف الاول ولا حق له في النصف
الثاني لانه جار النصف الاول فياخذه بالجوار والمشتري شريك عند بيع
النصف الثاني لثبوت الملك له في النصف الاول بسبب الشرا وثبوت
الحق للشفيع في النصف الاول لا يمنع ثبوت الملك للمشتري فيه فكان
شريكا عند بيع النصف الثاني والشريك مقدم علي الجار وكذا لو اشتري
نصفها الاخر رجل اخر فلم يخاصمه فيه حتي اخذ الجار النصف الاول فالجار
احق بالنصف الثاني لان الملك وان ثبت للمشتري الاول في النصف الاول
لكنه قد بطل باخذ الجار بالشفعة فبطل حقه في الشفعة ولو ورث رجل
دارا فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة ثم بيعت دار الي جنب الثانية
فاخذها بالشفعة ثم استحقت الدار الموروثة وطلب المستحق الشفعة
فان المستحق ياخذ الدار الثانية والوارث احق بالثالثة لان بالاستحقاق
تبين ان الدار التي يشفع بها الوارث كان ملكا للمستحق فتبين ان الوارث
اخذ الثانية بغير حق اذ تبين انه لم يكن جارا فكانت الشفعة في الثانية
للمستحق والوارث يكون احق بالثالثة لان الملك كان ثابتا للوارث عند
بيع الثالثة فكان السبب وهو جوار الملك ثابتا له عنده ثم بطل بالاستحقاق
وبطلان الملك لا يوجب بطلان الشفعة وليس للشفيع ان ينقض قسمة
المشتري حتي لو اشتري نصف دار من رجل مشاعا وقاسم المشتري
البايع ثم حضر الشفيع فالقسمة ليس للشفيع ان ينقضها لياخذ نصفها
مشاعا سوا كانت قسمته بقضا او بغير قضا لان القسمة من تمام
القبض ولهذا لم تصح هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لان القبض شرط
صحة الهبة والقبض علي التمام لا يتحقق مع الشياع واذا كانت القسمة
من تمام القبض فالشفيع لا يملك نقض القبض بان اشتري دارا وقبضها
ثم حضر الشفيع فاراد ان ينقض قبضه لياخذها من البايع لم يملك
ذلك واذا لم يملك نقض القبض لا يملك نقض ما به تمام القبض وهو
القسمة بخلاف ما اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين باع احد هما نصيبه
من رجل فقاسم المشتري الشريك الذي لم يبع ثم حضر الشفيع ان
له ان ينقض القسمة لان القسمة هناك ليست من جملة القبض لانها
حكم البيع الاول لان البيع الاول كما اوجب الملك اوجب القسمة في المشاع
والبيع الاول لم يقع مع هذا المشتري الذي قاسم فلم تكن هذه القسمة
بحكم العقد بل بحكم الملك والتصرف بحكم الملك يملك الشفيع نقضه
كالبيع والهبة وللشفيع ان ياخذ النصف الذي اصاب المشتري بالشفعة
سوا وقع نصيب المشتري من جانب الشفيع او من جانب اخر لان الشفعة
وجبت في النصف المشترا والنصف الذي اصاب المشتري هو المشترى
لان القسمة افراز ولو وقع نصيب البايع من جانب الشفيع فباعه بعد
قبل طلب الشفيع الشفعة الاولي ثم طلب الشفيع فان قضي القاضي

بالشفعة الاخيرة جعل نصف البايع بين الشفيع وبين المشتري وقضي
بالشفعة الاولي وهي نصف المشتري للشفيع لان الشفيع مع المشتري جاران
لنصف البايع والشفيع جار لنصف المشتري ولو بدا فقضي للشفيع بالشفعة
الاولي قضي له بالاخيرة ايضا لانه لما قضي له بالشفعة الاولي بطل جوار المشتري
فلم يبق له حق الاخذ بالشفعة والله اعلم وللشفيع ان يرد المشفوع فيه
بخيار الروية والعيب وللمشتري حق الحبس لاستيفا الثمن لان الملك فيه
لما كان يثبت بالتملك ببدل كان الاخذ بالشفعة شرا فيراعي فيه احكام البيع
والشرا والله اعلم **فصل** واما بيان طريق التملك بالشفعة وبيان كيفيته
فالتملك بالشفعة يكون باحد طريقين اما بتسليم المشتري واما بقضاء
القاضي اما التملك بالتسليم فظاهر لان الاخذ بتسليم المشتري برضاه
ببدل يبذله الشفيع وهو الثمن تفسير الشرا والشرا تملك واما بقضا
القاضي فالكلام فيه في ثلاثة مواضع ٭ في بيان كيفية التملك بالقضا
بالشفعة ٭ وفي بيان شرط جواز القضا بالشفعة ٭ وفي بيان شروط وقت
القضا بالشفعة ٭ اما الاول فالمبيع لا يخلوا اما ان يكون في يد البايع
واما ان يكون في يد المشتري فان كان في يد البايع ذكر الكرخي ان القاضي
اذا قضي بالشفعة ينتقض البيع الذي كان بين البايع وبين المشتري
في المشهور من قولهم وروي عن ابي يوسف انه لا ينتقض واختلف المشايخ
فيه قال بعضهم لا ينتقض بل تتحول الصفقة الي الشفيع وقال بعضهم
ينتقض البيع الذي جري بين البايع وبين المشتري وينعقد للشفيع بيع
اخر كانه من البايع ايجابان احدهما مع المشتري والاخر مع الشفيع فاذا
قضي القاضي بالشفعة فقد قبل الشفيع الايجاب الذي اضيف اليه وانتقض
ما اضيف من المشتري سوا قبل المشتري الايجاب الذي اضيف اليه او
لم يقبل وجه قول من قال بالتحول لا بالانتقاض ان البيع لو انتقض لتعذر
الاخذ بالشفعة لانه من شرايط وجوب الشفعة واذا انتقض لم يجب
فيتعذر الاخذ والله اعلم وجه قول من قال انه ينتقض نص محمد رحمه الله والمعقول
والاحكام اما الاول فقد ذكر محمد رحمه الله وقال انتقض البيع فيما بين البايع
والمشتري وهذا نص في الباب واما المعقول فمن وجهين احدهما ان
القاضي اذا قضي بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشتري عن قبض المبيع
والعجز عن قبض المبيع يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفايدة كما اذا هلك
المبيع قبل القبض والثاني ان الملك قبل الاخذ بالشفعة للمشتري
لوجود اثار الملك في حقه علي ما بينا فيما تقدم ولو تحولت تلك الصفقة
الي الشفيع لم يثبت الملك للمشتري واما الاحكام فان للشفيع ان
يرد الدار علي من اخذها منه بخيار الروية واذا رد عليه لا يعود شرا المشتري
ولو تحولت الصفقة الي الشفيع لعاد شرا المشتري لان التحول كان لضرورة
مراعاة حق الشفيع ولما رد فقد زالت الضرورة فينبغي ان يعود الشرا
ولانها لو تحولت اليه لصار المشتري وكيلا للشفيع لان عنده يقع له
ولو كان كذلك لما ثبت للشفيع خيار الروية اذا كان المشتري راها قبل

ذلك ورضي بها لان خيار الروية يبطل بروية الوكيل ورضاه وكذا لو كان الشرا
بثمن موجل فاراد الشفيع ان ياخذها للحال ياخذ بثمن حال ولو تحولت الصفقة
اليه لاخذها بثمن موجل وكذا لو اشتراها علي ان البايع بري من كل عيب بها عند
البيع ثم اخذها الشفيع فوجد بها عيبا فله ان يردها علي من اخذها منه ولو
تحولت تلك الصفقة الي الشفيع لما ثبت له حق الرد كما لم يثبت للمشتري
فدلت هذه المسايل علي ان شرا المشتري ينتقض وياخذها الشفيع بشرا
مبتدا بعد ايجاب مبتدا يضاف اليه والله اعلم وقد خرج الجواب
عن قولهم ان البيع لو انتقض لتعذر الاخذ بالشفعة لانه لا ياخذ بتلك الصفقة
لا تتقاضيه بل يعقد مبتدا ينعقد بين البايع وبين الشفيع علي ما بينا
وسبق تقريره والله الموفق وان كان المبيع في يد المشتري اخذ منه
ودفع الثمن اليه والبيع الاول صحيح لان التملك وقع للمشتري فيجعل كانه
اشتراه منه ثم اذا اخذ الدار من يد البايع يدفع الثمن الي البايع وكانت
العهدة عليه ويسترد المشتري الثمن من البايع ان كان قد نقد وان
اخذها من يد المشتري دفع الثمن الي المشتري وكانت العهدة عليه لان
العهدة هي حق الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون علي من قبض الثمن
وروي عن ابي يوسف ان المشتري اذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار
حتي قبض الشفيع بحضرتهما ان الشفيع ياخذ الدار من البايع وينقد
الثمن للمشتري والعهدة علي المشتري وان لم ينقد دفع الشفيع الثمن
الي البايع والعهدة علي البايع لانه اذا كان نقد الثمن للبايع فالتملك لا يقع
علي البايع اصلا لانه لا ملك له ولا يد ايضا لبطلان حق الحبس فلا يتمكن
الشفيع من قبض الدار الا بدفع الثمن الي البايع فكانت العهدة علي البايع
والله اعلم ٭ واما شرط جواز القضا بالشفعة فحضرة المقضي عليه
لان القضا علي الغايب لا يجوز وجملة الكلام فيه ان المبيع اما ان يكون
في يد البايع واما ان يكون في يد المشتري فان كان في يد البايع فلا بد
من حضرة البايع والمشتري جميعا لان كل واحد منهما خصم اما البايع
فباليد واما المشتري فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط
حضرتهما ليلا يكون قضا علي الغايب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وان
كان في يد المشتري فحضرة البايع ليست بشرط ويكتفي بحضرة المشتري
لان البايع خرج من ان يكون خصما لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار
كالاجنبي وكذا حضرة الشفيع او وكيله شرط جواز القضا له بالشفعة
لان القضا علي الغايب لا يجوز فالقضا للغايب لا يجوز ايضا ثم القاضي
اذا قضي بالشفعة يثبت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له علي
التسليم لان الملك للشفيع يثبت بالتملك بمنزلة البيع والشرا
الصحيح يوجب الملك بنفسه واما وقت القضا بالشفعة فوقته
وقت المنازعة في الشفعة والمطالبة بها واذا طالب بها الشفيع
يقضي القاضي له بالشفعة سوا احضر الثمن او لا في ظاهر الرواية
وللمشتري ان يحبس الدار ليستوفي الثمن من الشفيع وكذا لوارثه

لان التملك بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري وللبايع حق حبس المبيع لاستيفا الثمن فان ابى ان ينقد حبسه القاضي لانه ظهر ظلمه بالامتناع من ايفا حق واجب عليه بحبسه ولا ينقض الشفعة كالمشتري اذا امتنع من ادا الثمن انه يحبس ولا ينقض البيع وان طلب اجلا لنقد الثمن اجله يوما او يومين او ثلاثة ايام لانه قد لا يمكنه النقد للحال فيحتاج الي مدة يتمكن فيها من النقد فيمهله ولا يحبسه لان الحبس جزا الظلم بالمطل ولم يظهر مطله فان مضي الاجل ولم ينقد حبسه وقال محمد رحمه الله ليس للقاضي ان يقضي بالشفعة حتي يحضر الشفيع المال فان طلب اجلا اجله يومين او ثلاثة ايام ولم يقض له بالشفعة ثم ابى الشفيع ان ينقد حبسه وهذا عندي ليس باختلاف علي الحقيقة وللقاضي ان يقضي بالشفعة قبل احضار الثمن بلا خلاف لان لفظ محمد رحمه الله وليس ينبغي للقاضي ان يقضي بالشفعة حتي يحضر الشفيع لا يدل علي انه ليس له ان يقضي بل هو اشارة الي نوع احتياط واختيار الاولى لا يستعمل لفظ لا ينبغي لامثاله ولهذا لو قضي جاز ونفذ قضاوه نص عليه محمد رحمه الله وليس ذلك لكونه محل الاجتهاد لان قضا القاضي بمذهب المخالف في المجتهدات انما ينفذ بشرط اعتقاد اصابته فيه وافضا اجتهاده اليه وقد اطلق المقضيه في النفاذ من غير هذا الشرط فدل انه لا خلاف في المسئلة علي التحقيق ثم ان ثبت الخلاف فوجه قول محمد ان حق الشفعة انما ثبت لدفع ضرر الدخيل عن الشفيع والقضا قبل احضار الثمن يتضمن الضرر بالمشتري لاحتمال افلاس الشفيع ودفع الضرر عن الانسان باضرار غيره متناقض فلا يقضي قبل الاحضار ولكنه يوجل يومين او ثلاثة ان طلب التاجيل تمكينا له من نقد الثمن وجه ظاهر الرواية ان الشفيع يصير متملكا المشفوع فيه مقتضي القضا بالشفعة مقتضي القضا كانه اشتراه منه والتملك بالشرا لا يقف علي احضار الثمن كما في الشرا المبتدا وقال محمد رحمه الله لو ضرب القاضي اجلا فقال له ان لم تات بالثمن الي وقت كذا فلا شفعة لك فلم يات به بطلت شفعته وكذا اذا قال الشفيع ان لم اعطك الثمن الي وقت فانا بري من الشفعة لانه تعليق اسقاط حق الشفعة بالشرط والاسقاطات مما يحتمل التعليق بالشرط كالطلاق والعتاق ونحو ذلك والله اعلم

فصل

واما بيان شرط التملك فالتملك بالشفعة له شرطان احدهما رضي المشتري او قضا القاضي لان تملك مال الغير لا سبيل اليه في الشرع الا بالتراضي او بقضا القاضي فلا يثبت التملك بدونهما والثاني ان لا يتضمن التملك تفريق الصفقة علي المشتري فان تضمن له ان يملك لان في التفريق ضررا بالمشتري وهو ضرر الشركة ودفع الضرر بالضرر متناقض وعلي هذا يخرج ما اذا اراد الشفيع ان ياخذ بعض المشترا بالشفعة دون البعض انه هل يملك ذلك فجملة الكلام فيه ان المشترا لا يخلوا اما ان يكون ممتازا بعضه عن البعض واما ان لا يكون فان لم يكن بان اشتري دارا واحدة فاراد الشفيع ان ياخذ بعضها دون البعض او ياخذ الجانب الذي يلي الداره دون الباقي ليس ذلك بلا خلاف بين اصحابنا رحمهم الله ولكنه ياخذ الكل او يدع لانه لو اخذ البعض دون البعض لتفرق

الصفقة

الصفقة علي المشتري لان الملك له في كل الدار ثبت بقول واحد فكان اخذ البعض تفريقا فلا يملكه الشفيع وسوا اشتري واحد من واحد او واحد من اثنين او اكثر حتي لو اراد الشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين ليس له ذلك لما قلنا سوا كان المشتري قبض او لم يقبض في ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عنه ان للشفيع ان ياخذ نصيب احد البايعين قبل القبض وليس له ان ياخذ من المشتري نصيب احدهما بعد القبض وجه هذه الرواية ان التملك قبل القبض لا يتضمن معني التفريق لان التملك يقع علي البايع وقد خرج نصيبه عن ملكه فلا يلزمه ضرر التفريق وهو ضرر الشركة بخلاف ما بعد القبض لان التملك بعد القبض يقع علي المشتري الا تري ان العهدة عليه وفيه والصحيح جواب ظاهر الرواية ان الملك قبل القبض للمشتري بصفقة واحدة فيملك نصيب احد البايعين تفريق ملكه فيلزم ضرر الشركة ولو اشتري رجلان من رجل دارا فللشفيع ان ياخذ نصيب احد المشتريين في قولهم جميعا لان الاخذ ها هنا لا يتضمن التفريق لان الصفقة حصلت متفرقة وقت وجودها اذ الملك في نصيب كل واحد منهما يثبت بقبوله فلم تتحد الصفقة فلا يقع الاخذ تفريقا لحصول التفرق قبله وسوا كان قبل القبض او بعده في ظاهر الرواية وروي انه ليس للشفيع ان ياخذ قبل القبض الا الكل وبعد القبض له ان ياخذ نصيب احد المشتريين وجه هذه الرواية ان اخذ البعض قبل القبض يتضمن تفريق اليد علي البايع والتملك قبل القبض لا يتضمن التفريق لان التملك يقع علي البايع وانه لا يجوز الا تري ان احد المشتريين لو اراد ان يقبض حصته دون صاحبه ليس له ذلك وجه ظاهر الرواية ما ذكرنا ان الصفقة حصلت متفرقة من الابتدا فلا يكون اخذ البعض تفريقا لحصول التفريق قبل الاخذ وقوله فيه تفريق اليد وهو القبض ممنوع فالشفيع يتملك نصيب احد المشتريين بالشفعة ولكنه لا يفرق اليد حتي انه لو نقد الثمن ليس له ان يقبض احد النصفين ما لم ينقد الاخر كيلا يتفرق القبض وسوا سمي لكل نصف ثمنا علي حدة او سمي لكل ثمنا واحدا فالعبرة لاتحاد الصفقة وتعددها لا لاتحاد الثمن وتعدده لان المانع من التفرق هو الضرر والضرر ينشا عن اتحاد الصفقة لا عن اتحاد الثمن وسوا كان المشتري عاقدا لنفسه او لغيره في الفصلين جميعا حتي لو وكل رجلان رجلا واحدا بالشرا فاشتري الوكيل من رجلين فجا الشفيع ليس له ان ياخذ نصيب احد البايعين بالشفعة ولو وكل رجل واحد رجلين فاشتريا من واحد فللشفيع ان ياخذ ما اشتراه احد الوكيلين وكذا لو كان الوكلا عشرة فاشتروا الرجل واحد فللشفيع ان ياخذ من واحد او اثنين او ثلاثة قال محمد رحمه الله وانما انظر في هذا الي المشتري ولا انظر الي المشترا له وهو نظر صحيح لان الاخذ بالشفعة من حقوق البيع وانها الي الوكيل فكانت العبرة لاتحاد الوكيل وتعدده دون الموكل والله اعلم وان كان المشترا ممتازا بعضه عن البعض بان اشتري دارين صفقة واحدة فاراد الشفيع ان ياخذ احداهما دون الاخر فان كان شفيعا لهما جميعا فليس له ذلك ولكنه ياخذهما جميعا

او بدعهما وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر له ان ياخذ احداهما بحصتها من
الثمن وجه قوله ان المانع من اخذ البعض دون البعض هو لزوم ضرر الشركة ولم
يوجد هاهنا لانفصال كل واحدة من الدارين عن الاخري ولنا ان الصفقة وقعت
مجتمعة لان المشتري ملك الدارين بقبول واحد فلا يملك الشفيع تفريقها كما في
الدار الواحدة وقوله ليس فيه ضرر الشركة نعم لكن ضررا اخر وهو ان الجمع بين
الجيد والردي في الصفقة معتاد فيما بين الناس فيما ثبت له حق اخذ احدهما
لاختار اخذ الجيد فيتضرر المشتري لان الردي لا يشتري له بمثل ما يشتري
مع الجيد فيتضرر به وسوا كانت الدارين متلاصقتين او متفرقتين في مصر
واحد او في مصرين فهو على الاختلاف لما ذكرنا من المعني من الجانبين وان كان الشفيع
شفيعا لاحديهما دون الاخري ووقع صفقة واحدة فهل له ان ياخذ الكل بالشفعة
وروي عن ابي حنيفة انه ليس له ان ياخذ الا التي يجاوره بالحصة وكذا روي
عن محمد في الدارين المتلاصقتين اذا كان الشفيع جارا لاحداهما انه ليس له الشفعة
الا فيما يليه وكذا قال محمد رحمه الله في الاقرحة المتلاصقة وواحد منها الي ارض
انسان وليس بين الاقرحة طريق ولا نهر انما هي مسناة انه لا شفعة له الا في القراح
الذي يليه خاصة وكذا قال في القرية اذا بيعت بدورها واراضيها ان لكل شفيع
ان لكل شفيع ان ياخذ القراح الذي يليه وروي الحسن عن ابي حنيفة ان للشفيع
ان ياخذ الكل في ذلك كله بالشفعة قال الكرخي رواية الحسن تدل علي ان قول ابي
حنيفة كان مثل قول محمد ثم رجع عن ذلك فجعله كالدار الواحدة وجه الرواية
الاولي ان سبب ثبوت الحق وهو الجوار وجد في احدهما وهو ما يليه فلا يملك الا اخذ
احدهما والصفقة وان وقعت مجتمعة ولكن اضيفت الي شيين احدهما ثبت فيه حق
الشفعة والاخر لم يثبت فيه فله ان ياخذ ما ثبت فيه الحق كما لو اشتري عقارا ومنقولا
صفقة واحدة انه ياخذ العقار خاصة كذا هنا وجه الرواية الاخري ان سبب الوجوب
وان وجد فيما يليه دون الباقي لكن لا سبيل الي اخذ واحدة خاصة بدون الباقي لما فيه
من تفريق الصفقة فياخذ ما يليه قضية للسبب وياخذ الباقي ضرورة التحرز
عن تفريق الصفقة والله اعلم

فصل

واما بيان ما يتملك به فنقول وبالله التوفيق
ثمن المشتري لا يخلوا اما ان يكون مما له مثل كالمكيلات والموزونات والعدديات
المتقاربة واما ان يكون مما لا مثل له كالمذروعات والمعدودات المتفاوتة كالثوب
والعبد ونحو ذلك فان كان مما له مثل فالشفيع ياخذ بمثله لان فيه تحقيق معني الاخذ
بالشفعة اذ هو تملك بمثل ما تملك به المشتري وان كان مما لا مثل له ياخذ بقيمته
عند عامة العلما وقال اهل المدينة ياخذ بقيمة المشترا وجه قولهم ان المصير الي
الي قيمة المبيع عند تعذر ايجاب المسمي هو الاصل في الشريعة كما في البيع الفاسد
وهاهنا تعذر الاخذ بالمسمي فصار الي قيمة الدار والعقار ولنا ان الاخذ بالشفعة
تملك بمثل ما تملك به فان كان الثمن الذي يملك به المشتري من ذوات الامثال
كان الاخذ بما يقيمته تمليكا بالمثل صورة ومعني وان لم يكن من ذوات الامثال
كان الاخذ بقيمته تملكا بالمثل معني لان قيمته مقدار ماليته بتقويم المقومين
لهذا سميت قيمته لقيامها مقامه فكان مثله معني واما قيمة الدار فلا يكون مثل
العبد والثوب لا صورة ولا معني فالتملك بها لا يكون تمليكا بالمثل فلا يتحقق معني

الاخذ

الاخذ بالشفعة والله اعلم ولو تبايعا دارا بدار فللشفيع كل واحدة من الدارين ان ياخذ
لان الدار ليست من ذوات الامثال فلا يمكن الاخذ بمثلها فياخذ بقيمتها كالعبد والثوب
وعلي هذا يخرج ما اذا اشتري دارا بعرض ولم يتقابضا حتي هلك العرض بطل البيع فيما
بين البايع والمشتري وللشفيع الشفعة وكذلك لو كان المشتري قبض الدار ولم يسلم
العرض حتي هلك اما بطلان البيع فيما بين البايع والمشتري فلان العرض مبيع اذ المبيع
في الاصل ما يتعين بالتعيين في البيع والعرض يتعين بالتعيين في البيع فكان مبيعا
وهلاك المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع لتعذر التسليم بعد الهلاك فلم يكن
في ابقا العقد فايدة فيبطل واما بقا الشفعة للشفيع فلان الواجب عليه قيمة
العرض لا عينه والقيمة مقدور التسليم في حقه فكان بقا العرض في حق الشفيع وهلاكه
بمنزلة واحدة ثم الشفيع انما ياخذ بما وجب بالعقد لا بما اعطي بدلا عن الواجب لما ذكرنا
ان الاخذ بالشفعة تملك بمثل ما تملك به المشتري والمشتري تملك المبيع بالمسمي وهو
الواجب بالعقد فياخذ الشفيع به حتي لو اشتري الدار بالدراهم او الدنانير ثم دفع مكانها
عرضا فالشفيع ياخذ بالدراهم والدنانير لا بالعرض لان الدراهم او الدنانير هي
الواجب بالعقد واما العرض فانما اخذه البايع بعقد اخر وهو الاستقبال فلم يكن
واجبا بالعقد فصار كان البايع اشتري بالثمن عرضا ابتدا ثم حضر الشفيع ولو
كان كذلك لكل ياخذ بالثمن لا بالعرض كذا هذا والله اعلم ولو زاد المشتري البايع
في الثمن فالزيادة لا تلزم الشفيع لان الشفيع انما ياخذ بما وجب بالعقد في حق الشفيع
لانعدامها وقت العقد حقيقة الا انها جعلت موجودة وقت العقد في حق المتعاقدين
تصحيحا لتصرفهما فلا يظهر الوجود في حق الشفيع فلم تكن الزيادة ثمنا في حقه بل كانت هبة
مبتداة فلا يتعلق بها الشفيع كالهبة المبتداة ولو حط البايع عن المشتري بعض
الثمن او ابراه عن البعض فالشفيع ياخذ بما بقي لان حط بعض الثمن يلتحق باصل العقد
ويظهر في حق الشفيع كان العقد ما ورد الا علي هذا القدر بخلاف الزيادة فان التحاقها
لا يظهر في حق الشفيع لما بينا ولان في تصحيح الزيادة ثمنا في حق الشفيع ضررا به ولا ضرر عليه
في الحط ولو حط جميع الثمن ياخذ الشفيع بجميع ولا يسقط عنه شي لان حط كل الثمن لا يلتحق
باصل العقد لانه لو التحق لبطل البيع لانه يكون بيعا بلا ثمن فلم يصح الحط في حق الشفيع
والتحق في حقه بالعدم فياخذ بجميع الثمن وصح في حق المشتري وان كان ابراه عن الثمن
ولو اشتري دارا بثمن موجل فالشفيع بالخيار ان شا اخذها بثمن حال وان شا انتظر
مضي الاجل فاخذها عند ذلك وليس ان ياخذها للحال بثمن موجل لان الشفيع انما ياخذ
بما وجب بالبيع والاجل لم يجب بالبيع وانما وجب بالشرط والشرط لم يوجد في حق
الشفيع ولهذا لم يثبت خيار المشتري للشفيع بان اشتري علي انه بالخيار لان ثبوته
بالشرط ولم يوجد من الشفيع وكذا البراة عن العيب لا تثبت في حق الشفيع لان ثبوتها
بالشرط ولم يوجد مع الشفيع كذا هذا وله ان يمتنع من الاخذ للحال لان الشفيع غير
مجبور علي الاخذ بالشفعة ولو اختار الشفيع اخذ الدار بثمن حال كان الثمن للبايع
علي المشتري الي اجله لان الاخذ من المشتري تملك منه بمنزلة التملك المبتدا
كانه اشتراه منه فلا يوجب بطلان البيع الاول فبقي العقد الاول علي حاله فكان
الثمن علي حاله الي اجله وروي عن ابي يوسف في شرا الدار بثمن موجل انه يجب علي
الشفيع ان يطلب عند علمه بالبيع فان سكت الي حين محل الاجل فذلك تسليم منه

ثم رجع وقال اذا طلب عند حل الاجل فله الشفعة وان لم يطلب عند علمه بالبيع
وجه قوله الاول ان وقت الطلب هو وقت العلم بالبيع وقت بل ذاك وقت
الاخذ بالشفعة وانه يكون بعد الطلب فاذا لم يطلب عند العلم بالبيع واخره
الي حل الاجل فقد اخره عن وقته من غير عذر فيبطل الحق وجه قوله الاخر ان الطلب
لايراد لعينه بل لاخذ الحق واستقراره والتاكد لايراد لنفسه بل لامكان الاخذ
وله ان لاياخذ فله ان لا يطلب قبل حله ايضا والله الموفق للصواب

فصل واما بيان ما يتملك بالشفعة فالذي يتملكه الشفيع بالشفعة هو
الذي ملكه المشتري بالشرا سوا ملكه اصلا او تبعا بعد ان يكون متصلا وقت
التملك بالشفعة وذلك نحو البنا والشجر والزرع والثمر وهذا استحسان والقياس
ان لاياخذ البنا والشجر والزرع والثمر بالشفعة ووجه القياس ان الشفيع
انما يملك ما ثبت فيه حق الشفعة وانه ثبت في العقار لا في المنقول وهذه الاشيا
منقولة فلم يثبت فيها الحق فلا يتملك وخاصة الزرع والثمر لانهما مبيعان مقصودان
لايدخلان في العقد من غير تسمية فلم يثبت الحق فيها لا اصلا ولا تبعا ولنا ان الحق
اذا ثبت في العقار ثبت فيما هو تبع له لان حكم التبع حكم الاصل وهذه الاشيا
تابعة للعقار حالة الاتصال اما البنا والشجر فظاهر لان قيامهما بالارض
فكان تبعا للارض بواسطة الشجر فيثبت الحق فيهما تبعا فيتملكهما بالشفعة بطريق
التبعية الا انهما لا يدخلان في العقد الا في التسمية مع وجود التبعية حقيقة
بالنص وهو ما روينا في كتاب البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
قال من باع نخلا قد اثمرت فثمرتها للبايع الا ان يشترطها المبتاع فما دام البنا
والشجر متصلا بالارض فللشفيع ان ياخذ الارض معه بالثمن الاول بقلا كان
الزرع او مستحصدا اذا كان الزرع متصلا فاما اذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع
فلا سبيل للشفيع عليه وان كانت عينه قايمة سوا كان الزوال بافة سماوية
او بصنع المشتري او بصنع الاجنبي لان حق الشفعة في هذه الاشيا انما ثبت
معدولا به عن القياس معلولا بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال
فيرد الحكم فيه الي اصل القياس وهل يسقط عن الشفيع حصته من الثمن هذا
لا يخلو اما ان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية واما ان كان مما لا يدخل فيه
الا بالتسمية فان كان مما يدخل في العقد من غير تسمية كالبنا والشجر ينظر
ان كان زوال الاتصال بافة سماوية بان احترق البنا او غرق او جف شجر
البستان لا يسقط شي من الثمن وللشفيع ان ياخذ الارض بجميع الثمن ان شا
وان شا ترك وكذلك لو انهدمت الدار سوا بقي عين النقض او هلك كذا ذكر
القدوري في مختصره وسوي بينه وبين الغرق والحرق وفرق الكرخي
وقال اذا احترق او غرق ولم يبق منه شي لا يسقط شي من الثمن وان انهدم
يسقط عن الشفيع حصته من الثمن وسوي بينه وبين ما اذا انهدم
بفعل المشتري او الاجنبي لكنه فرق بينهما من وجه اخر وهو ان هناك تعتبر
قيمته متصلا فيقسم الثمن علي قيمة البنا مبنيا وعلي قيمة الارض فياخذ الارض
بحصتها من الثمن وههنا يعتبر منفصلا ساقطا ويسقط ذلك القدر من الثمن
والصحيح ما ذكره القدوري لان البنا تبع والاتباع لا حصة لها من الثمن الا ان

تصير مقصودة بالفعل وهو الاتلاف او القبض ولم يوجد ولهذا لو احترق او غرق
لا يسقط شي من الثمن كذا هذا وان كان زوال الاتصال بفعل المشتري او الاجنبي
بان انهدم البنا او قطع الشجر يسقط حصته من الثمن لانه مقصود بالاتلاف
فصار له حصة من الثمن كاطراف العبد ويقسم الثمن علي قيمة البنا مبنيا
وعلي قيمة الارض لانه انما يسقط حصة البنا وصار مضمونا عليه بفعله وهو الهدم
والهدم صادفه وهو مبني فتعتبر قيمته مبنيا بخلاف ما اذا انهدم بنفسه
علي رواية الكرخي لانه انهدم لا بصنع احد فيعتبر حاله يوم الانهدام ولو لم
يهدم المشتري البنا لكنه باعه بغير ارض ثم حضر الشفيع كان احق بالبنا
والارض فياخذ وينتقض البيع في البنا لانه باع البنا وحق الشفيع يتعلق به
تبعا للارض لوجود الاتصال فكان بسبيل من ابطال البيع كما لو باع الاصل وهو
الارض ثم حضر الشفيع ان له ان ياخذ وينتقض البيع لما قلنا كذا هذا وان كان
مما لا يدخل في العقد الا بالتسمية كالثمر والزرع يسقط عن الشفيع حصته من
الثمن سوا كان الانفصال بصنع العبد او بافة سماوية بخلاف الفصل الاول
اذا احترق البنا او غرق او انهدم علي رواية القدوري انه لا يسقط شي من
الثمن لان البنا مبيع تبعا لا مقصودا لثبوت حكم المبيع فيها تبعا لا مقصودا
بالتسمية والاتباع ما لها حصة من الثمن الا اذا صارت مقصودة بالفعل ولم
يوجد فاما الثمر والزرع فكل واحد منهما مبيع مقصودا الا ترى انه لا يدخل في
العقد من غير تسمية فلا بد وان يخصه شي من الثمن فاذا هلك يهلك بحصته من
الثمن سوا هلك بنفسه او بالاستهلاك لما قلنا وتعتبر قيمته يوم العقد فيقسم
الثمن علي قيمة الارض وعلي قيمة الزرع وقت العقد مقصولا او مجذوذا وفيما
روي عن ابي يوسف انه يعتبر قيمة الزرع وهو بقل مقصول ومجذوذ فيسقط
عنه ذلك القدر وروي عن محمد انه تعتبر قيمته قايما فتقوم الارض وفيها
الزرع والثمر فتقوم وليس فيها الزرع والثمر فيسقط عن الشفيع ما بين ذلك
وجه قول محمد ان الزرع دخل في العقد وهو متصل وثبت الحق فيه وهو منفصل
وكذا الثمر فيعتبر قيمتهما علي صفة الاتصال علي ان في اعتبار الانفصال
اضرارا بالشفيع اذ ليس للقصيل والثمر المجذوذ كثير قيمة فيتضرر به
الشفيع وجه قول ابي يوسف ان حق الشفيع انما ثبت بعد زوال الاتصال
فتعتبر قيمتهما منفصلا لا متصلا وكذا لو كانت الارض مبذورة ولم يطلع
الزرع بعد ثم طلع فقصله المشتري عند ابي يوسف يقسم الثمن علي قيمة
البذر وعلي قيمة الارض فيسقط قدر قيمة البذر عن الثمن وعند محمد تقوم
الارض مبذورة وغير مبذورة فيسقط عنه ما بين ذلك والله اعلم ثم اذا
اخذ الشفيع الارض مع الشجر بحصتها من الثمن وبقيت الثمرة في يد البايع
هل يثبت الخيار للمشتري ذكر محمد رحمه الله ان الثمرة لازمة للمشتري ولا خيار
له ولو كان البايع اتلف الثمرة قبل ان ياخذ الشفيع الارض بالشفعة فالمشتري
بالخيار ان شا اخذ الارض بحصتها من الثمن وان شا ترك لانه لما اتلف الثمرة
فقد فرق الصفقة علي المشتري قبل التمام من غير رضاه وانه يوجب الخيار بخلاف
ما اذا كان الشفيع اخذ الارض بالشفعة لان التفريق هناك حصل برضى المشتري

لان حق الشفيع كان ثابتا في الماخوذ وانه حق لازم فكان التفريق مناك لضرورة حق ثابت لازما شرعا فكان المشتري راضيا به والتفريق المرضي به لا يوجب الخيار والله اعلم هذا اذا كانت الاشيا موجودة عند العقد متصلة بالعقار ودام الانصال الي وقت التملك بالشفعة او زال ثم حضر الشفيع فاما اذا لم تكن موجودة عند العقد ووجدت بعده ثم حضر الشفيع فان كانت الحادث مما يثبت حكم البيع فيه تبعا وهو الثمن باق وقع البيع ولا ثمر في الشجر ثم اثمر بعده ثم حضر الشفيع فما دام متصلا ياخذه الشفيع مع الارض بالثمن الاول استحسانا لانه يثبت تبعا لثبوته في الارض بواسطة الشجر فكان مبيعا تبعا فيثبت حق الشفعة تبعا سوا حدث في يد المشتري او في يد البايع لان التبعية موجودة في الحالين فان زال الانصال ثم حضر الشفيع فان كان حدث في يد المشتري فالشفيع ياخذ الارض والشجر بالثمن الاول ان شا وان شا ترك ولا يسقط شي من الثمن سوا كان زواله بافة سماوية وهو قايم او هلك فظاهر لانه كان تبعا حالة الاتصال ولم يرد عليه فعل يصير به مقصودا والتبع لا يصير له حصة من الثمن بدونه واما اذا كان الزوال بصنع العبد بان جذه المشتري وهو قايم او مستهلك فلانه لم يرد عليه العقد ولا القبض فان كان حدث في يد البايع فان كان الزوال بافة سماوية وهو قايم او هالك فكذلك اخذ الشفيع الارض والشجر بجميع الثمن ان شا لانه لم يوجد فعل مقصودا فيقابله الثمن وان كان بفعل البايع بان استهلكه يسقط عن الشفيع حصته من الثمن لصيرورته مقصودا بالاتلاف وان كان الحادث لا يثبت فيه حكم التبع راسا ولا اصلا ولا تبعا بان بني المشتري بنا او غرس او زرع ثم حضر الشفيع يقضي له بشفعة الارض ويجبر المشتري علي قلع البنا والغرس وتسليم الساحة الي الشفيع الا اذا كان في القلع نقصان بالارض فللشفيع الخيار ان شا اخذ الارض بالثمن والبنا والغرس بقيمته مقلوعا وان اجبر المشتري علي القلع وهو جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا يجبر المشتري علي قلع البنا والغرس ولكنه ياخذ الارض بثمنها والارض والغرس بقيمته قايما غير مقلوع وان شا ترك وبه اخذ الشافعي واجمعوا علي ان المشتري لو زرع في الارض ثم حضر الشفيع انه لا يجبر المشتري علي قلعه ولكنه ينتظر ادراك الزرع ثم يقضي له بالشفعة فياخذ الارض بجميع وجه رواية ابي يوسف رحمه الله ان في الجبر علي النقض ضررا بالمشتري وهو ابطال تصرفه في ملكه لما قلنا مراعاة الجانبين اما جانب المشتري فظاهر لان فيه صيانة حقه عن الابطال واما جانب الشفيع فلانه ياخذ البنا بقيمته واخذ الشي بقيمته لا ضرر فيه علي احد وجه ظاهر الرواية ان حق الشفيع كان متعلقا قبل البنا ولم يبطل ذلك بالبنا بل بقي فاذا قضي له بالشفعة فقد قضي له بالشفعة فقد صار ذلك الحق ملكا فهو مر بتسليم ملكه اليه ولا يمكنه التسليم الا بالنقض فهو مر بالنقض ولهذا امر الغاصب والمشتري عند الاستحقاق كذا هذا قوله في النقض ضرر بالمشتري قلنا ان كان فيه ضرر فهو الذي اضر بنفسه حيث بني علي محل غيره ولو اخذ

الشفيع

الشفيع الارض بالشفعة وبني عليها ثم استحقت وامر الشفيع بنقض البنا فان الشفيع يرجع علي المشتري بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة البنا ان كان اخذ منه ولا علي البايع ان كان اخذ منه في ظاهر الروايات وروي عن ابي يوسف انه يرجع اليه وجه هذه الرواية ان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشرا من المشتري ولو كان اشتراه لرجع عليه كذا اذا اخذه بالشفعة له الرجوع بقيمة البنا في الشرا لوجود الغرور من البايع وضمان السلامة للمشتري لان كل بايع يجيز للمشتري انه يبيع ملك نفسه وشارط سلامة ما بني فيه دلالة فاذا لم يسلم يرجع بحكم الضمان المشروط دلالة وضمان الغرور ضمان الكفالة في الحقيقة ولا غرور من المشتري في حق الشفيع لانه مجبور علي التملك منه وحق الرجوع بضمان الغرور علي المختار لا علي المجبور كالجاهل علي كالجارية الماسورة اذا اشتراها رجل فاخذها المالك القديم بالثمن ثم استحقت من يده وقضي بالعقر وقيمة الولد فانه يرجع بالثمن الذي دفعه اليه ولا يرجع عليه بقيمة الولد وبمثله اذا استولد جارية بالشرا ثم استحقت فان المشتري يرجع علي بايعه بالثمن وبقيمة الولد لصيرورته مغرورا من جهته ولا غرور من المشتري من الحربي لكونه مجبورا في التملك عليه بما اخذ من الحربي كذا هذا والله اعلم

فصل

واما بيان ما يتملك منه الشقص المشفوع فيه فالشفيع يتملك من الذي في يده ان كان في يد البايع اخذ منه ونقد الثمن والعهدة عليه وان كان في يد المشتري اخذ منه ودفع الثمن اليه والعهدة عليه سوا كان المشتري عاقدا لنفسه او لغيره بان كان وكيلا بالشرا وقبض الولد ثم حضر الشفيع وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا ياخذها من يد الوكيل وجه هذه الرواية ان الوكيل لم يشتر لنفسه وانما اشتري لموكله فلم يكن هو خصما بل الخصم هو الوكيل فلا ياخذ منه ولكن يقال له سلم الدار الي الموكل فاذا سلم ياخذها الشفيع منه وجه ظاهر الرواية ان الشفعة من حقوق العقد وانها راجعة الي الوكيل والوكيل في الحقوق اصل بمنزلة المشتري لنفسه فكان خصم الشفيع فياخذ الدار بالثمن وكانت العهدة عليه وان كان الوكيل سلم الدار الموكل ثم حضر الشفيع فانه ياخذ الدار من الموكل ويدفع الثمن اليه فكانت العهدة عليه ولا خصومة للشفيع مع الوكيل لانه بالتسليم الي الموكل زالت يده عن الدار فخرج من ان يكون خصما بمنزلة البايع اذا سلم الدار الي المشتري انه لا خصومة للشفيع مع البايع لما قلنا كذا هذا غير ان الدار ان كانت في يد البايع لم يكن خصما ما لم يحضر المشتري واذا كانت في يد الوكيل يكون خصما وان لم يحضر الموكل لان الوكيل بالتوكيل قام مقام الموكل والبايع ليس بقايم مقام المشتري لانعدام ما يوجب ذلك ولو قال المشتري قبل ان يخاصمه الشفيع في الشفعة انما اشتريت لفلان وسلم اليه ثم حضر الشفيع فلا خصومة بينه وبين المشتري لانه اقر قبل ان يصير خصما للشفيع فيصح اقراره لانعدام التهمة فصار كما لو كانت الوكالة معلومة ولو اقر بذلك بعد ما خاصمه الشفيع لم تسقط الخصومة عنه لانه متهم في ذلك هذا الاقرار لصيرورته خصما للشفيع فلا يقبل في ابطال حقه ولو اقام بينة انه قال قبل الشرا انا اشتري لفلان لا تقبل بينته لان هذه البينة لو صدقت لم تندفع الخصومة عنه لانه لا يثبت بها الا الشرا لفلان

وبهذا لا يندفع عنه الخصومة وروي عن محمد رحمه الله انها لا تقبل لاثبات الملك
للغايب وتقبل لدفع الخصومة بينه وبين الشفيع حتى يحضر المقر له والله اعلم
فصل واما بيان حكم اختلاف الشفيع والمشتري فاختلافهما لا يخلوا اما ان يرجع
الى الثمن واما ان يرجع الى المبيع واما ان يرجع الى صفة البيع اما الذي يرجع الى
الثمن فلا يخلوا اما ان يقع الاختلاف في جنس الثمن واما ان يقع في قدره واما ان
يقع في صفته فان كان وقع في الجنس بان قال المشتري اشتريت بماية دينار وقال
الشفيع لا بل بالف درهم فالقول قول المشتري لان الشفيع يدعي عليه التملك
بهذا الجنس وهو ينكر فكان القول قول المنكر مع يمينه ولان المشتري اعرف
بجنس الثمن من الشفيع لان الشرا وجد منه لا من الشفيع فكان اعرف به من
الشفيع فيرجع في معرفة الجنس اليه وان وقع الاختلاف في قدر الثمن بان قال
المشتري اشتريت بالفين وقال الشفيع اشتريت بالف فالقول قول المشتري
مع يمينه وعلى المشتري الشفيع البينة انه اشتراه بالف لان الشفيع يدعي
التملك على المشتري بهذا الثمن من الثمن والمشتري ينكر فكان القول قول
المنكر ولو صدق البايع الشفيع بان قال بعت بالف ينظر في ذلك ان كان
البايع قبض الثمن فالقول قول البايع والشفيع ياخذ بالالف سوا كان المبيع
في يد البايع او في يد المشتري اذا لم يكن نقد الثمن لان البايع اذا لم يكن قبض
الثمن فالتملك يقع عليه بتمليكه فيرجع في مقدار ما تملك به الى قوله ولان الشرا
لو وقع بالف كما قاله البايع اخذ الشفيع به وان وقع بالفين كما قاله المشتري
كان قول البايع بعت بالف حط بعض الثمن عن المشتري وحط بعض الثمن
يصح ويظهر في حق الشفيع على ما مر وان كان البايع قبض الثمن لا يلتفت الى
تصديقه والقول قول المشتري لانه اذا قبض الثمن لم يبق له حق في البيع
اصلا وصار اجنبيا فالتحق تصديقه بالعدم وقيل انه يراعى التقدم والتاخير
في تصديق البايع بان بدا بالاقرار بالبيع بان قال بعت الدار بالف وقبضت
الثمن فالشفيع ياخذ بالف وان بدا بالاقرار بقبض الثمن بان قال قبضت
الثمن وهو الف فقد تعلق به حق الشفعة فهو بقوله قبضت الثمن يريد
اسقاط حق متعلق بقوله فلا يصدق واذا بدا بالاقرار بقبض الثمن فقد
صار اجنبيا فلا يقبل قوله في مقدار الثمن وروى الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله ان المبيع اذا كان في يد البايع فاقر بقبض الثمن وزعم انه الف فالقول
قوله لان المبيع اذا كان في يد البايع فالتملك يقع عليه فكان القول قوله
في مقدار الثمن ولو اختلف البايع مع المشتري والشفيع والدار في يد
البايع او المشتري لكنه لم ينتقد الثمن فالقول في ذلك قول البايع
والبايع مع المشتري يتحالفان ويترادان والشفيع ياخذ الدار بما
قال البايع ان شا اما التحالف والتراد فيما بين البايع والمشتري
فلقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا واما
اخذ الشفيع بقول البايع ان شا فلانه اذا لم يقبض فالتملك يقع فكان
القول في مقدار الثمن في حق الشفيع قوله وان كان البايع قد قبض
الثمن فلا يلتفت الى قوله لانه صار اجنبيا على ما بينا هذا اذا لم يكن لاحدهما

بينة

بينة لا للشفيع ولا للمشتري فان قامت لاحدهما قبلت بينته وان اقاما جميعا
البينة فالبينة بينة الشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
بينة المشتري وجه قوله ان بينة المشتري تظهر زيادة فكانت اولى بالقبول
كما اذا اختلف البايع والمشتري في مقدار الثمن فقال البايع بعت بالفين
وقال المشتري بالف واقاما جميعا البينة ان البينة بينة البايع لما قلنا
والجامع بينهما من وجهين احدهما ان الزيادة التي تظهرها احدى البينتين
لا معارض لها فتقبل في قدر الزيادة لخلوها عن المعارض ولا يمكن الا بالقبول
في الكل فيقبل في الكل ضرورة والثاني ان البينة المظهرة للزيادة مثبتة
والاخرى نافية والمثبت يترجح على النافي ولابي حنيفة رحمه الله طريقان
احدهما ذكرها ابو يوسف لابي حنيفة رحمهما الله ولم ياخذ به والثاني
ذكره محمد رحمه الله لابي حنيفة رحمه الله واخذ به اما الاول فهو ان البينة
جعلت حجة للمدعي قال النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي والمدعي
هاهنا هو الشفيع لانه غير مجبر على الخصومة في الشفعة بل اذا تركها يترك
والمشتري مجبر على التملك عليه بحيث لو ترك الخصومة لا يترك فكان المدعي
منهما هو الشفيع فكانت البينة حجة واما الثاني فهو ان البينة حجة من
حجج الشرع فيجب العمل بها ما امكن وهاهنا امكن العمل بالبينتين في حق الشفيع
بان يجعل كانه جعل عقدان احدهما بالف والاخر بالفين لان البيع الثاني
لا يوجب انفساخ البيع الاول في حق الشفيع وان كان يوجب ذلك في حق
العاقدين الا ترى انه لو باع بالف ثم باع بالفين ثم حضر الشفيع كان له ان
ياخذ الدار بالف دل ان البيعين قايمان في حق الشفيع وان الفسخ الاول
في حقهما كان فامكن تقدير عقدين بخلاف ما اذا اختلف البايع والمشتري
في مقدار الثمن واقاما البينة ان البينة بينة البايع اما على الطريق
الاول فلان البايع هناك هو المدعي فكانت البينة حجته الا ترى انه
لا يجبر على الخصومة والمشتري مجبر عليها وهاهنا بخلافه على ما بينا واما
على الطريق الثاني فلان تقدير عقدين هناك متعذر ولان البيع الثاني
يوجب انفساخ الاول في حق العقد واحد والترجيح بجانب البايع لانفراد
بينته باظهار فضل فكانت اولى بالقبول والله اعلم ولو اشترى
دارا بعرض فلم يتقابضا حتى هلك العرض وانتقض البيع فيما بين البايع
والمشتري او كان المشتري قبض الدار ولم يسلم العرض حتى هلك
وانتقض البيع فيما بينهما وبقي حق الشفعة بقيمة العرض على ما بينا فيما
تقدم ثم اختلف الشفيع والبايع في قيمة العرض فالقول قول البايع
مع يمينه لان الشفيع يدعي عليه التملك بهذا القدر من الثمن وهو
ينكر فالقول قول البايع عند ابي يوسف ومحمد وهو قول ابي حنيفة على
قياس العلة التي ذكرها محمد لابي حنيفة رحمهما الله في تلك المسلة اما
عند ابي حنيفة فظاهر لان بينة البايع انفردت باثبات زيادة وكذلك
عند محمد على قياس ما ذكره لابي حنيفة في تلك المسلة واخذ به لان
تقدير عقدين هاهنا غير ممكن لان العقد وقع على عرض بعينه وانما اختلفا

العاقدين فكان صح

في قيمة ما وقع عليه العقد فكان العقد واحدا فلا يمكن العمل بالبينتين فعمل
بالراجح منهما وهو بينة البايع بانفرادها بالفضل باظهار الفضل وكذلك
عند ابي حنيفة على قياس ما علل له محمد رحمة الله عليهما واما على قياس ما علل
له ابو يوسف فينبغي ان تكون البينة بينة الشفيع لانه هو المدعي وهكذا
ذكر الطحاوي والله اعلم ٥ ولو هدم المشتري بنا الدار حتى سقط عن الشفيع
قدر قيمته من الثمن ثم اختلفا في قيمة البنا والساحة فان اختلفا في قيمة
البنا لا غير فالقول قول المشتري مع يمينه لان الشفيع يدعي على المشتري
زيادة في السقوط وهو ينكر فان اختلفا في قيمة البنا والساحة جميعا فان
الساحة تقوم الساعة والقول في قيمة البنا قول المشتري اما تقويم الساحة
الساعة فلانه يمكن معرفة قيمتها للحال فيستدل بالحال على الماضي ولا يمكن
تحكيم الحال في البنا لانه تغير عن حاله والقول قول المشتري لما قلنا فان قامت
لاحدهما بينة قبلت وان اقاما جميعا البينة قال ابو يوسف البينة بينة
الشفيع على قياس قول ابي حنيفة وقال محمد البينة بينة المشتري على
قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف من تلقا نفسه البينة بينة المشتري
لانها تظهر زيادة وانما اختلفا في القياس على قول ابي حنيفة لاختلاف
الطريقين اللذين ذكرناهما في تلك المسلة فطريق ابي يوسف ان الشفيع هو
المدعي والبينة حجة المدعي وهذا موجود هاهنا وطريق محمد العمل بالبينتين
بينتين بتقدير عقدين وهذا التقدير منعدم هاهنا فيعمل باحدى
البينتين وهي بينة المشتري لانفرادها باظهار زيادة والله اعلم
وان اختلفا في صفة الثمن بان قال المشتري اشتريت بثمن معجل وقال الشفيع
لا بل اشتريت بثمن موجل فالقول قول المشتري لان الحلول في الثمن اصل
والاجل عارض فالمشتري يتمسك بالاصل فيكون القول قوله ولان العاقد
اعرف بصفة الثمن من غيره ولان الاجل يثبت بالشرط فالشفيع يدعي
عليه شرط التاجيل وهو ينكر فكان القول قوله واما الذي يرجع الى
المبيع فهو ان يختلفا فيما وقع عليه البيع انه وقع عليه بصفقة واحدة
ام بصفقتين نحو ما اذا اشترى دارا فقال المشتري اشتريت العرصة
على حدة بالف والبنا بالف وقال الشفيع لا بل اشتريتهما بالفين والدار
ببنايها فالقول قول الشفيع لان افراد كل واحد منهما بالصفقة حالة
الاتصال ليس بمعتاد بل العادة بينهما صفقة واحدة فكان الظاهر
شاهدا للشفيع فكان القول قوله ولان سبب وجوب الشفعة في
العرصة يقتضي الوجوب في البنا تبعا له حالة الاتصال وشرط
الوجوب هو الشرا وقد اقر المشتري بالشرا الا انه يدعي زيادة
امر وهو تفريق الصفقة فلا يصدق الا بتصديق الشفيع او ببينة
ولم يوجد وههنا وايهما اقام بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا
البينة ولم يوقتا وقتا فالبينة بينة المشتري عند ابي يوسف
وعند محمد البينة بينة الشفيع وجه قول محمد ان بينة الشفيع اكثر
اثباتا لانها تثبت زيادة استحقاق وهو استحقاق البنا فكانت اولى بالقبول

جميعا

ولان

ولان العمل بالبينتين ممكن بان يجعل كانه باعهما بصفقتين ثم باعهما بصفقة
فكان للشفيع ان ياخذ بايهما شا وجه قول ابي يوسف ان بينة المشتري اكثر
اثباتا لانها تثبت زيادة صفقة فكانت اولى بالقبول فابو يوسف نظر الى زيادة
الصفقة ومحمد نظر الى زيادة الاستحقاق وقال ابو يوسف اذا ادعى المدعي
انه احدث البنا في الدار وقال الشفيع لا بل اشتريتهما والبنا فيهما ان القول
قول المشتري لانه لم يوجد من المشتري الاقرار بشرا البنا والشفيع يدعي
عليه استحقاق البنا وهو ينكر ولو اشترى دارين ولهما شفيع ملاصق فقال
المشتري اشتريت واحدة بعد واحدة وانا شريكك وقال الشفيع لا بل
اشتريتهما صفقة واحدة ولي الشفعة فيهما جميعا فالقول قول الشفيع لان
سبب ثابت فيهما جميعا وهو الجوار على سبيل الملاصقة وقد اقر المشتري
بشرط الاستحقاق وهو شراوهما الا انه يدعي تفريق الصفقة يدعي
البطلان بعد وجوب السبب وشرطه من حيث الظاهر فلا يصدق الا ببينة
وايهما اقام بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة فهو على الاختلاف
الذي ذكرنا بين ابي يوسف ومحمد ولو قال المشتري وهب لي البيت مع طريقه
من هذه الدار ثم اشتريت نفسها وقال الشفيع لا بل اشتريت الكل فللشفيع
الشفعة فيما اقر انه اشترى ولا شفعة له فيما ادعى من الهبة لانه وجد
سبب الاستحقاق وهو الجوار ووجد شرطه وهو الشرا باقراره فهو بدعوى
الهبة يدعي البطلان فلا يصدق وللشفيع الشفعة فيما اقر بشرايه ولا
شفعة له في الموهوب وايهما اقام بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا البينة
فالبينة بينة المشتري عند ابي يوسف لانها تثبت زيادة الهبة وينبغي
ان تكون البينة بينة الشفيع عند محمد لانها تثبت زيادة الاستحقاق وروي
عن محمد رحمه الله فيمن اشترى دارا وطلب الشفيع الشفعة فقال المشتري
اشتريت نصفها ثم نصفها فلك النصف الاول وقال الشفيع لا بل اشتري
الكل صفقة واحدة فالقول قول الشفيع لان سبب ثبوت الحق في الكل
كان موجودا وقد اقر بشرط الثبوت وهو الشرا لكنه يدعي امرا زايدا
وهو تفريق الصفقة فلا يقبل ذلك منه الا ببينة فان قال المشتري اشتريت
ربعا ثم ثلثة الارباع وقال الشفيع لا بل اشتريت ثلاثة الارباع ثم ربعا
فالقول قول الشفيع لان السبب كان موجودا وقد اقر المشتري بشرا
ثلثة ارباع الا انه يدعي امرا زايدا وهو سبق الشرا في الربع فلا يثبت الا
ببينة فان قال المشتري اشتريت صفقة واحدة وقال الشفيع
اشتريتها نصفا نصفا فانا اخذ النصف فالقول قول المشتري فياخذ
الشفيع او يدع لان الشفيع يريد تفريق الصفقة وفيه ضرر الشركة
فلا يقبل قوله الا ببينة والله اعلم واما الذي يرجع الى صفة البيع
فهو ان يختلفا في البتات والخيار والصحة والفساد بان اشترى
دارا بالف درهم وتقابضا فاراد الشفيع اخذها بالشفعة فقال البايع
والمشتري البيع كان بخيار البايع ولم يمض فلا شفعة لك وانكر الشفيع
الخيار فالقول قول البايع والمشتري وعلى الشفيع البينة ان البيع كان

المشتري

بانا عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف
رحمهم الله وروي عن ابي يوسف رواية اخرى ان القول قول الشفيع
وجه هذه الرواية ان الظاهر شاهد للشفيع لان البتات اصل في البيع
والخيار فيه عارض فكان القول قول من يشهد له الاصل ويتمسك به وجه
ظاهر الرواية ان الشفيع يدعي ثبوت الشفعة وهما ينكران ذلك فكان
القول قولهما كان فيه خيار لان حق الشفعة لا يجب في بيع فيه خيار فكان القول
قول المنكر ولان البيع يقوم بالعاقدين فكانا اعرف بصفته من الشفيع
والرجوع في كل باب الى من هو اعرف به ولهذا لو تصادقا على ان الثمن كان
دنانير والشفيع يدعي انه كان دراهم كان القول قولهما كذا هذا ولو كان البايع
غايبا والدار في يد المشتري فاراد الشفيع ان ياخذ منه فقال للمشتري
كان للبايع فيه خيار وكذبه الشفيع فالقول قول المشتري ايضا لما ذكرنا
من المعنيين وان اختلف العاقدان فيما بينهما فادعى البايع الخيار وقال
المشتري لم يكن فيه خيار كان القول قول المشتري وياخذ الشفيع الدار
في الرواية المشهورة وروي عن ابي يوسف ان القول قول البايع وجه
هذه الرواية ان البايع بدعوى الخيار ينكر البيع حقيقة لان البيع بشرط
الخيار غير منعقد في حق الحكم وخيار البيع يمنع زوال المبيع عن ملكه والمشتري
والشفيع يدعيان الزوال عن ملكه فكان القول قول البايع كما لو وقع الاختلاف
بينهما في اصل العقد وجه ظاهر الرواية ان الخيار لا يثبت الا باشتراطهما
فالبايع بدعوى الخيار يدعي الاشتراط على المشتري وهو ينكر فكان القول
قوله كما لو ادعى المشتري الشرا بثمن موجل وادعى البايع التعجيل فكان
القول قول البايع لما ان التاجيل لا يثبت الا بشرط يوجد من البايع وهو ينكر
الاشتراط فكان القول قوله كذا هذا بخلاف ما لو انكر البايع البيع والمشتري
يدعيه ان القول قول البايع لانه انكر زوال ملكه ولم يدع على المشتري
فعلا فكان القول قوله ولو اراد الشفيع ان ياخذ الدار المشتراة بالشفعة
فقال البايع والمشتري كان البيع فاسدا فلا شفعة لك وقال الشفيع كان
جايزا ولي الشفعة فهو على اختلافهم في شرط الخيار للبايع في قول ابي حنيفة
ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف القول قول العاقدين ولا شفعة
للشفيع وفي رواية عن ابي يوسف القول قول الشفيع وله الشفعة
فابو يوسف يعتبر الاختلاف بينهم في الصحة والفساد باختلاف العاقدين
فيما بينهما ولو اختلفا فيما بينهما في الصحة والفساد كان القول قول
مدعي الصحة كذا هذا والجامع ان الصحة اصل في العقد والفساد
عارض وهما يعتبران اختلافهم في هذا باختلافهم في البتات والخيار
للبايع والجامع ان الشفيع بدعوى البتات والصحة يدعي عليهما حق
التملك وهما بدعوى الخيار والفساد ينكران ذلك فكان القول قولهما
وكذا هما اعرف بصفة العقد الواقع بينهما لقيامه بهما فكان القول
في ذلك قولهما والله اعلم

فصل

واما بيان الحيلة في اسقاط الشفعة
فقد ذكر لاسقاط الشفعة حيلا بعضها يعم الشفعا كلهم وبعضها

تخص

تخص البعض دون البعض اما الذي يعم كل الشفعا فهو ان يشتري باكثر من
ثمنها بان كانت قيمتها الفا فيشتريها بالفين وينقد من الثمن الفا الا عشرة
ثم يبيع المشتري من البايع عرضا قيمته عشرة بالف درهم وعشرة فيحصل
الدار للمشتري بالف ولا ياخذها الشفيع الا بالفين وهذه الحيلة ليست
بمسقطة للشفعة شرعا لكنها مانعة من الاخذ بالشفعة عادة الا ترى
للشفيع ان ياخذها بالفين ويلتزم الضرر ۞ واما الذي يخص الشفعا
دون بعض فانواع ۞ منها بيع دار الا ذراعا بينهما في طول الحد الذي يلي
دار الشفيع فالشفيع لا يستحق الشفعة اما في قدر الذراع فلانعدام
الشرط وهو البيع واما فيما دون ذلك فلانعدام السبب وهو الجوار
ومنها ان يهب البايع الحايط الذي بينه وبين الجار مع اصله للمشتري
مقسوما ويسلمه او يهب له من الارض قدر ذراع من الجانب الذي
يلي دار الشفيع ويسلمه اليه ثم يبيع منه البقية بالثمن فلا شفعة
للجار لا في الموهوب ولا في المبيع اما في الموهوب فلانعدام شرط وجوب
الشفعة وهو البيع واما في المبيع فلانعدام سبب الوجوب وهو الجوار
ومنها ان يبيع الدار نصفين فيبيع الحايط باصله اولا بثمن كثير
ثم يبيع بقية الدار بثمن قليل فلا شفعة للشفيع شرعا فيما ورا الحايط
لانعدام السبب وهو الجوار ولا ياخذ الحايط عادة لكثرة الثمن ۞ ومنها
ان يبيع الدار والارض في صفقتين فيبيع من الدار بناها ومن الارض
اشجارها اولا بثمن قليل ثم يبيع الارض بثمن كثير فلا شفعة للشفيع
في البنا والشجر شرعا لانفرادها بالصفقة ولا ياخذ الارض بذلك الثمن
عادة ليضمن بكثير الثمن ۞ ومنها ان يبيع الدار نصفين فيبيع
عشرا منها بثمن كثير ثم يبيع البقية بثمن قليل فلا ياخذ الشفيع
العشر بثمنه عادة لما فيه من الضرر ولا شفعة له في تسعة الاعشار
شرعا لانه حين اشترى البقية كان شريك البايع بالعشر والشريك
في المبيع مقدم على الجار والخليط وهذا النوع من الحيلة لا تصلح له
للشريك لان الشفيع اذا كان شريكا له ان ياخذ نصف البقية بقليل
الثمن ايضا ولو كانت الدار لصغير فلا تباع بقية داره بقليل الثمن لانه
لا يجوز اذ هو بيع مال الصغير باقل من قيمته مقدار ما يتغابن الناس في
مثله عادة والولي لا يملك ذلك فالسبيل فيه ان تباع بقية الدار بثمن
مثله ۞ ومنها ما ذكره الخصاف رحمه الله ان يقر البايع بسهم من الدار للمشتري
ثم يبيع بقية الدار منه فلا يستحق الشفيع الشفعة اما في الحق المقر به
فلانعدام شرط الاستحقاق وهو البيع واما فيما ورا ذلك فلان المشتري
صار شريك البايع في ذلك السهم والشريك في الشفعة مقدم على الجار
والخليط ومن مشايخنا من كان يفتي بوجوب الشفعة في هذه الصورة
ويخطي الخصاف لان الشركة في السهم المقر به لم يثبت الا باقراره فلا
يظهر في حق الشفيع على ما بينا فيما تقدم والله اعلم

فصل

واما الكلام
في كراهة الحيلة للاسقاط وعدمها فالحيلة اما ان كانت بعد وجوب

الشفعة واما ان كانت قبل الوجوب فان كانت بعد الوجوب قيل انها مكروهة بلا خلاف وذلك بان يقول المشتري صالحتك على كذا كذا درهما على ان تسلم لي شفعتك فيقبل فتبطل شفعته ولا يستحق بدل الصلح او يقول له اشتر الدار مني بكذا فيقول اشتريت فتبطل شفعته ونحو ذلك فان كانت قبل الوجوب فقد اختلف قال ابو يوسف لا يكره وقال محمد يكره وجه قول محمد ان شرع الحيلة يودي الى سد باب الشفعة وفيه ابطال هذا الحق اصلا وراسا وجه قول ابي يوسف ان الحيلة قبل الوجوب منع من الوجوب بمباشرة سبب الامتناع شرعا وهذا جايز كالشرا والهبة وساير التمليكات فان الشرا يمنع حدوث الملك للبايع في المبيع بمباشرة سبب الامتناع شرعا وكذا الهبة والصدقة في التمليكات وقد الجواب عن قول محمد ان هذا ابطال لحق الشفعة لان ابطال الشي بعد ثبوته يكون والحق هاهنا لم يثبت بعد فلا تكون الحيلة ابطالا بل هي منع من الثبوت بمباشرة سبب الامتناع شرعا وانه جايز وما ذكره ابو يوسف رحمه الله هو الحكم المتروما ذكره محمد رحمه الله احتياطا والاصل في شرع الحيلة قوله تعالى في قصة ايوب صلوات الله عليه وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث والله اعلم

كتاب الهبة

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في ثلاث مواضع ۔ في بيان ركن الهبة وفي بيان شرايط الركن ۔ وفي بيان حكم الهبة ۔ اما ركن الهبة فهو الايجاب من الواهب فاما القبول من الموهوب فليس بركن استحسانا والقياس انه يكون ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض ايضا ركن وفايدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا الشي لفلان فوهبه منه فلم يقبل انه يحنث استحسانا وعند زفر لا يحنث ما لم يقبل وفي قول ما لم يقبل ويقبض واجمعوا على انه اذا حلف لا يبيع هذا الشي لفلان فباعه فلم يقبل انه لا يحنث وعلى هذا الاختلاف اذا قال لرجل لاخر وهبت هذا الشي منك فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت فالقول قول المقر عندنا وعنده القول قول المقر له واجمعوا على انه لو قال بعت منك هذا الشي فلم يقبل فقال المقر له لا بل قبلت ان القول قول المقر له وجه القياس ان الهبة تصرف شرعي والتصرف الشرعي وجوده شرعا باعتباره وهو انعقاده في حق الحكم والحكم لا يثبت بنفس الايجاب فلا يكون نفس الايجاب بدون القبول بيعا وجه الاستحسان ان الهبة في اللغة عبارة عن مجرد ايجاب الملك من غير شرط القبول وانما القبول والقبض لثبوت حكمها لا لوجودها في نفسها فاذا اوجب فقد اتى بالهبة فترتب عليه الاحكام والدليل على ان وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة اطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة وروي الصعب بن جثامة الذي اهدى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمار وحش وهو بالابوا وفي رواية بودان فرده النبي صلى الله عليه وسلم وقال لولا انا حرم والا لقبلنا فقد اطلق الراوي اسم الهدا الاهدا بدون القبول والاهدا

345

من الفاظ الهبة وروي ان ابا بكر الصديق رضي الله عنه دعا عايشة رضي الله عنها في مرض موته وقال لها اني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا جزتيه وانما هو اليوم مال الوارث اطلق الصديق رضي الله عنه اسم النحل بدون القبض والنحل من الفاظ الهبة ثبت ان الهبة في اللغة عبارة عن نفس ايجاب الملك والاصل ان معنى التصرف الشرعي هو ما دل عليه اللفظ لغة بخلاف البيع فانه اسم للايجاب مع القبول لا ينطلق اسم البيع لغة وشريعة احدهما دون الاخر فما لم يوجد لا يقسم التصرف قسمة البيع ولان المقصود من الهبة هو اكتساب المدح والثنا باظهار الجود والسخا وهذا يحصل بدون القبول بخلاف البيع وكذا العرض عن الحلف هو منع النفس عن مباشرة المحلوف عليه وذلك هو الايجاب لانه فعل الواهب فيقدر على منع نفسه عنه فاما القبول والقبض ففعل الموهوب له فلا يكون مقدور الواهب والملك محكوم شرعي يثبت جزا من الله تعالى شا العبد او ابى فلا يتصور منع النفس عنه ايضا بخلاف البيع فانه وان منع نفسه عن فعله وهو الايجاب الا ان الايجاب هناك لا يصير بيعا بدون القبول فشرط القبول ليصير بيعا والايجاب هو ان يقول الواهب وهبت هذا الشي لك او ملكته منك او جعلته لك او هو لك او اعطيته او نحلته او اهديته اليك او اطعمتك هذا الطعام او حملتك على هذه الدابة ونوى به الهبة اما قوله وهبت لك فصريح في الباب وقوله ملكتك يجري مجرى الصريح ايضا لانه تمليك تمليك العين للحال من غير عوض وهو تفسير الهبة وكذا قوله جعلت هذا الشي لك في قوله هو لك لان اللام المضاف الى من هو من اهل الملك للتمليك فكان تمليك العين من غير عوض وهو معنى الهبة وكذا قوله اعطيت لان العطية المضافة الى العين في عرف الناس هو تمليكها للحال من غير عوض وهذا معنى وكذا يستعمل العطا استعمال الهبة فيقال اعطاك الله كذا ووهب لك بمعنى والنحلة هي العطية يقال نحل فلان ولده نحلا اي اعطاه عطية والهدية والعطية بمعنى وقوله اعطيتك هذا الطعام في معنى اعطيتك واما قوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الهبة ويحتمل العارية فانه روي ان عمر رضي الله عنه حمل رجلا على دابة ثم راها تباع في السوق فاراد ان يشتريها فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال عليه السلام لا ترجع في صدقتك فاحتمل تمليك العين واحتمل تمليك المنافع فلا بد من النية للتعيين ولو قال منحتك هذا الشي او قال هذا الشي لك منحة فهذا لا يخلو اما ان يكون ذلك مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه واما ان يكون مما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه فان كان مما يمكن الانتفاع به من غير استهلاك كالدار والثوب والدابة والارض بان قال هذه الدار لك منحة او هذا الثوب او هذه الدابة او هذه الارض فهي عارية لان المنحة في الاصل عبارة عن هبة المنفعة او ما له حكم المنفعة وقد اضيف الى ما يمكن الانتفاع به من غير استهلاكه من السكنى

واللبس والركوب والزراعة لان منفعة الارض زرعها فكان هذا تمليك
المنفعة من غير عوض وهذا تفسير الاعارة وكذا اذا قال لارض بيضا هذه
الارض لك طعمة كان عارية لان عين الارض مما لا يطعم وانما يطعم ما يخرج
منها فكان طعمة الارض زرعها فكان ذلك اعارة ولصاحبها ان ياخذها اذا
لم يمكن فيها زرع وان كان فيها زرع فالقياس ان يكون له ولاية القطع ولاية
كالبنا والغرس وفي الاستحسان يترك الي وقت الحصاد باجر المثل وقد
ذكرنا وجه القياس والاستحسان في كتاب العارية ولو منحه شاة حلوبا
او بقرة حلوبا او قال هذه الشاة او هذه الناقة او هذه البقرة كان عارية وجاز
له الانتفاع بلبنها لان اللبن وان كان عينا حقيقة فهو معدود من المنافع
عرفا وعادة فاعطي له حكم المنفعة كانه اباح له شرب اللبن فيجوز له
الانتفاع بلبنها وكذلك لو منحه جديا او عناقا كان عارية لان الجدي يعوض
ان يصير فحلا والعناق حلوبا وان عني بالمنحة الهبة في هذه المواضع فهو
علي ما عني لانه عني ما يحتمله لفظه وفيه تشديد علي نفسه وان كان مما لا
يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالماكول والمشروب والدراهم والدنانير
بان قال هذا الطعام لك منحة او هذا اللبن او هذه الدراهم او هذه الدنانير
كان هبة لان المنحة المضافة الي ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه لا يمكن
حملها علي هبة المنفعة فيحمل علي هبة العين وهو تمليكها وتمليك العين للحال
من غير عوض هو تفسير الهبة والله اعلم هذا اذا كان الايجاب مطلقا
عن القرينة اما اذا كان مقرونا بقرينة فالقرينة لا تخلوا اما ان كانت وقتا
واما ان كانت شرطا واما ان كانت منفعة فان كانت وقتا بان قال اعمرتك
هذه الدار او صرح فقال جعلت لك هذه الدار عمري او قال جعلتها لك
عمري او حيوتك فاذا مت انت فهي رد علي او قال جعلتها لك عمري او حيوتي
فاذا مت انا فهي رد علي ورثتي فهذا كله هبة وهي للمعمر له في حيوته ولورثته
بعد وفاته والتوقيت باطل والاصل فيه ما روي عن النبي صلي الله عليه
وسلم انه قال امسكوا عليكم اموالكم لا تعمروها فان من اعمر شيا فانه
لمن اعمره وروي عن جابر بن عبد الله ان رسول الله صلي الله عليه وسلم
قال ايما رجل اعمر عمري له ولعقبه فهي للذي يعطاها لا ترجع الي الذي
اعطاها لانه اعطا عطا وقعت المواريث فيه وروي عن جابر بن عبد
الله قال قال رسول الله صلي الله عليه وسلم من اعمر عمري حيوته فهي له
ولعقبه يرثها من يرثه من بعده فدلت هذه النصوص علي جواز الهبة
وبطلان التوقيت ولان قوله جعلت هذه الدار لك او هي لك تمليك
العين للحال مطلقا ثم قوله عمري توقيت التمليك وانه تغيير لمقتضي العقد
وكذا تمليك الاعيان لا تحتمل التوقيت نصا كالبيع فكان التوقيت
تصرفا مخالفا مقتضي العقد والشرع فبطل وبقي العقد صحيحا وان كانت
القرينة شرطا تنظر الي الشرط المذكور فان كان مما يمنع وقوع التصرف
تمليكا للحال يمنع صحة الهبة والا فيبطل الشرط وتصح الهبة وعلي هذا يخرج
ما اذا قال ارقبتك هذه الدار او صرح فقال جعلت لك هذه الدار رقبي

اوقال

اوقال هذه الدار لك رقبي ودفعها اليه فهي عارية في يده له ان ياخذها منه
متي شا وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هذا هبة وقوله رقبي
باطل احتج بما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم اجاز العمري والرقبي
ولان قوله داري لك تمليك العين لا تمليك المنفعة ولما قال رقبي فقد
علقه بالشرط وانه لا يحتمل التعليق فبطل الشرط وبقي العقد صحيحا ولهذا اذا
قال داري لك عمري يصح شرط الهبة ويبطل شرط العمر كذا هذا واحتجا
بما روي الشعبي عن شريح رحمهما الله ان رسول الله صلي الله عليه وسلم
اجاز العمري وابطل الرقبي ومثلهما لا يكذب ولان قوله داري لك رقبي
تعليق التمليك بالخطر لان معني الرقبي انه يقول ان مت انا قبلك فهي
لك وان مت انت قبلي فهي لي سمي رقبي من الرقوب والارتقاب والترقب
وهو الانتظار لان كل واحد منهما ينتظر موت صاحبه قبل موته وذلك غير
معلوم فكان الرقبي تعليق التمليك بامر له خطر الوجود والعدم والتمليكات
مما لا تحتمل التعليق بالخطر فلم تصح هبة وصحت عارية لانه دفع اليه واطلق له
الانتفاع به وهذا معني العارية وهذا بخلاف العمري لان هناك وقع التصرف
تمليكا للحال فهو بقوله عمري وقت التمليك وانه لا يحتمل التوقيت فبطل وبقي
العقد علي الصحة ولا حجة له في الحديث لان الرقبي يحتمل ان تكون من المراقبة
وهي الانتظار ويحتمل ان تكون من الارقاب وهو هبة الرقبة فان اريد بها
الاول كان حجة له وان اريد بها الثاني لا يكون حجة له لان ذلك جايز فلا يكون حجة
له مع الاحتمال او نحمله علي الثاني توفيقا بين الحديثين صيانة لكلام من
يستحيل عليه التناقض وبهذا تبين ان لا خلاف بينهم في الحقيقة ان كان الرقبي
او الارقاب مستعملا في اللغة في هبة الرقبة وينبغي ان ينوي فان عني به
هبة الرقبة يجوز بلا خلاف وان عني به مراقبة الموت لا يجوز بلا خلاف
والله اعلم ولو قال لرجلين داري لاطولكما حياة فهو باطل لانه لا يدري
ايهما حيا اطول حياة فكان هذا تعليق الحكم بالخطر فبطل ولو قال داري لك
حبيس فهذا عارية عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف موهبة وقوله
حبيس باطل بمنزلة الرقبي وجه قوله ان قوله داري لك تمليك حبيس
نفي الملك فلم يصلح الملك وبقي التمليك علي حاله وجه قولهما ان قوله
حبيس خرج تفسيرا لقوله لك فقال كانه ابتدا بالحبيس فقال داري
حبيس لك ولو قال ذلك كان عارية بالاجماع ذكره القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي ولو وهب جارية علي ان لا يبيعها او علي ان يتخذها ام ولد له او علي
ان يبيعها لفلان او علي ان يدبرها عليه بعد شهر جازت الهبة وبطل الشرط
لان هذه الشروط مما لا تمنع وقوع التصرف تمليكا للحال وهي شروط تخالف
مقتضي العقد فيبطل ويبقي العقد علي الصحة بخلاف شرط الرقبي علي ما بينا
وبخلاف البيع انه تبطله هذه الشروط لان القياس ان لا يكون فران الشرط
الفاسد لعقد ما مفسدا له لان ذكره في العقد لم يصح فيلتحق بالعدم
ويبقي العقد صحيحا الا ان الفساد في البيع للنهي الوارد فيه ولا نهي في
الهبة ولا يبقي في الهبة ويبقي الحكم فيه علي الاصل ولان دلايل شرعية

الهبة عليه مطلقة من نحو قوله تعالى فان طبن لكم عن شي منه نفسا فكلوه هنيا
مريا وقوله عليه السلام تهادوا تحابوا ولهذا ندب الى التهادي والهدية
هبة وروينا عن الصديق رضي الله عنه انه قال لعايشة رضي الله عنها
اني كنت نحلتك كذا وكذا وعن عمر رضي الله عنه انه قال من وهب هبة
لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها ومن وهب هبة يرى انه
اراد بها الثواب فهو على هبته يرجع فيها ما لم يرض عنها ونحو ذلك من
الدلايل المقتضية لشرعية الهبة من غير فصل بينها اذا قرن بها شرط فاسد
او لم يقرن وعلى هذا يخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها او وهب
حيوانا واستثنى ما في بطنه ان الهبة جايزة في الام والولد جميعا والاستثنا
باطل والكل للموهوب وجملة الكلام في العقود التي فيها استثنا الحمل
انها اقسام ثلثة قسم منها يبطل ويبطل الاستثنا جميعا وقسم منها
يصح ويبطل الاستثنا جميعا وقسم منها يصح ويصح الاستثنا • اما القسم
الاول فهو البيع والاجارة والكتابة والرهن لان استثنا ما في البطن بمنزلة
شرط فاسد وهذه العقود تبطل بالشروط الفاسدة • واما القسم
الثاني فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه
العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثنا وتدخل
الام والولد جميعا في العقد لان شرط الفاسد وهو الاستثنا اذا لم
يصح التحق بالعدم فصار كانه لم يستثن وكذلك العتق بان اعتق جارية
واستثنا ما في بطنها انه يصح العتق ولا يصح الاستثنا حتى يعتق الام والولد
جميعا لما قلنا واما القسم الثالث فالوصية بان اوصى بجارية لرجل واستثنى
ما في بطنها لانه لما جعل الجارية وصية له واستثنى ما في بطنها فقد ابقى ما
في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وهذا بخلاف ما اذا اوصى
بجارية لرجل واستثنى خدمتها وغلتها لورثته انه تصح الوصية ويبطل
الاستثنا لان الغلة والخدمة لا يجري فيهما الميراث بانفرادهما بدون الاصل
الا ترى لو اوصى بخدمتها وغلتها لانسان ومات الوصي ثم مات الموصى له
بعد القبول لا تصير الخدمة ميراثا لورثة الموصى له بل تعود الى ورثة
الموصي وبمثله لو اوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسألة بحالها فان
ما في البطن يصير ميراثا لورثة الموصى له وما افترقا الا ما ذكرنا والله اعلم
وان كانت القربة منفعة بان قال داري لك سكنى او عمري سكنى
او صدقة سكنى او هبة سكنى او سكنى هبة او هي لك عمري عارية
ودفعها اليه فهذا كله عارية لانه لما ذكر السكنى في قوله داري لك سكنى
او عمري سكنى او صدقة سكنى علم انه اراد تمليك المنافع لان قوله
هذا لك ظاهره وان كان التمليك لكنه يحتمل تمليك المنفعة لان الاضافة
الى المستعير والمستاجر مستعملة عرفا وشرعا وقوله سكنى موضوع
للمنفعة لا يستعمل الا لها فكان حكما فجعل تفسيرا للمحتمل وبيانا انه اراد
تمليك المنفعة وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية وكذا
في قوله سكنى بعد ذكر الهبة يكون تفسيرا للهبة لان قوله هبة يحتمل

هبة

هبة العين ويحتمل هبة المنافع فاذا قال سكنى فقد عين هبة المنافع فكان
بيانا لمراد المتكلم انه اراد به هبة المنافع وهبة المنفعة تمليكها من غير عوض
وهو معنى العارية واذا قال سكنى هبة فمعناه سكنى الدار هبة لك فكان
هبة المنفعة وهو تفسير العارية ولو قال هي لك عمري تسكنها او هبة
تسكنها او صدقة تسكنها ودفعها اليه فهو هبة لانه ما فسر بالسكنى بالهبة
لانه لم يجعله نعتا ليكون بيانا للمحتمل بل وهب الدار ثم شاوره فيما يعمل
بملكه والمشورة في ملك الغير باطلة فتعلقت الهبة بالعين وقوله يسكنها
بمنزلة قوله ليسكنها كما اذا قال وهبتها لك لتواجرها او قال هي لك تسكنها
كان هبة ايضا لان الاضافة تعرف اللام الى من هو من اهل الملك للتملك
وقوله تسكنها مشورة على ما بينا والله اعلم

فصل

واما الشرايط
فانواع • بعضها يرجع الى نفس الشرط • وبعضها يرجع الى الواهب
وبعضها يرجع الى الموهوب • وبعضها يرجع الى الموهوب له • اما
الذي يرجع الى نفس الركن فهو ان لا يكون متعلقا بما له خطر الوجود
والعدم من دخول الدار وقدوم فلان والرقبى ونحو ذلك ولا مضافا
الى الوقت بان يقول وهبت منك هذا الشي غدا او راس شهر كذا لان الهبة
تمليك العين للحال وانه لا يحتمل التعليق بالخطر ولا الاضافة الى البيع
واما الذي يرجع الى الواهب فهو ان يكون ممن اهل التبرع لان الهبة تبرع
فلا يملكها من لا يملك التبرع فلا تجوز هبة الصبي والمجنون لانهما
لا يملكان التبرع لكونه ضررا محضا لا يقابله نفع دنياوي فلا يملكه
الصبي والمجنون كالطلاق والعتاق وكذا الاب لا يملك هبة مال
الصغير من غير شرط العوض بلا خلاف ولان التبرع بمال الصغير
قربان ماله لا على الوجه الاحسن وانه لا يقابله نفع دنيوي وقد قال
الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ولانه اذا لم يقابله
عوض دنيوي كان التبرع ضررا محضا وترك الضرر مرحمة في حق الصغير
فلا يدخل تحت ولاية الصغير لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا اضرار
في الاسلام وقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا فليس منا ولهذا لم
يملك طلاق امراته واعتاق عبده وساير التصرفات الضارة المحضة
وان شرط العوض لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يجوز
وعلى هذا هبة الماذون والمكاتب لا تجوز عندهما سوا كانت بعوض
او بغير عوض وعنده تجوز بشرط العوض والاصل عندهما ان من لا
يملك التبرع لا يملك الهبة لا بعوض ولا بغير عوض والاصل عنده
ان كل من يملك البيع يملك الهبة بعوض وجه قول محمد ان الهبة تمليك
فاذا شرط فيها العوض كانت تمليك بعوض وهذا تفسير البيع وانما اختلفت
العبارة ولا عبرة باختلاف العبارة بعد اتفاق المعنى كلفظ البيع مع لفظة
التمليك ولهما ان الهبة بشرط الهبة تقع تبرعا ابتدا ثم تصير بيعا
انتهاء بدليل انها لا تفيد الملك قبل القبض ولو وقعت بيعا من حين
وجودها لما توقف الملك فيه على القبض لان البيع الصحيح يفيد الملك بنفسه

بملك صح

دل انها وقعت تبرعا وهولا لا يملكون تبرعا فلم تصح الهبة من حين وجودها
فلا يتصور ان تصير بيعا بعد ذلك والله اعلم ❁ واما الذي يرجع الى الموهوب
فانواع منها ان يكون موجودا فلا تجوز هبة ما ليس بموجود وقت الهبة بان وهب
ما يثمر نخله العام وما تلد اغنامه السنة ونحو ذلك بخلاف الوصية والفرق
ان الهبة تمليك للحال وتمليك المعدوم محال والوصية تمليك مضاف
الى ما بعد الموت والاضافة لا تمنع جوازها ولو وهب ما في بطن هذه الجارية
او ما في ضرعها لا يجوز وان سلط على القبض عند الولادة والحلب لانه لا
وجه لتصحيحه للحال لاحتمال الوجود والعدم لان انتفاخ البطن قد يكون
للحمل وقد يكون لداء في الباطن وغيره وكذا انتفاخ الضرع قد يكون باللبن
وقد يكون بغيره فكان له خطر الوجود والعدم ولا سبيل لتصحيحه الى
ما بعد زمان الحدوث لان التمليك بالهبة مما لا يحتمل الاضافة الى الوقت
فبطل بتة ولهذا لم تجز بيعه بخلاف من وهب الدين من غير من عليه الدين
وسلطه على القبض انه يصح استحسانا لانه امكن تصحيحه للحال لكون الموهوب
موجودا مملوكا للحال مقدور القبض بطريقه على ما سنذكر ان شا الله تعالى
وكذلك اذا وهب زبدا في لبن او دهنا في سمسم او دقيقا في حنطة لا يجوز
وان سلطه على قبضه عند حدوثه لانه معدوم للحال فلم يوجد محل حكم
العقد للحال فلم ينعقد ولا سبيل الى الاضافة الى وقت الحدوث فبطل
اصلا بخلاف ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم وجزه وسلمه انه يجوز لان
الموهوب موجود مملوك للحال الا انه لم ينفذ للحال لمانع وهو كون الموهوب
مشغولا بما ليس بموهوب فاذا جزه فقد زال المانع لزوال الشغل
فينفذ عند وجود القبض كما لو وهب شقصا مشاعا ثم قسمه وسلمه
ومنها ان لا يكون مالا متقوما فلا تجوز هبة ما ليس بمال اصلا كالحر والميتة
والدم وصيد الحرم والاحرام والخنزير لما ذكرنا في البيع ولا هبة
ما ليس بمال مطلق كام الولد والمدبر والمكاتب المطلق لكونهم احرار
من وجه ولهذا لم يجز بيع هولاء ولا هبة ما ليس بمتقوم كالخمر ولهذا لم
يجز بيعها ومنها ان يكون مملوكا في نفسه فلا تجوز هبة المباحات لان
الهبة تمليك وتملك ما ليس بمملوك محال ومنها ان يكون مملوكا للواهب
فلا تجوز هبة مال الغير بغير اذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك
للمملك وان شيت رددت هذا الشرط الى الواهب وكل ذلك صحيح لان
المالك والمملوك من الاسما الاضافية والعلقة التي تدور عليها الاضافة
هي الملك ويجوز رد هذا الشرط الى الموهوب ويجوز رده الى الواهب
في صناعة الترتيب فافهم سوا كان المملوك عينا او دينا فيجوز هبة
الدين ممن عليه الدين قياسا واستحسانا واما هبة الدين لغير من
عليه الدين فجايز ايضا اذا اذن له بالقبض فقبضه استحسانا
والقياس ان لا يجوز وان اذن له بالقبض وجه القياس ان القبض
شرط جواز الهبة وما في الذمة لا يحتمل القبض بخلاف ما اذا وهب
لمن عليه لان الدين في ذمته وذمته في قبضته فكان الدين في قبضته بواسطة

قبض

قبض الذمة وجه الاستحسان ان ما في الذمة مقدور التسليم والقبض
الا ترى ان المديون يجبر على تسليمه الا ان قبضه بقبض العين فاذا قبض
العين قام قبضها مقام قبض الدين عين ما في الذمة الا انه لا بد من
الاذن بالقبض صريحا ولا يكتفي فيه بالقبض بحضرة الواهب بخلاف هبة
العين لما نذكره ان شا الله تعالى ❁ ومنها ان يكون محوزا فلا تجوز هبة
المشاع فيما يقسم وتجوز فيما لا يقسم كالعبد والحمام والدار ونحوها
وهذا عندنا وعند الشافعي هذا ليس بشرط وتجوز هبة المشاع فيما
يقسم وفيما لا يقسم عنده واحتج بظاهر قوله تعالى فنصف ما فرضتم الا
ان يعفون اوجب الطلاق في المفروض قبل الدخول الا ان يوجد
الحط من الزوجات على النصف من غير فصل بين العين والدين والمشاع
والمفرز فيدل على جواز هبة المشاع في الجملة وبما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه لما شدد في الغلول في الغنيمة في بعض
الغزوات فقام الى سنام بعير واخذ منه وبرة ثم قال اما انا
فلا يحل لي من غنيمتكم ولو بمثل هذه الوبرة الا الخمس مردود فيكم
ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار وشنار على صاحبه يوم القيمة
فجا اعرابي بكبة من شعر فقال اخذتها لاصلح برذعة بعيري يا رسول
الله فقال عليه السلام اما نصيبي فهو لك وساسالك الباقي وهذا هبة
فيما يقسم وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما قدم المدينة
نزل على ابي ايوب الانصاري رضي الله عنه نظر الى موضع المسجد فوجده
نوجده بين اسعد بن زرارة وبين رجلين من قومه فاستباع اسعد
نصيبهما ليهب من رسول الله صلى الله عليه وسلم وابيا
ذلك فوهب اسعد نصيبه من النبي صلى الله عليه وسلم فوهبا ايضا
نصيبهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قبل النبي صلى الله
عليه وسلم في نصيب اسعد وقبل في نصيب الرجلين ايضا ولو لم
يكن جايزا لما قبل لان ادنى حال فعل النبي صلى الله عليه وسلم الجواز
ولان الشياع لا يمنع حكم هذا التصرف ولا شرطه لان حكم الهبة
الملك والشياع لا يمنع الملك الا ترى انه يجوز بيع المشاع وكذا هبة
المشاع فيما لا يقسم وشرطه هو القبض والشيوع لا يمنع القبض
لانه يحصل فايضا للنصف المشاع بتخلية الكل ولهذا اجازت هبة
المشاع فيما لا يقسم وان القبض فيها شرطا لثبوت الملك كذا هذا
ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي عن ابي الصديق رضي الله
عنه انه قال في مرض موته لعايشة رضي الله عنها ان احب الناس الي
غنى انت واعزهم علي فقرا انت واني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا
من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا جزتيه وانما هو اليوم
مال الوارث اعتبر الصديق رضي الله عنه القبض والقسمة في
الهبة لثبوت الملك لان الحيازة في اللغة جمع الشي المتفرق في حيز
وهذا معنى القسمة لان الانصبا الشايعة قبل القسمة كانت متفرقة

نصف في المفروض في الطلاق صح

والقسمة تجمع كل نصيب في حيز و روي عن عمر رضي الله عنه انه قال مال احدكم ولده
نحل لا يحوزها ولا يقسمها و يقول ان مت فهو له وان رجعت الي وايم والله لا ينحل ولده
نحلي لا يحوزها ويقسمها فيموت الا جعلتها ميراثا لورثته والمراد من الحيازة القبض
هاهنا لانه ذكرها بمقابلة القسمة حتى لا يودي الي التكرار اخرج الهبة من ان تكون
مملوكة موجبة للملك بدون القبض والقسمة و روي عن علي رضي الله عنه انه قال
من وهب ثلث كذا او ربع كذا لا يجوز ما لم يقاسم وكل ذلك كان بمحضر من اصحاب رسول
الله صلي الله عليه وسلم ورضي عنهم ولم ينقل انه انكر عليهم منكر فيكون اجماعا ولان
القبض شرط جواز هذا العقد والشيوع يمنع من القبض لان معنى القبض هو التمكن
من التصرف في المقبوض والتصرف في النصيب الشايع وحده لا يتصور فان سكنى
نصف الدار شايعا ولبس نصف الثوب شايعا محال ولا يتمكن من التصرف فيه
الا بالتصرف في الكل لان العقد لم يتناول الكل وهكذا نقول في المشاع الذي لا
ينقسم ان معنى القبض هناك لم يوجد لما قلنا الا ان هناك ضرورة لانه يحتاج
الي هبة بعضه ولا حكم للهبة بدون القبض والشياع من القبض الممكن للتصرف
ولا سبيل الي ازالة المانع بالقسمة لعدم احتمال القسمة فمست الضرورة الي
الجواز واقامة صورة التخلية مقام القبض الممكن من التصرف ولا ضرورة
هاهنا لان المحل يحتمل للقسمة فيمكن ازالة المانع من القبض الممكن كالقسمة او نقول
الصحابة رضي الله عنهم شرطوا القبض المطلق والمطلق ينصرف الي الكامل وقبض
المشاع قبض قاصر لوجوده من حيث المعنى على ما بينا الا انه اكتفي بالصورة في
المشاع الذي لا يحتمل القسمة للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة هاهنا فلزم اعتبار
الكمال في القبض ولا يوجد في المشاع ولان الهبة عقد تبرع فلو صحت في مشاع يحتمل
القسمة لصار عقد ضمان لان الموهوب له يملك مطالبة الواهب بالقسمة فيلزمه
ضمان القسمة فيودي الي تغيير المشروع ولهذا توقف الملك في الهبة على القبض
لما انه لو ملكه بنفس العقد لثبت له ولاية المطالبة بالتسليم فيودي الي ايجاب
الضمان في عقد التبرع وفيه تغيير المشروع كذا هذا بخلاف مشاع لا يحتمل القسمة
لان هناك لا يتصور ايجاب الضمان على المتبرع لان الضمان ضمان القسمة والمحل لا
يحتمل القسمة فهو الفرق واما الاية فلا حجة له فيها لان المراد من المفروض الدين
لا العين الا ترى انه قال الا ان يعفون والعفو اسقاط واسقاط الاعيان
لا تعقل وكذا الغالب في الجملة ان يكون دينا وهبة الدين ممن عليه الدين
جايز لانه اسقاط الدين عنه وانه جايز في المشاع واما حديث الكتبة
فيحتمل ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم وهب نصيبه منه واستوهب له
البقية من اصحاب الحقوق فوهبوا وسلموا الكل جملة وفي الحديث ما يدل
عليه فانه قال وسأسأل لك الباقي وما كان هو صلى الله عليه وسلم ليخلف
في وعده وهبة المشاع على هذا السبيل جايزة عندنا لان ذاك هبة مشاع
لا ينقسم من حيث المعنى لان كبة واحدة اذا قسمت على الجم الغفير لا يصيب
لا يصيب كل واحد الا نزر حقير لا ينتفع به فكان في معنى مشاع لا ينقسم
واما حديث اسعد بن زرارة فحكاية حال يحتمل انه وهب نصيبه وشريكاه
وهبا نصيبهما منه وسلموا الكل جملة وهذا جايز عندنا ويحتمل ان الانصبا

الصورة دون صح

كانت

كانت مقسومة مفرزة ويجوز ان يقال في مثل هذا سهم اذا كانت الجملة متصلة
بعضها ببعض كقرية بين جماعة انها تضاف اليهم وان كانت انصباؤهم مقسومة
واحتمل بخلافه فلا يكون مع الاحتمال لان حكاية الحال لا عموم لها ولو قسم ما وهب
وافرزه ثم سلمه الي الموهوب له جاز لان هبة المشاع عندنا منعقد موقوف على القسمة
والقبض بعد القسمة هو الصحيح اذ الشيوع لا يمنع ركن العقد ولا حكمه وهو الملك
ولا ساير الشرايط الا القبض الممكن من التصرف فاذا قسم وقبض فقد زال المانع
من النفاذ فينفذ وحديث ابي بكر الصديق رضي الله عنه يدل عليه فانه قال لعايشة
رضي الله عنها اني كنت نحلتك جذاذ عشرين وسقا من مالي وكان ذلك هبة المشاع
فيما ينقسم لان النحلي من الفاظ الهبة ولو لم ينعقد لما فعله الصديق رضي الله عنه لانه
ما كان ليعقد عقدا باطلا فدل قول الصديق رضي الله عنه على انعقاد العقد في
نفسه وتوقف حكمه على القسمة والقبض وهذا عين مذهبنا والله اعلم ۝ وكذلك لو
وهب نصف داره من رجل ولم يسلم اليه ثم وهب منه النصف الاخر وسلم اليه الكل
فهذا جايز لما قلنا ولو وهب منه نصف الدار وسلم اليه بتخلية الكل ثم وهب منه النصف
الاخر وسلم لم تجز الهبة لان كل واحد منهما هبة المشاع فيما ينقسم وهبة المشاع فيما
ينقسم لا ينفذ الا بالقسمة والتسليم ويستوي الجواب في هبة المشاع بين ان يكون من
اجنبي او من شريكه كل ذلك لا يجوز لقول جماعة من الصحابة رضي الله عنهم لا تجوز الهبة
الا مقسومة محوزة من غير فصل ولان المانع هو الشياع عند القبض وقد وجد وعلى هذا
الخلاف صدقة المشاع فيما ينقسم انها لا تجوز عندنا خلافا للشافعي وجه قوله ان
الشياع لا يمنع حكم التصرف وهو الملك ولا شرطه وهو القبض فلا يمنع جوازه كالمفرز
ولنا ان القبض شرط جواز الصدقة ومعنى القبض لا يتحقق في الشايع او لا يتكامل فيه
لما بينا في الهبة ولان التصدق تبرع كالهبة وتصحيحه في المشاع يصيرها عقد ضمان
فيتغير المشروع على ما بينا في الهبة ولو وهب شيا ينقسم من رجلين كالدار والدراهم
والدنانير ونحوها وقبضاه لم يجز عند ابي حنيفة وجاز عند ابي يوسف ومحمد واجمعوا
على انه وهب رجلان من واحد شيا ينقسم وقبضه يجوز فابو حنيفة رحمه الله يعتبر
الشيوع عند القبض وهما يعتبرانه عند العقد والقبض جميعا فلم يجوز ابو
حنيفة رحمه الله هبة الواحد من اثنين لوجود الشياع وقت القبض وهما
جوزاها لانه لم يوجد الشياع في الحالين بل وجد في احدهما دون الاخرى
وجوز هبة الاثنين من واحد اما ابو حنيفة فلعدم الشيوع وقت القبض
واما هما فلانعدامه في الحالين لانه وجد عند العقد ولم يوجد عند القبض
ومدار الخلاف بينهم على حرف وهو ان هبة الدار من رجلين تمليك كل الدار
لهما جملة وتمليك النصف من احدهما والنصف من الاخر فعنده انها تمليك
النصف من كل واحد فتكون هبة المشاع فيما ينقسم كانه افرد تمليك كل نصف
من كل واحد منهما بعقد على حدة وعندهما هي تمليك الكل لا تمليك النصف من
هذا والنصف من ذلك فلا يكون تمليك الشايع فيجوز وجه قولهما ان العمل
بموجب الصيغة هو الاصل وذلك فيما قلنا لان قوله وهبت هذه الدار لكما هبة
كل الدار جملة منهما لا هبة النصف من احدهما والنصف من الاخر لان ذلك
توزيع وتفريق واللفظ لا يدل عليه ولا يجوز العدول عن موجب اللفظ لغة

الا لضرورة الصحة وفي العدول عن ظاهر الصيغة هاهنا فساد العقد بسبب الشيوع فوجب العمل بظاهر الصيغة وهو تمليك الكل منهما وموجب التمليك منهما ثبوت الملك لهما في الكل وانما يثبت الملك لكل واحد منهما في النصف عند الانقسام ضرورة المزاحمة واستوائهما في الاستحقاق اذ ليس كل واحد منهما اولى من الاخر لدخول كل واحد منهما في العقد على السوا كالاخوين في الميراث عند الاستوا في الدرجة ان الميراث يكون بينهما نصفين وان كان سبب الاستحقاق في حق كل واحد منهما حتى لو انفرد احدهما يستحق كل المال واذا جاءت المزاحمة مع المساواة في الاستحقاق يثبت عند الانقسام الميراث في النصف وكذا الشفيعان يثبت لكل واحد منهما اخذ نصف الدار بالشفعة لضرورة المزاحمة والاستوا في الاستحقاق وان كان السبب في حق كل واحد منهما صالحا لاثبات حق الشفعة في الكل حتى لو سلم احدهما يكون الكل للاخر وعلى هذا مسايل فلم يكن الانقسام على التناصف موجب الصيغة بل لتضايق المحل ولهذا اجاز الرهن من رجلين وكان ذلك رهنا من كل واحد منهما على الكمال اذ لو كان رهن النصف من هذا والنصف من ذلك لا يجوز لانه يكون رهن المشاع ولهذا لو قضى الراهن دين احدهما كان للاخر حق حبس الكل دل ان ذلك رهن الكل من كل واحد منهما فكذا هذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان هذا تمليك مضاف الى الشايع فلا يجوز كما اذا ملك نصف الدار من احدهما والنصف من الاخر بعقد على حدة والدليل على ان هذا تمليك مضاف الى الشايع ان قوله وهبت هذه الدار منكما اما ان يكون تمليك كل الدار من كل واحد منهما واما ان يكون تمليك النصف من احدهما والنصف من الاخر ولا سبيل الى الاول لان الدار الواحدة يستحيل ان تكون مملوكة لكل واحد منهما على الكمال والمحال لا يكون موجب العقد فتعين الثاني وهو ان يكون تمليك النصف من احدهما والنصف من الاخر ولهذا لم يملك كل واحد منهما التصرف في كل الدار بل في نصفها ولو كان الدار مملوكا لكل واحد منهما الملك وكذا كل واحد منهما يملك مطالبة صاحبه بالتهايئ او بالقسمة وهذا اية ثبوت الملك له في النصف واذا كان هذا تمليك الدار لهما على التناصف كان تمليكا مضافا الى الشايع كانه افرد لكل واحد منهما العقد في النصف والشيوع يوثر في القبض الممكن من التصرف على ما مر وتخرج الجواب عن قولهما ان موجب الصيغة ثبوت الملك في كل الدار لكل واحد منهما على الكمال لما ذكرنا ان هذا محال والمحال لا يكون موجب العقد ولا العاقد لعقده يقصد امرا محالا ايضا فكان موجب العقد التمليك منهما على التناصف لان هذا تمليك الدار منهما فكان عملا بموجب الصيغة من غير احالة فكان اولى بخلاف الرهن لان الدار الواحدة تصلح مرهونة عند كل واحد منهما لان الرهن هو الحبس واجتماعهما على الحبس متصور بان يحبساه معا او يضعاه جميعا على يدي عدل فتكون الدار محبوسة عند كل واحد منهما وهذا مما لا يمكن تحقيقه في الملك فهو الفرق ثم ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا وهب من رجلين فقسم ذلك وسلم

350

الى كل واحد منهما جاز لان المانع هو الشيوع عند القبض وقد زال هذا اذا وهب من رجلين شيا مما يقسم فان كان مما لا يقسم جاز بالاجماع لما ذكرنا فيما تقدم ۰ ثم على اصلهما اذا قال لرجلين وهبت لكما هذه الدار لهذا نصفها ولهذا نصفها جاز لان قوله لهذا نصفها ولهذا نصفها خرج تفسيرا للحكم الثابت بالعقد اذ لا يمكن جعله تفسيرا لنفس العقد بل وقع تمليكا للدار جملة منهما على ما بينا فجعل تفسيرا للحكم فلا يوجب ذلك اشاعة في العقد ولو قال وهبت لكما هذه الدار ثلثها لهذا وثلثاها لهذا لم يجز عند ابي يوسف وجاز عند محمد وجه قول محمد ان العقد متى جاز اثنين يستوي فيه التساوي والتفاضل كعقد البيع وجه قول ابي يوسف ان الجواز عند التساوي بطريق التفسير للحكم الثابت بالعقد وذلك لا يوجب شيوعا في العقد ولما فضل احد النصيبين في معنى افراد العقد لكل واحد منهما فكان هبة المشاع والشيوع يوثر في الهبة ولا يوثر في البيع ولو رهن من رجلين لاحدهما ثلثه وللاخر ثلثاه او نصفه لهذا ونصفه لهذا على التفاضل والتناصف لا يجوز بالاجماع بخلاف ما اذا ابهم بان قال رهنت منكما انه يجوز ولو وهب من فقيرين شيا ينقسم فالهبة من فقيرين بمنزلة التصدق عليهما لان الهبة من الفقير صدقة لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وسنذكر حكمها وعلى هذا تخرج هبة الشجر دون الثمر والثمر دون الشجر والارض دون الزرع والزرع دون الارض انها غير جايزة لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء بجزء فكان كهبة المشاع ولو فصل وسلم جاز كما في هبة المشاع ولو تصدق بعشرة دراهم على رجلين فان كانا غنيين لم يجز عند ابي حنيفة ويجوز عندهما لان التصدق على الغني هبة في الحقيقة والهبة من اثنين لا تجوز عنده وعندهما جايزة وان كانا فقيرين تجوز عندهما كما تجوز الهبة من رجلين وعن ابي حنيفة روايتان في كتاب الهبة انها انه لا تجوز وفي الجامع الصغير انه يجوز وجه رواية كتاب الهبة ان الشياع كما يمنع جواز الهبة يمنع جواز الصدقة على ما ذكرنا فيما تقدم وهاهنا يتحقق الشيوع في القبض وجه رواية الجامع وهي الصحيحة ان معنى الشيوع في القبض لا يتحقق في الصدقة على فقيرين لان المتصدق يتقرب بالصدقة الى الله تعالى ثم الفقير يقبض من الله تعالى قال الله تعالى الم يعلموا ان الله يقبل التوبة عن عباده وياخذ الصدقات وقال صلى الله عليه وسلم الصدقة تقع في يد الرحمن قبل ان تقع في يد الفقير والله تعالى واحد لا شريك له فلا يتحقق معنى الشيوع كما لو تصدق على فقير واحد ثم وكل بقبضها وكيلين بخلاف التصدق على غنيين لان الصدقة على الغني لا يبتغي وجه الله فكانت هدية في الحقيقة لا صدقة قال النبي صلى الله عليه وسلم الصدقة يبتغي بها وجه الله تعالى والدار الاخرة والهدية يبتغى بها وجه الرسول وقضا الحاجة والهدية هبة فيتحقق معنى الشيوع في القبض وانه مانع من الجواز عنده والله اعلم ومنها القبض وهو ان يكون الموهوب مقبوضا وان شيت رددت هذا الشرط الى الموهوب لان القابض والمقبوض من الاسما الاضافية فالعلة

التي تدور عليها الاضافة من الجانبين هي القبض فيصح رده الي كل واحد منهما
في صناعة الترتيب فافهم ۞ والكلام في هذا الشرط في موضعين ۞ في
بيان اصل القبض انه شرط ام لا ۞ وفي بيان شرايط صحة القبض ۞ اما
الاول فقد اختلف فيه قال عامة العلما شرط والموهوب قبل القبض
علي ملك الواهب يتصرف فيه كيف شا وقال مالك ليس بشرط ويملكه
الموهوب له من غير قبض قوله ان هذا عقد تبرع بتمليك العين فينفذ
الملك قبل القبض كالوصية ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم
وهو ما روينا ان ابا بكر وعمر رضي الله عنهما اعتبرا القسمة والقبض
لجواز النحل بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليهما منكر
فيكون اجماعا وروي عن ابي بكر وعمر وعثمان وعلي وبن عباس رضي الله عنهم
انهم قالوا لا تجوز الهبة الا مقبوضة محوزة ولم يرو عن غيرهم خلافه
ولانها عقد تبرع فلو صحت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة
الواهب بالتسليم فيصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية
لانه ليس في ايجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضوعها اذ لا مطالبة
من قبل المتبرع وهو الموصي لانه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة
لا تملك قبل القبض عند عامة العلما وقال بن ابي ليلي وغيره من اهل
الكوفة ليس بشرط وتجوز الصدقة اذا اعلمه وان لم يقبض ولا
تجوز الهبة ولا النحل الا مقسومة واحتجوا بما روي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما قالا اذا اعلمت الصدقة جازت من غير قبض شرط القبض
ولنا ما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال خبرا عن الله
تعالي انه قال يا ابن ادم تقول مالي مالي وليس من مالك الا ما اكلت
فافنيت او لبست فابليت او تصدقت فامضيت اعتبر الامضا
في الصدقة والامضا هو التسليم دل انه شرط وروي عن ابي بكر وعمر
وبن عباس ومعاذ بن جبل رضي الله عنهم انهم قالوا لا تتم الصدقة الا
بالقبض ولان التصدق عقد تبرع فلا يفيد الحكم بنفسه كالهبة وما
روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما محمول علي صدقة الاب علي ابنه الصغير
وبه نقول انه لا حاجة هناك الي القبض حملناه علي هذا توفيقا بين
الدلايل صيانة لها عن التناقض ۞ واما شرايط صحة القبض فمنها
ان يكون القبض باذن المالك لان الاذن بالقبض شرط لصحة القبض
في باب البيع حتي لو قبض المشتري من غير اذن البايع قبل نقد الثمن
كان للبايع حق الاسترداد فلان يكون شرطا في الهبة اولي لان البيع يصح بدون
القبض والهبة لا صحة لها بدونه فلما كان الاذن بالقبض شرطا لصحته
فيما لا يتوقف صحته علي القبض فلان يكون شرطا فيما يتوقف صحته علي القبض
اولي ولان القبض في باب الهبة يشبه الركن وان لم يكن ركنا علي الحقيقة
فيشبه القبول في باب البيع ولا يجوز القبول من غير اذن البايع ورضاه
فلا يجوز القبض من غير اذن الواهب ايضا والاذن نوعان صريح ودلالة
اما الصريح فنحو ان يقول اقبض او اذنت لك بالقبض او رضيت او

ما يجري هذا المجري فيجوز قبضه سوا قبض بحضرة الواهب او بغير حضرته
استحسانا والقياس ان لا يجوز قبضه بعد الافتراق عن المجلس وهو قول زفر
لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول علي احد قوليه فلا يصح بعد الافتراق عن
المجلس كما لا يصح القبول عنده بعد الافتراق وان كان باذن الواهب كالقبول
في باب البيع وجه الاستحسان ما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم حمل
اليه ست بدنات فجعلن يزدلفن اليه فقام فنحر من بينهن وقال من شا فليقطع
وانصرف فقد اذن لهم رسول الله صلي الله عليه وسلم بالقبض بعد الافتراق
حيث اذن لهم بالقطع فيدل علي جواز القبض واعتباره بعد الافتراق ولان
الاذن بقبض الموهوب صريحا بمنزلة اذن البايع بقبض المبيع وذلك يعمل
بعد الافتراق كذا هذا والله اعلم ۞ واما الدلالة فهو ان يقبض الموهوب
له العين في المجلس ولا ينهاه الواهب فيجوز قبضه استحسانا والقياس ان
لا يجوز بعد الافتراق وهو قول زفر ذكر القياس والاستحسان في الزيادات
ولو قبض المشتري المبيع بيعا جايزا بحضرة البايع قبل نقد الثمن يجوز قياسا
واستحسانا حتي كان له ان يسترده في البيع الفاسد اختلاف رواية الكرخي
والطحاوي ذكرناه في البيوع وجه القياس ان القبض ركن في الهبة
كالقبول فيها فلا يجوز من غير اذن كالقبول في باب البيع وجه الاستحسان
ان الاذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لان الاقدام علي ايجاب الهبة اذن
بالقبض لانه دليل قصد التمليك ولا ثبوت للملك الا بالقبض الاقدام علي الايجاب
اذنا بالقبض دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا بخلاف ما بعد الافتراق
لان الاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولان للقبض
في باب الهبة شبها بالركن فاشبه القبول في باب البيع وايجاب البيع يكون
اذنا بالقبول في المجلس لا بعد الافتراق فكذا ايجاب الهبة يكون اذنا
بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق ولو وهب شيئا متصلا بغيره لم يقع
عليه الهبة كالثمر المعلق علي الشجر دون الشجر او الارض دون الشجر
او حلية السيف دون السيف او القفيز من الصبرة او الصوف علي
ظهر الغنم وغير ذلك مما لا جواز للهبة فيه من غير فصل الا بالفصل والقبض
ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الواهب لم يجز القبض سوا كان
الفصل والقبض بحضرة الواهب او بغير حضرته لان الجواز في المنفصل عند
حضرة الواهب للاذن الثابت دلالة الايجاب ولم يوجد ههنا لان الايجاب
لم يقع صحيحا عند وجوده فلا يصلح للاستدلال علي الاذن بالقبض وان
قبض باذنه يجوز استحسانا والقياس ان لا يجوز وهو قول زفر بنا
علي ان العقد اذا وقع فاسدا من حين وجوده لا يحتمل الجواز عنده
بحال لاستحالة انقلاب الفاسد جايزا وعندنا يحتمل الجواز باسقاط
المفسد مقصورا علي الحال او من حين وجود العقد بطريق البيان
علي اختلاف الطريقين اللذين ذكرناهما في كتاب البيوع وكذلك اذا وهب
دينا له علي انسان اخر انه ان قبض الموهوب له باذن الواهب صريحا جاز
قبضه استحسانا والقياس ان لا يجوز وقد ذكرنا وجه القياس والاستحسان

فيما تقدم وان قبضه بحضرته ولم ينهه عن ذلك لا يجوز قياسا واستحسانا
فرق بين العين وبين الدين ووجه الفرق ان الجواز في هبة العين عند عدم
التصريح بالاذن ليكون فيها دلالة الاذن بالقبض لكونه دلالة قصد
تمليك ما هو ملكه من الموهوب له وايجاب الهبة في العين لغير من عليه الدين
لا تصلح دلالة الاذن بقبضه لان دلالته بواسطة دلالة قصد التمليك
وتمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتحقق الا بالتصريح بالاذن بالقبض
لانه اذا اذن له بالقبض صريحا قام قبضه مقام قبض الواهب فيصير
بقبض العين قابضا للواهب اولا ويصير المقبوض ملكا له اولا ثم يصير
قابضا لنفسه من الواهب فيصير الواهب على هذا التقدير الذي ذكرناه
واهبا ملك نفسه والموهوب له قابضا ملك الواهب فصحت الهبة والقبض
واذا لم يصرح بالاذن بالقبض بقي المقبوض من المال العين على ملك من
عليه الدين فلم تصح هبته فيه فلا يجوز قبض الموهوب فهو الفرق بين
الفصلين والله اعلم ۞ ومنها ان لا يكون الموهوب مشغولا بما ليس بموهوب
لان معنى القبض وهو التمكن من التصرف في المقبوض لا يتحقق مع
مع الشغل وعلى هذا يخرج ما اذا وهب دارا فيها متاع الواهب وسلم
الدار اليه او سلم الدار مع ما فيها من المتاع انه لا يجوز لان الفراغ شرط صحة
التسليم والقبض ولم يوجد قبل والحيلة في صحة التسليم ان يودع الواهب
المتاع عند الموهوب له اي يخلي بينه وبين المتاع ثم سلم الدار اليه فتجوز
الهبة فيها لانها مشغولة بمتاع في يد الموهوب له وفي هذه الحيلة اشكال
وهو ان يد المودع يد المودع معنى فكانت يده قائمة على المتاع فيمنع صحة
التسليم ولو اخرج المتاع من الدار ثم سلم فارغا جاز وينظر الى حال القبض
لا الى حال العقد لان المانع من النفاذ قد زال فينفذ كما في هبة المشاع ولو
وهب ما فيها من المتاع دون الدار وخلى بينه وبين المتاع جازت الهبة لان
المتاع لا يكون مشغولا بالدار والدار تكون مشغولة بالمتاع لهذا افترقا
فيصح تسليم المتاع ولا يصح تسليم الدار ولو جمع في الهبة بين الدار والمتاع
الذي فيها فوهبهما جميعا صفقة واحدة وخلى بينه وبينهما جازت الهبة فيهما
جميعا وان فرق بينهما في الهبة بان وهب احدهما ثم وهب الاخر فهذا
لا يخلو اما ان جمع بينهما في التسليم واما ان فرق فان جمع جازت الهبة فيهما
جميعا وان فرق بان وهب احدهما وسلم ثم وهب الاخر وسلم نظر في ذلك
وروعي فيه الترتيب ان قدم هبة الدار فالهبة في الدار لم تجز لانها
مشغولة بالمتاع فلم يصح تسليم الدار وجازت في المتاع لانها غير مشغول
بالدار فيصح تسليمه ولو قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا واما
في المتاع فلانه غير مشغول بالدار فيصح تسليمه واما في الدار فلانها وقت
التسليم كانت مشغولة بمتاع هو ملك الموهوب له فلا يمنع صحة القبض
والله اعلم ۞ وعلى هذا الاصل تخرج ما اذا وهب جارية واستثنى ما في بطنها
او حيوانا واستثنى ما في بطنه انه لا يجوز لانه لو جاز لكان ذلك هبة
ما هو مشغول بغيره وانها غير جائزة لانه لا جواز لها بدون القبض وكون

الموهوب

الموهوب مشغولا بغيره يمنع صحة القبض ولو اعتق بعض ما في بطن جارية
ثم وهب الام يجوز وذكر في العتاق انه لو دبر ما في بطن جاريته لا يجوز
منهم من قال في المسئلة روايتان وجه رواية عدم الجواز ان الموهوب
مشغولا بما ليس بموهوب فاشبه هبة دار فيها متاع الواهب وجه رواية
الجواز وهي رواية الكرخي ان حرية الجنين يجعله مستثنى من العقد لكون
حكم العقد لم يثبت فيه مع تناوله اياه ظاهرا وهذا معنى الاستثناء ولو استثنى
لفظا جازت الهبة في الام فكذا اذا كان مستثنى من حيث المعنى ومنهم من
قال في المسئلة رواية واحدة وفرق بين الاعتاق والتدبير ووجه الفرق ان
المدبر مال المولى فاذا وهب الام فقد وهب ما هو مشغول بمال الواهب فلم
يجز كهبة دار فيها متاع الواهب واما الحر فليس بمال فصار كما لو وهب دارا
فيها حر جالس وذا لا يمنع جواز الهبة كذا هذا ۞ ومنها ان لا يكون الموهوب
متصلا بما ليس بموهوب اتصال الاجزاء لان قبض الموهوب وحده لا يتصور
وغيره ليس بموهوب فكان هذا في معنى الشياع وعلى هذا يخرج ما اذا وهب
ارضا فيها زرع دون الزرع او شجرا عليها ثمر دون الثمر او وهب الزرع
دون الارض او الثمر دون الشجر وخلى بينه وبين الموهوب فانه لا يجوز
لان الموهوب متصل بما ليس بموهوب اتصال جزء فيمنع صحة القبض
ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلم فارغا جاز لان المانع من النفاذ وهو نقوب
الملك قد زال ولو جمع بينهما في الهبة فوهبهما جميعا وسلم متفرقا جاز ولو
فرق بينهما في الهبة فوهب كل واحد منهما في عقد على حدة بان وهب الارض
ثم الزرع او الزرع ثم الارض فان جمع بينهما في التسليم جازت الهبة فيهما
جميعا وان فرق لا تجوز الهبة فيهما جميعا قدم او اخر سوا بخلاف الفصل
الاول لان المانع من صحة القبض هاهنا الاتصال وانه لا يختلف والمانع
هناك الشغل وانه يختلف نظير هذا ما اذا وهب نصف دار مشاع من
رجل ولم يسلم اليه حتى وهب النصف الباقي منه وسلم ثم وهب الباقي وسلم
الكل انه يجوز ولو وهب النصف وسلم ثم وهب الباقي وسلم لا يجوز كذا هذا
وعلى هذا يخرج ما اذا وهب صوفا على ظهر غنم انه لا يجوز لان الموهوب
متصل بما ليس بموهوب وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز
لزوال المانع والله اعلم ۞ وعلى هذا اذا وهب دابة عليها حمل بدون الحمل
انه لا يجوز ولو دفع الحمل منها وسلمها فارغا جاز لما قلنا والله تعالى اعلم
بخلاف هبة ما في بطن جاريته او ما في بطن غنمه او في ضرعها او وهبه
سمن في لبن او دهن في سمسم او زيت في زيتون او دقيق في حنطة
انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة وعند استخراج ذلك لان
الموهوب هناك ليس بمحل العقد لكونه معدوما ولهذا لم يجز بيعها فلا
تجوز هبتها وها هنا بخلافه على ما ذكرناه فيما تقدم ۞ ومنها اهلية القبض
وهي العقل فلا يجوز قبض الصبي والمجنون الذي لا يعقل واما البلوغ
فليس بشرط لصحة القبض استحسانا فيجوز قبض الصبي العاقل ما وهب
له والقياس ان يكون شرطا ولا يجوز قبض الصبي وان كان عاقلا وجه

القياس ان القبض من باب الولاية ولا ولاية له على نفسه فلا يجوز قبضه
في الهبة كما لا يجوز في البيع وجه الاستحسان ان قبض الهبة من التصرفات
النافعة المحضة فيملكه الصبي العاقل كما يملكه وليه ومن هو في عياله
وكذا الصبية اذا عقلت جاز قبضها لما قلنا وكذا الحرية ليست بشرط فيجوز
قبض العبد المحجور اذا وهب له هبة ولا يجوز قبض المولى عنه سواء كان على
المولى دين او لم يكن فالقبض الى العبد والملك للمولى في المقبوض لان القبض
من حقوق العقد والعقد وقع للعبد فكان القبض اليه فكان الاصل هو الحرية
في بني ادم والرق عارض فكان الاصل فيهم اهلية التصرف لهم والانحجار بعارض
الرق عن تصرف يتضمن الضرر بالمولى ولم يوجد فبقي فيه على اصل الحرية والمقبوض
كسب العبد وكسب القن للمولى وكذلك المكاتب اذا وهب له هبة فالقبض اليه
ولا يجوز قبض المولى عنه لما قلنا في القن واذا قبض المكاتب فهو احق به ولا يملكه
المولى لان الهبة كسبه والمكاتب احق باكسابه ۞ ومنها الولاية في احد
نوعي القبض وجملة الكلام فيه ان القبض نوعان قبض بطريق الاصالة
وقبض بطريق النيابة اما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض بنفسه
لنفسه وشرط جوازه العقل فقط على ما بينا واما القبض بطريق النيابة
فالنيابة في القبض نوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس
القبض اما الذي يرجع الى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه
الولاية والحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه او من كان
الصبي في حجره وعياله عند عدم الولاية فيقبض له ابوه ثم وصي ابيه
بعده ثم جده ابو ابيه ثم وصيه ثم وصي جده سواء كان الصبي في عيال
هؤلاء او لم يكن فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرتهم لان لهؤلاء
ولاية عليه فيجوز قبضهم له واذا غاب احدهم غيبة جاز قبض الذي
يتلوه في الولاية لان التاخير الى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير
فتنتقل الولاية الى من يتلوه وان كان دونه كما في ولاية النكاح ولا يجوز
قبض غير هؤلاء الاربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال
القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه كالاخ والعم والام ونحوهم
او اجنبيا لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي فقيام ولاية
التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم فان لم يكن احد من هؤلاء
الاربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحسانا والقياس
ان لا يجوز لفقد الولاية ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله اجنبيا كان
او ذا رحم محرم منه قياسا واستحسانا وانما كان كذلك لان الذي هو في
عياله له عليه ضرب ولاية الا ترى انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي
فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة فقيام هذا القدر
من الولاية يكفي للتصرف فيه منفعة محضة واما من ليس في عياله فلا
ولاية له عليه اصلا فلا يجوز له قبضه كالاجنبي ويقبض للصبية اذا عقلت
ولها زوج قد دخل بها زوجها استحسانا لانها في عياله لكن هذا
اذا لم يكن واحد من هؤلاء فاما عند وجود واحد منهم فلا يجوز قبض

الزوج

الزوج

كذا ذكره الحاكم الجليل في مختصره والله اعلم بالصواب . واما الذي يرجع
الى نفس القبض فهو ان القبض الموجود وقت الهبة ينوب عن قبض الهبة
سواء كان الموجود وقت العقد مثل قبض الهبة او اقوى منه لانه اذا كان
مثله امكن تحقيق التناوب اذ المتماثلات ينوب كل واحد منهما مناب صاحبه
فيسد مسده فتثبت المناوبة بمقتضى المماثلة واذا كان اقوى منه يوجد فيه
المستحق فيه وزيادة وبيان هذا في مسائل اذا كان الموهوب في يد الموهوب
له وديعة او عارية فوهبه منه جازت الهبة وصار قابضا بنفس العقد ووقع
العقد والقبض معا ولا يحتاج الى تجديد القبض بعد العقد استحسانا
والقياس ان لا يصير قابضا ما لم يجدد القبض وهو ان يخلي بين نفسه
وبين الموهوب بعد العقد وجه القياس ان يد المودع ان كان يد صورة
فهو يد المودع معنى فكان المال في يده معنى فصار كانه وهب له ما في يده فلا
بد من القبض بالتخلية وجه الاستحسان ان القبضين متماثلان لان كل واحد
منهما قبض غير مضمون اذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية
فيتماثل القبضان فيتناوبان بخلاف بيع الوديعة والعارية من
المودع والمستعير ان قبضهما لا ينوب عن قبض المبيع لانه قبض امانة
وقبض البيع قبض ضمان فلم يتماثل القبضان بل الموجود ادنى من المستحق
فلم يتناوبا ولو كان الموهوب في يده مغصوبا او مقبوضا ببيع فاسد
او مقبوضا على سوم الشرا فكذلك ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود
المستحق بالعقد وهو اصل القبض وزيادة ضمان ولو كان الموهوب مرهونا
في يده ذكر في الجامع انه يصير قابضا وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة
لان قبض الهبة قبض امانة وقبض الرهن في حق العين قبض امانة ايضا
فيتماثلان فينوب احدهما عن الاخر ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان
فقبض الضمان اقوى من قبض الامانة والاعلى ينوب عن الادنى لوجود الادنى
فيه وزيادة واذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدينه
على الراهن وذكر الكرخي انه لا يصير قابضا حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة
لان قبض الرهن وان كان قبض ضمان لكن هذا لا تصح البراة منه فلا يحتمل
الابرا بالهبة فيصير قبض امانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان
فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم
الشرا لان ذلك الضمان مما يصح البراة عنه فيبرا عنه بالهبة فيبقى
قبض بغير ضمان فيتماثل القبضان فيتناوبا والله اعلم ۞ ولو كان مبيعا قبل
القبض فوهب من البايع لا يكون هبة بل يكون اقالة حتى يصح بدون قبول
البايع ولو باعه من البايع قبل القبض لا يجعل اقالة بل يبطل اصلا وراسا
والفرق بينهما ذكرناه في كتاب البيوع ولو نحل لابنه الصغير شيا جاز ويصير
قابضا له مع العقد كما اذا باع ملكه منه حتى اذا هلك عقيب البيع هلك من
مال الصغير لصيرورته قابضا للصغير مع العقد وينبغي للرجل ان يعدل
بين اولاده في النحل لقوله تعالى ان الله يامر بالعدل والاحسان واما كيفية
العدل فقد قال ابو يوسف رحمه الله العدل في ذلك ان يسوي بينهم في

العطية ولا يفضل الذكر على الانثى وقال محمد العدل بينهم ان يعطيهم
على سبيل المواريث للذكر مثل حظ الانثيين كذا ذكر القاضي الاختلاف
بينهما في شرحه مختصر الطحاوي وذكر محمد رحمه الله في الموطا ينبغي للرجل ان
يسوي بين ولده في النحله ولا يفضل بعضهم على بعض وظاهر هذا يقتضي ان
ان يكون قوله مع قول ابي يوسف وهو الصحيح لان بشيرا ابا النعمان اتى
بالنعمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني نحلت ابني هذا غلاما
كان لي فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم اكل ولدك نحلته مثل هذا قال
لا فقال عليه السلام فارجعه وهذا اشارة الى ان العدل بين الاولاد
في النحلة هو التسوية بينهم ولان في التسوية تاليف القلوب والتفضيل
يورث الوحشة بينهم فكان التسوية اولى ولو نحل بعضا وحرم بعضا
جاز من طريق الحكم لانه تصرف في خالص ملكه لاحق لاحد فيه الا انه لا يكون
عدلا سوا كان المحروم فقيها تقيا او جاهلا فاسقا على قول المتقدمين من
مشايخنا واما على قول المتاخرين منهم لا باس بان يعطي للمتادبين المتفقهين
دون الفسقة الفجرة والله اعلم **فصل** واما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث
مواضع ۔ في بيان اصل الحكم ۔ وفي بيان صفته ۔ وفي بيان ما يرفع الحكم
اما اصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له من غير عوض لان الهبة تمليك
العين من غير عوض فكان حكمها ملك العين من غير عوض ۔ واما صفته
فقد اختلف فيه قال اصحابنا رحمهم الله هي ثبوت ملك غير لازم في الاصل
وللواهب ان يرجع في هبته وانما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع باسباب
عارضة وقال الشافعي الثابت بالهبة ملك لازم في الاصل ولا يثبت الرجوع
الا في هبة خاصة وهي هبة الوالد لولده فيقع الكلام في هذا الفصل في
مواضع ۔ في بيان ثبوت حق الرجوع والهبة ۔ وفي بيان شرائط صحة
الرجوع بعد ثبوت الحق ۔ وفي بيان العوارض المانعة من الرجوع في
الهبة ۔ وفي بيان مائية الرجوع وحكمه شرعا ۔ اما الاول فحق الرجوع
في الهبة ثابت عندنا خلافا للشافعي احتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم انه قال لا يحل لواهب ان يرجع في هبته الا فيما يهب الوالد لولده
وهذا نص في مسئلة هبة الاجنبي والوالد وروي عن النبي صلى الله عليه
وسلم انه قال العايد في هبته كالعايد في قيئه والعود في القي حرام
فكذا في الهبة ولان الاصل في الهبة والعقود هو اللزوم والامتناع يعارض
خلل في المقصود ولم يوجد لان المقصود من الهبة اكتساب الصيت
باظهار الجود والسخا لا طلب العوض فمن طلب منها العوض فقد طلب من
العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه ولنا الكتاب والسنة واجماع الصحابة
رضي الله عنهم اما الكتاب فقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها
او ردوها والتحية وان كانت تستعمل في معاني من التسليم والثنا والهدية
قال قائلهم تحيتهم بيض الولايد لكن الثابت يكون مرادا بقرينة الاية
وهو قوله او ردوها لان الرد انما يتحقق في الاعيان لا في الاعراض لانه
عبارة عن اعادة الشي وذا لا يتصور في الاعراض والمشترك يتعين احد وجوهه

في نفس صح

بالدليل

بالدليل واما السنة فما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي يعوض وهذا نص في
الباب واما اجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي ان عمر وعثمان وعلي وعبد
الله بن عمر وابي الدردا وفضالة بن عبيد وغيرهم رضي الله عنهم انهم قالوا مثل
من هبنا ولم يرو عن غيرهم خلافه فيكون اجماعا ولان العوض المالي قد يكون
مقصودا من الهبة للاجانب فان الانسان قد يهب من الاجنبي احسانا
اليه وانعاما عليه وقد يهب له طمعا في المكافاة والمجازاة عرفا وعادة والموهوب
له مندوب الى ذلك شرعا قال الله تعالى هل جزا الاحسان الا الاحسان
وقال النبي صلى الله عليه وسلم من استصنع اليكم معروفا فكافيوه
وان لم تجدوا ما تكافيوه فادعوا له حتى تعلموا انكم قد كافيتموه وقال
تهادوا تحابوا والتهادي تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين
وقد لا يحصل هذا المقصود من الاجنبي وفوات المقصود في عقد يحتمل
للفسخ يمنع لزومه كالبيع لانه يعدم الرضا والرضا في هذا الباب كما هو
شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في باب البيع اذا وجد المشتري المبيع
معيبا لم يلزم العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة
كذا هنا واما الحديث الاول فله تاويلان احدهما انه محمول على الرجوع
بغير قضا ولا رضا وذلك لا يجوز عندنا الا فيما يهب الوالد لولده فانه
يحل له اخذه من غير رضا الولد ولا قضا القاضي اذا احتاج اليه للانفاق
على نفسه والثاني انه محمول على نفي الحل من حيث المروة والخلق لا من حيث
الحكم لان نفي الحل يحتمل ذلك قال الله تعالى لا يحل لك النسا من بعد قيل
في بعض التاويلات لا يحل لك من حيث المروة والخلق ان تتزوج عليهن
بعد ما اخترن اياك والدار الاخرة على الدنيا وما فيها من الزينة لا من حيث
الحكم اذ كان يحل لهن التزوج بغيرهن وهو تاويل الحديث الاخر ان المراد
منه التشبيه من حيث ظاهر القبح مروة وخلقا لا شرعا الا ترى انه قال في
رواية اخرى العايد في هبته كالكلب يقي ثم يعود في قيه والكلب لا يوصف
بالحرمة الشرعية لكنه يوصف بالقبح الطبيعي كذا هاهنا وقوله فيما يهب
الوالد لولده محمول على اخذ مال ابنه عند حاجته اليه لكنه سماه رجوعا
لتصوره بصورة الرجوع مجازا وان لم يكن رجوعا حقيقة على ما نذكر في
تلك المسئلة ان شا الله تعالى واما شرط صحة الرجوع بعد ثبوت الحق
فقضا القاضي او التراضي حتى لا يصح بدون القضا والرضا لان الرجوع
فسخ بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه لا يصح بدون القضا
والرضا كالرد بالعيب في البيع بعد القبض واما العوارض المانعة من الرجوع
فمنها هلاك الموهوب لانه لا سبيل الى الرجوع في الهالك ولا سبيل
الى الرجوع في قيمته لانها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها
ومنها خروج الموهوب عن ملك الواهب باي سبب كان من البيع والهبة
والموت ونحوها لان الملك يختلف بهذه الاسباب اما البيع والهبة ونحوهما
فظاهر وكذلك بالموت لان الثابت للوارث غير ما كان ثابتا للمورث حقيقة

لان الملك عرض يتجدد في كل زمان الا انه مع تجدده جعل متحدا تقديرا في حق المحل حتى يرد الوارث بالعيب و يرد عليه فيجب العمل بالحقيقة في حق المالك فاختلف الملكان و اختلاف الملكين بمنزلة اختلاف العينين ثم لو وهب عينا لم يكن له ان يرجع في عين اخري فكذا اذا اوجب ملكا لم يكن له ان يفسخ ملكا اخر بخلاف ما اذا وهب لعبد رجل هبة فقبضها العبد ان للواهب ان يرجع فيها لان الملك هناك لم يختلف لان الهبة انعقدت موجبة الملك للمولي ابتدا فلم يختلف الملك وكذا الهبة اذا وهب له هبة وقبضها فللواهب ان يرجع لما قلنا وكذلك ان عتق المكاتب لان الملك الذي اوجبه الهبة قد استقر بالقبض فكانه وهب له بعد العتق فان عجز المكاتب ورد في الرق فللواهب ان يرجع عند ابي يوسف وعند محمد ليس له ان يرجع وهذا بنا على ان المكاتب اذا عجز عن بدل اداء الكتابة فالمولي يملك اكسابه بحكم الملك الاول فلم يختلف الملك فكان له ان يرجع وعند محمد يملكها ملكا مبتدا فاختلف الملك فمنع الرجوع وجه قول محمد ان ملك الكسب للمولي قد بطل بالكتابة لان المكاتب صار احق باكسابه فبطل ملك المولي في الكسب والباطل لا يحتمل العود فكان هذا ملكا مبتدا فمنع الرجوع كملك الوارث وجه قول ابي يوسف ان سبب ثبوت ملك الكسب وهو ملك الرقبة وملك الرقبة قايم بعد الكتابة الا انه ظهوره في ملك الكسب للمولي لضرورة التوصل الي المقصود من الكتابة في جانب المكاتب وهو شرف الحرية باداء بدل الكتابة واذا عجز زالت الضرورة فظهر ملك الكسب تبعا لملك الرقبة فلم يكن هذا ملكا مبتدا والله اعلم ۞ ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة وجملة الكلام في زيادة الهبة انها لا تخلو اما ان كانت متصلة بالاصل واما ان كانت منفصلة فان كانت متصلة بالاصل فانها تمنع الرجوع سوا كانت الزيادة بفعل الموهوب له او لا بفعله نحو ما اذا كان الموهوب جارية مهزولة فسمنت او دارا فبني فيها او ارضا فغرس غرسا او نصب دولابا وغير ذلك يستقي به وهو مثبت في الارض مبني عليها على وجه يدخل في بيع الارض من غير تسمية قليلا كان او كثيرا او كان الموهوب ثوبا فصبغه بعصفر او زعفران فقطعه قميصا وخاطه او جبة وحشاه او قبالانه لا سبيل الي الرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهوبة اذ لم يرد عليها العقد فلا يجوز ان يرد عليها الفسخ ولا سبيل الي الرجوع في الاصل بدون الزيادة لانه غير ممكن فامتنع الرجوع اصلا وان صبغ الثوب بصبغ لا يزيد فيه او ينقصه فله ان يرجع لان المانع من الرجوع هو الزيادة فاذا لم يزده الصبغ في القيمة التحقت الزيادة بالعدم وان كانت الزيادة منفصلة فانها لا تمنع الرجوع سوا كانت متولدة من الاصل كالولد واللبن والثمر او غير متولدة كالارش والعقر والكسب والغلة لان هذه الزوايد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ وانما ورد على الاصل ويمكن فسخ العقد في الاصل دون الزيادة بخلاف المتصلة وبخلاف ولد المبيع انه يمنع الرد

بالعيب لان المانع من هناك هو الربوا لانه يبقي الولد بعد رد الام بكل الثمن مبيعا مقصودا لا يقابله عوض وهذا تفسير الربوا ومعني الربوا لا يتحقق في الهبة لان جريان الربوا يختص بالمعاوضات فجاز ان يبقي الولد موهوبا مقصودا بلا عوض بخلاف البيع وكذلك الزيادة من سعر لا تمنع الرجوع لانه لا تعلق لها بالموهوب وانما هي رغبة يحدثها الله تعالي في القلوب فلا تمنع الرجوع ولهذا لم تعتبر هذه الزيادة في اصول الشرع فلا يعتبر ضمان الغصب ولا الرهن ولا يمنع الرد بالعيب واما نقصان الموهوب فلا يمنع الرجوع لان ذلك رجوع في بعض الموهوب وله ان يرجع في بعض الموهوب مع بقايه بكماله فكما اذا نقص ولا يضمن الموهوب له النقصان لان قبض الهبة ليس بقبض مضمون ۞ ومنها العوض لما روينا عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال الواهب احق بهبته ما لم يثب عنها اي ما لم يعوض ولان التعويض دليل على ان مقصود الواهب هو الوصول الي العوض فاذا وصل فقد حصل مقصوده فيمتنع الرجوع وسوا قل العوض او كثر لما روينا من الحديث من غير فصل والعوض نوعان متاخر عن العقد ومشروط في العقد اما العوض المتاخر عن العقد فالكلام فيه في موضعين ۞ احدهما في بيان شرط جواز هذا التعويض وصيرورة الثاني عوضا ۞ والثاني في بيان ماهية هذا التعويض ۞ اما الاول فله شرايط ثلثة احدها مقابلة العوض بالهبة وهو ان يكون التعويض بلفظ يدل على المقابلة نحو ان يقول هذا عوض من هبتك او بدل هبتك او مكان هبتك او نحلتك هذا عن هبتك او تصدقت بهذا بدلا من هبتك او كافيتك او جازيتك او اثبتك او ما يجري هذا المجري لان العوض اسم لما يقابل المعوض ولا بد من لفظ يدل على المقابلة حتي لو وهب الانسان شيا وقبضه الموهوب له ثم ان الموهوب له ايضا وهب شيا للواهب ولم يقل هذا عوض من مما ذكرنا لم يكن عوضا بل كان هبة مبتداة ولكل واحد منهما حق الرجوع لانه لم يجعل الثاني مقابلا للاول لانعدام ما يدل على المقابلة فكانت مبتداة فيثبت فيها الرجوع والثاني ان لا يكون العوض في العقد مملوكا بذلك العقد حتي لو عوض الموهوب له الواهب الموهوب لا يصح ولم يكن عوضا ولو عوضه ببعض الموهوب عن باقيه فان كان الموهوب على حاله التي وقع العقد لم يكن عوضا لان التعويض ببعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب عادة اذ لو كان مقصوده لامسكه ولم يهبه فلم يحصل مقصوده بتعويض بعض ما دخل تحت العقد فلا يبطل حق الرجوع فان بعض الموهوب يكون عوضا عن الباقي لانه بالتغير صار بمنزلة عين اخري فيصلح عوضا هذا اذا وهب شيا واحدا او اثنين في عقد واحد فاما اذا وهب شيين في عقدين فعوض احدهما عن الاخر فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد يكون عوضا وقال ابو يوسف لا يكون عوضا وجه قول ابي يوسف ان حق الرجوع ثابت في عين ما عوض لانه موهوب والرجوع ثابت في الهبة شرعا فاذا عوض بعض

عن الحق المستحق شرعا فلا يقع موقع العوض بخلاف ما اذا تغير الموهوب فجعل
بعضه عوضا عن الباقي في انه يجوز فكان عوضا لان حق الرجوع قد بطل بالتغير
ان يقع موقع العوض وجه قولهما انهما ملكا بعقدين متباينين فجاز
ان يجعل احدهما عوضا عن الاخر وهذا لانه يجوز ان يكون مقصود
الواهب من هبته الثانية عود الهبة الاولى لان الانسان قد يهب شيا
ثم يبدو له فصار الموهوب باحد العقدين بمنزلة عين اخرى بخلاف
ما اذا عوض بعض الموهوب عن الباقي وهو على حاله التي وقع عليها العقد
لان بعض الموهوب لا يكون مقصود الواهب فان الانسان لا يهب شيا
ليسلم له بعضه عوضا عن باقيه وقوله حق الرجوع ثابت شرعا نعم
لكن الرجوع في الهبة ليس بواجب فلا يمنع وقوعه عن جهة اخرى
كما لو باع منه ولو وهب له شيا وتصدق عليه بشي فعوضه الصدقة
من الهبة كانت عوضا بالاجماع على اختلاف الاصلين اما على اصل ابي
حنيفة ومحمد فلا يشكل لانهما لو ملكا بعقدين متفقين لجاز ان يكون
احدهما عوضا عن الاخر فعند اختلاف العقدين اولى واما على اصل ابي
يوسف فلان الصدقة لا يثبت فيها حق الرجوع فوقعت موقع العوض والثالث
سلامة العوض للواهب فان لم يسلم بان استحق من يده لم يكن عوضا
وله ان يرجع في الهبة لان بالاستحقاق تبين ان التعويض لم يصح فكانه
لم يعوض اصلا فله ان يرجع ان كان الموهوب قايما بعينه لم يهلك ولم
يزدد خيرا ولم يحدث فيه ما يمنع الرجوع فان كان قد هلك او استهلكه
الموهوب له لم يضمنه كما لو هلك او استهلكه قبل التعويض وكذا اذا ازداد
خيرا لم يضمن كما لو قبل التعويض ولو استحق بعض العوض وبقي العوض
فالباقي عوض عن كل الموهوب وان شا رد ما بقي من العوض ورجع في الموهوب
ان كان قايما في يده وهذا قول اصحابنا الثلاثة وقال زفر يرجع في الهبة
بقدر المستحق من العوض وجه قوله ان معنى المعاوضة تثبت من الجانبين
جميعا فكما ان الثاني عوض عن الاول فالاول يصير عوضا عن الثاني ثم لو
استحق بعض الهبة الاولى كان للموهوب له ان يرجع في بعض العوض اذا
استحق بعض العوض كان للواهب ان يرجع في بعض الهبة تحقيقا للمعاوضة
ولنا ان الباقي يصلح عوضا عن كل الهبة الا ترى انه لو لم يعوضه الا
به في الابتدا كان عوضا مانعا من الرجوع فكذا في حالة البقا لان البقا
اسهل الا ان للواهب ان يرده ويرجع في الهبة لان الموهوب له غره
حيث عوضه لاسقاط الرجوع بشي لم يسلم له فيثبت له الخيار ولان
سلامة الموهوب للموهوب له تشترط للزوم التعويض حتى لو استحق
الموهوب كان للواهب له ان يرجع فيما عوض لانه انما عوض ليسقط
حق الرجوع في الهبة الاولى فاذا استحق الموهوب تبين ان حق الرجوع
لم يكن ثابتا فصار كمن صالح عن دين ثم تبين انه لا دين عليه وكذلك
لو استحق نصف الموهوب فللموهوب له ان يرجع في نصف العوض
ان كان الموهوب مما يحتمل القسمة لانه انما جعل عوضا عن حق الرجوع

في جميع الهبة فاذا لم يسلم له بعضه يرجع في العوض بقدره سوا زاد العوض او
نقص في السعر او زاد في البدن وان نقص في البدن كان له ان ياخذ نصفه
ونصف النقصان كذا روي عن محمد رحمه الله في الاملا وانما لم يمنع الزيادة
عن الرجوع في العوض لانه تبين انه قبضه بغير حق فصار كالمقبوض بعقد
فاسد فيثبت الفسخ في الزوايد فان قال الموهوب له ارد ما بقي من الهبة
وارجع في العوض كله لم يكن له ذلك لان العوض لم يكن مشروطا في العقد
بل هو متاخر عنه والعوض المتاخر ليس بعوض عن العين حقيقة بل هو
لاسقاط الرجوع وقد حصل له سقوط الرجوع فيما بقي من الهبة فلم يكن
له ان يرجع في الهبة فان كان العوض مستهلكا ضمن فانتقض العوض بقدر
ما وجب الرجوع للموهوب له فيه من العوض وان استحق كل الهبة والعوض
مستهلك يضمن كل قيمة العوض كذا ذكر في الاصل من غير خلاف وهو
احدى روايتي بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله وروى بشر
رواية اخرى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رحمهما الله انه لا يضمن شيا
وهو قول ابي يوسف وجه رواية الاصل ان القبض في العوض ما وقع
مجانا وانما وقع مبطلا حق الرجوع في الاول فاذا لم يسلم المقصود منه
بقي القبض مضمونا فكما يرجع بعينه لو كان قايما يرجع بقيمته اذا هلك
وجه الرواية الاخرى ان العوض في المتاخر عن العقد في حكم الهبة
المبتداة حتى يشترط فيه شرايط من القبض والحيازة والموهوب
غير مضمون بالهلاك والله اعلم هذا اذا كان الموهوب او العوض شيا
يحتمل القسمة فاستحق بعضه فاما اذا كان مما لا يحتمل القسمة فاستحق
بعض احدهما بطل العوض ان كان هو المستحق وكذا تبطل الهبة
ان كانت هي المستحقة واذا بطل العوض يرجع في الهبة واذا بطل الهبة
يرجع في العوض لان بالاستحقاق تبين ان الهبة والتعويض وقع في
متاع يحتمل القسمة وذلك باطل والله اعلم واما بيان ما يثبته فالتعويض
المتاخر عن الهبة هبة مبتداة بلا خلاف بين اصحابنا يصح بما تصح به الهبة
ويبطل بما تبطل به الهبة لا يخالفها الا في اسقاط الرجوع على معنى انه يثبت
الرجوع في الاول ولا يثبت في الثانية فاما فيما ورا ذلك فهو في حكم هبة مبتداة
لانه تبرع بتمليك العين للحال وهذا معنى الهبة الا انه تبرع به ليسقط
حق الرجوع عن نفسه في الهبة فكانت هبة مبتداة مسقطة لحق الرجوع
في الهبة الاولى ولو وجد الموهوب له بالموهوب عيبا فاحشا له ان يرده
ويرجع في العوض وكذلك الواهب اذا وجد بالعوض عيبا لم يكن له
ان يرد العوض ويرجع في الهبة لان الرد بالعيب من خواص المعاوضات
والعوض اذا لم يكن مشروطا في العقد لم يكن عوضا على الحقيقة بل كان
هبة مبتداة ولا يظهر معنى العوضية فيه الا في اسقاط الرجوع خاصة
فاذا قبض الواهب العوض فليس لكل واحد منهما ان يرجع على صاحبه
فيما ملكه اما الواهب فلانه قد سلم له العوض عن هبته وانه يمنع الرجوع
واما الموهوب له فلانه قد سلم له ما هو في معنى العوض في حقه وهو سقوط

الرجوع فيمنعه من الرجوع لقوله صلى الله عليه وسلم الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها وسوا عوضه الموهوب له او اجنبي بامر الموهوب له او
بغير امره لم يكن للواهب ان يرجع في هبته ولا للمعوض ان يرجع في العوض
على الواهب ولا على الموهوب له اما الواهب فانما لا يرجع في هبته لان الاجنبي
ان عوض بامر الموهوب له قام تعويضه مقام تعويضه بنفسه لم يرجع
فكذا اذا عوض الاجنبي بامره وان عوض بغير امره فقد تبرع باسقاط
الحق عنه والتبرع باسقاط الحق عن الغير جائز كما لو تبرع بمخالعة امراة
من زوجها واما المعوض فانما لا يرجع على الواهب لان مقصوده من
التعويض سلامة الموهوب له واسقاط حق الرجوع وقد سلم له ذلك وانما
لا يرجع على الموهوب له اما اذا كان بغير امره فلانه تبرع باسقاط الحق عنه
فلا يملك ان يجعل ذلك مضمونا عليه واما اذا بامره لا يرجع عليه ايضا الا
اذا قال له عوض عني على اني ضامن لانه اذا امره بالتعويض ولم يضمن له
فقد امره بما ليس بواجب عليه بل هو متبرع به فلم يوجب ذلك الضمان
على الامر الا بشرط الضمان وعلى هذا قالوا فيمن قال لغيره اطعم عن كفارة
يميني وادّ زكوتي ففعل انه لا يرجع بذلك على الامر الا ان يقول على اني
ضامن لانه امره بما ليس بمضمون عليه بخلاف ما اذا امره بقضا الدين
فقضي انه يرجع على الامر وان لم يقل على اني ضامن نصا لان قضا الدين
مضمون على الامر فاذا امره به فقد ضمن له ولو عوض الموهوب له الواهب
عن نصف الهبة كان عوضا عن نصفها وكان للواهب ان يرجع في النصف
الاخر ولا يرجع فيما عوض عنه لان حق الرجوع في الهبة مما يتجزي الا انه
لو رجع في نصف الهبة ابتدا دون النصف جاز جاز ان يثبت حق الرجوع
في النصف دون النصف بخلاف العفو عن القصاص والطلاق لان ذلك مما
لا يتجزي فكان اسقاط الحق عن البعض اسقاطا عن الكل والله اعلم واما
العوض المشروط في العقد بان قال وهبت لك هذا الشي على ان تعوضني
هذا الثوب فقد اختلف في ماهية هذا العقد قال اصحابنا الثلاثة رحمهم
الله ان عقده عقد هبة وجوازه جواز بيع وربما عبروا انه هبة ابتدا
بيع انتها حتى لا يجوز في المشاع الذي ينقسم ولا يثبت الملك في كل واحد
منهما قبل القبض ولكل واحد منهما ان يرجع في سلعته ما لم يتقابضا وكذا
اذا قبض احدهما ولم يقبض الاخر فلكل واحد منهما ان يرجع القابض وغير
القابض فيه سوا حتى يتقابضا جميعا واذا تقابضا كان ذلك بمنزلة
البيع يرد كل واحد منهما بالعيب وعدم الروية ويرجع في الاستحقاق
وتجب الشفعة اذا كان غير منقول وقال زفر عقده عقد بيع وجوازه جواز
بيع وهو بيع ابتدا وانتها ويثبت فيه جميع احكام البيع فلا يبطل بالشيوع
ويفيد الملك من نفسه من غير شرط القبض ولا يملكان الرجوع وجه
قوله ان معنى البيع موجود في العقد لان البيع تمليك العين بعوض
وقد وجد الا انه اختلفت العبارة واختلاف العبارة لا يوجب اختلاف
الحكم كلفظة البيع مع لفظة التمليك ولنا انه وجد في هذا العقد لفظ

الهبة

الهبة ومعنى البيع فيعطي شبه العقدين فيعتبر فيه القبض والحيازة شبه
الهبة ويثبت فيه حق الرد بالعيب وعدم الروية وحق الشفعة عملا بشبه
البيع عملا بالدليلين بقدر الامكان • ومنها ما هو في معنى العوض وهو
انواع ثلاثة • احدها صلة الرحم المحرم فلا رجوع في الهبة لذي رحم محرم
من الواهب وهذا عندنا وقال الشافعي يرجع الوالد فيما يهب لولده
احتج بما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لواهب ان
يرجع في هبته الا الوالد فيما يهب لولده وهذا نص في الباب ولنا
ما روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الواهب احق بهبته
ما لم يثب منها اي ما لم يعوض وصلة الرحم عوض معنى لان التواصل سبب
التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة الى استيفا النفس وسبب الثواب
في الدار الاخرة فكان اقوى من العوض المالي وقد روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال اتقوا الله وصلوا الارحام فانه ابقى لكم في الدنيا
وخير لكم في الاخرة فيدخل تحت النص وروي عن عمر رضي الله عنه انه
قال من وهب هبة لصلة رحم او على وجه صدقة فانه لا يرجع فيها وهذا
نص في الباب والحديث محمول على النهي عن شرا الموهوب لكنه سماه رجوعا
مجازا لتصوره بصورة الرجوع كما روي ان عمر رضي الله عنه تصدق
بفرس له على رجل ثم وجده يباع في السوق فاراد ان يشتريه فسال
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له لا تعد في صدقتك وعمر
رضي الله عنه قصد الشرا لا العود في الصدقة لكن سماه عودا لتصوره
بصورة العود وهو نهي ادب لان الموهوب له يستحيي فيسامحه في ثمنه
فيصير كالراجع في بعضه والرجوع مكروه وهذا المعنى لا يوجد في
هبة الوالد لولده لان الولد لا يستحيي عن المضايقة في استيفا
الثمن لمباسطة بينهما عادة فلم يكره الشرا حملناه على هذا توفيقا بين
الدليلين صيانة لهما عن التناقض ولو وهب لذي رحم غير محرم فله
ان يرجع لقصور معنى الصلة في هذه القرابة فلا يكون في معنى العوض
وكذا اذا وهب لذي محرم لا رحم له لانعدام معنى الصلة اصلا ولو وهب
لعبد هو ذو رحم محرم ومولاه اجنبي فاما ان كان المولى ذا رحم محرم
من الواهب والعبد اجنبيا واما ان كان المولى والعبد جميعا ذوي
رحم محرم من الواهب فان كان العبد ذا رحم محرم من الواهب والمولى
اجنبيا فله ان يرجع بلا خلاف بين اصحابنا لان حكم العقد يقع للمولى
وانما الواقع للعبد صورة العقد بلا حكم وانه لا يفيد معنى الصلة
فانعدم معنى العوض اصلا وان كان المولى ذا رحم محرم من الواهب
والعبد اجنبيا اختلفوا فيه قال ابو حنيفة رحمه الله يرجع وقال
ابو يوسف ومحمد لا يرجع وجه قولهما ان بطلان حق الرجوع لحصول
الصلة لانها في معنى العوض على ما بينا ومعنى الصلة انما يتحقق
بوقوع الحكم للقريب والحكم وقع للمولى فصار كان الواهب اوجب
له الهبة ابتدا وانه يمنع الرجوع كذا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله

ان الملك لم يثبت للمولى بالهبة لانها وقعت للعبد الا ترى ان القبض اليه لا الى
المولى وانما يثبت ضرورة تعذر الاثبات للعبد فاقيم مقامه فاذا لم يثبت
الملك له بالهبة لم تحصل معنى الصلة بالعقد فلا يمتنع الرجوع معما ان الملك
لم يثبت له بالهبة لكن وقعت للمولى من وجه لان الايجاب اضيف الى العبد والملك
وقع للمولى اذا لم يكن عليه دين فلم يتكامل معنى الصلة في الهبة فصارت
كالهبة لذي رحم غير محرم وان كانا جميعا ذا رحم محرم من الواهب فقد ذكر الكرخي
عن محمد ان قياس قول ابي حنيفة ان يرجع لان قرابة العبد لا توثر الا في اسقاط
الرجوع لان الملك لم يقع له وقرابة المولى ايضا لا توثر لان الايجاب لم يقع
له وحق الرجوع هو الاصل في الهبة والامتناع لعارض المسقط ولم يوجد
فلا يسقط وذكر الفقيه ابو جعفر الهندواني انه ليس له ان يرجع في هذه المسئلة
في قولهم لان الهبة اما ان يعتبر فيها حال العبد او حال المولى وايهما كان
فرحمه كاملة والصلة الكاملة تمنع الرجوع والجواب انه لا يعتبر ههنا
حال العبد وحده ولا حال المولى وحده بل يعتبر حالهما جميعا واعتبار حالهما
لا يمنع الرجوع والله اعلم وعلى هذا التفريع اذا وهب لمكاتب شيا وهو ذو
رحم محرم من الواهب او مولاه ذو رحم محرم من الواهب انه ان ادى المكاتب
فعتق يعتبر حاله في القرابة وعدمها وان كان اجنبيا يرجع وان كان قريبا
لا يرجع لانه لما ادى فعتق استقر ملكه فصار كان الهبة وقعت له وهو حر
ولو كان كذلك يرجع ان كان اجنبيا وان كان قريبا لا يرجع كذا هذا وان
عجز ورد في الرق فقياس قول ابي حنيفة رحمه الله انه يعتبر حال المولى في
القرابة وعدمها ان كان اجنبيا فللواهب ان يرجع وان كان قريبا فليس
له ان يرجع بنا على ان الهبة اوجبت ملكا موقوفا على المكاتب وعلى مولاه
على معنى انه ان ادى فعتق تبين ان الملك وقع له من حين وجوده وان عجز ورد
في الرق يظهر انه وقع للمولى من حين وجوده كان الهبة وقعت له من الابتدا
وعلى قول محمد لا يرجع في الاحوال كلها لان عنده كسب المكاتب يكون للمكاتب
من موقف للمولى ثم ينتقل الى المولى بالعجز كانه وهب لحي فمات وانتقل الموهوب
الى ورثته والله اعلم والثاني الزوجية فلا يرجع كل واحد من الزوجين
فيما وهبه لصاحبه لان صلة الزوجية تجري مجرى صلة القرابة
الكاملة بدليل انه يتعلق بها التوارث ولا يدخلها حجب الحرمان والقرابة
الكاملة مانعة من الرجوع فكذا ما يجري مجراها والثالث الثواب
فلا رجوع في الهبة من الفقير بعد قبضها لان الهبة من الفقير صدقة
لانه يطلب بها الثواب كالصدقة ولا رجوع في الصدقة على الفقير
بعد قبضها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى
وان لم يكن عوضا على الحقيقة اذ العبد لا يستحق لمولاه عليه عوضا ولو
تصدق على غني فالقياس ان يكون له حق الرجوع لان التصدق على الغني
يطلب منه العوض عادة فكان هبة في الحقيقة فيوجب الرجوع الا انهم
استحسنوا فقالوا ليس له ان يرجع لان الثواب قد يطلب بالصدقة
على الاغنيا ان من له نصاب تجب فيه الزكاة وله عيال لا يكفيه ما

في يده ففي الصدقة عليه ثواب واذا كان الثواب مطلوبا من ذلك في الجملة
فاذا اتى بلفظة الصدقة دل انه اراد به الثواب وانه يمنع الرجوع لما
بينا والله الموفق ۞ واما الشيوع فلا يمنع الرجوع في الهبة فللواهب ان
يرجع في نصف الموهوب مشاعا وان كان يحتمل القسمة بان وهب دارا فباع
الموهوب له نصفها مشاعا فان للواهب ان يرجع في الباقي وكذا لو لم يبع
نصفها وهي قايمة في يد الموهوب له فله ان يرجع في بعضها دون بعض
بخلاف الهبة المستقبلة فانها لا تجوز في المشاع الذي يحتمل القسمة
لان القبض شرط جواز العقد والشياع يخل بالقبض الممكن من التصرف
والرجوع فسخ والقبض ليس بشرط لجواز الفسخ فلا يكون الشيوع مانعا من
الرجوع واما بيان مائية الرجوع وحكمه فنقول وبالله التوفيق لا
خلاف في ان الرجوع في الهبة بقضا القاضي فسخ واختلف في الرجوع فيها بالتراضي
فمسايل اصحابنا تدل على انه فسخ كالرجوع بالقضا فانهم قالوا يصح الرجوع في المشاع
الذي يحتمل القسمة ولو كان هبة مبتداة لم يصح مع الشياع وكذا لا تقف
صحته على القبض ولو كان هبة مبتداة لوقف صحته على القبض وكذلك لو
وهب لانسان شيا ووهبه الموهوب له لاخر ثم رجع الثاني في هبته
كان للاول ان يرجع ولو كان هبة مبتداة لم يكن له حق الرجوع فهذه المسايل
تدل على ان الرجوع بغير قضا فسخ وقال زفر انه هبة مبتداة وجه قوله
ان ملك الموهوب عاد الى الواهب بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فيعتبر
عقدا جديدا في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض والدليل على انه هبة
مبتداة ما ذكر محمد رحمه الله ان الموهوب له اذا رد الهبة في مرض موته
انها تكون من الثلث وهذا حكم الهبة المبتداة ولنا ان الواهب بالفسخ يستوفي
في حق نفسه واستيفا الحق لا يتوقف على قضا القاضي والدليل على انه يستوفي
حق نفسه بالفسخ ان الهبة عقد جايز موجب حق الفسخ فكان بالفسخ
مستوفيا حقا ثابتا له فلا يقف على القضا بخلاف الرد بالعيب بعد
القبض بغير قضا القاضي انه يعتبر بيعا جديدا في حق ثالث لانه لا
حق للمشتري في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يسلم احتل
رضاه فيثبت حق الفسخ ضرورة فتوقف لزوم حق الفسخ في حق ثالث على
قضا القاضي واما ما ذكره محمد رحمه الله فمن اصحابنا من التزم وقال
هذا يدل على ان الرجوع بغير قضا هبة مبتداة وما ذكرنا من المسايل
يدل على انه فسخ فكان في المسئلة روايتان ومنهم من قال هذا لا يدل
على اختلاف الروايتين لانه انما اعتبر الرد من الواهب لكون المريض
متهما في الرد في حق ورثته فكان فسخا فيما بين الواهب والموهوب له
هبة مبتداة في حق الورثة وهذا ليس بممتنع ان يكون العقد الواحد
له حكمان مختلفان كالاقالة فانها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق
ثالث غيرهما والله اعلم ۞ واذا انفسخ العقد عاد الموهوب الى قديم ملك
الواهب ويملكه الواهب وان لم يقبضه لان القبض انما يعتبر في انتقال
الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع

شرعا صح

في كتاب الهبة صح

امانة في يد الموهوب له حتي لو هلك في يده لا يضمن لان قبض الهبة قبض غير
مضمون واذا انفسخ عقدها بقي علي ما كان قبل ذلك امانة غير موجب للضمان فلا يصير
مضمونا عليه الا بالتعدي كسابر الامانات ولو لم يتراضيا علي الرجوع ولا قضي
القاضي به ولكن الموهوب له وهب الموهوب للواهب وقبله الواهب لا و لـ
لا يملكه حتي يقبضه واذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي او قضا القاضي
وليس للموهوب له ان يرجع فيه وكذلك الصدقة اما وقوف العلم فيه علي القبض
فلان الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ وملك الواهب لا يزول الا بالقبض بخلاف
ما اذا تراضيا علي الرجوع ان الواهب يملكه بدون القبض لان اتفاقهما علي الرجوع
اتفاق علي الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم اذا قبض الواهب قام ذلك
مقام الرجوع لان الرجوع مستحق فتقع الهبة عن الرجوع المستحق ولا يقع موقع
الهبة المبتداة فلا يصح الرجوع فيها والله اعلم **فصل** واما بيان ما يرفع حكم
الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ اما بالاقالة او بالرجوع بقضا القاضي او بالتراضي
علي ما بينا واذا انفسخ العقد يعود الموهوب الي قديم ملكه بنفس الفسخ من غير
الحاجة الي القبض لما ذكرنا فيما تقدم والله اعلم بالصواب

كتاب الرهن

الكلام في هذا الكتاب في مواضع ٭ في بيان
ركن عقد الرهن ٭ وفي بيان شرايط الركن ٭ وفي بيان حكم الرهن ٭ وفي بيان
ما يخرج به الرهن عن كونه مرهونا وما يبطل به الرهن وما لا يبطل ٭ وفي بيان حكم
اختلاف الراهن والمرتهن والعدل ٭ اما ركنه فهو الايجاب والقبول وهو
ان يقول الراهن رهنتك هذا الشي بما لك علي من الدين او يقول هذا الشي
رهن بدينك وما جري هذا المجري ويقول المرتهن ارتهنت او قبلت او رضيت وما
يجري مجراه فاما لفظ الرهن فليس بشرط حتي لو اشتري شيا بدراهم او دفع الي
البايع ثوبا وقال له امسك هذا الثوب حتي اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتي
بمعني العقد والعبرة في العقود للمعاني والله اعلم **فصل** واما الشرايط فانواع
بعضها يرجع الي نفس الرهن وبعضها يرجع الي الراهن والمرتهن وبعضها يرجع الي
المرهون به اما الذي يرجع الي نفس الرهن فهو ان لا يكون معلقا بشرط ولا مضافا
الي الوقت لان في الرهن والارتهان معني الايفا والاستيفا فيشبه البيع وانه لا يحتمل
التعليق بشرط والاضافة الي وقت كذا هذا واما الذي يرجع الي الراهن والمرتهن
فعقلهما حتي لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل فاما البلوغ
فليس بشرط وكذا الحرية حتي يجوز من الصبي الماذون والعبد الماذون صح لان ذلك من توابع التجارة
فيملكه من يملك التجارة ولان الرهن والارتهان من باب ايفا الدين واستيفايه
وهما يملكان ذلك وكذا السفر ليس بشرط لجواز الرهن فيجوز الرهن في السفر
والحضر جميعا لما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه استقرض من يهودي
بالمدينة طعاما ورهنه درعه وكان ذلك رهنا في الحضر ولان ما شرع له الرهن
وهو الحاجة الي توثيق الدين يوجد في الحالين وهو الامن من توي الحق بالجحود والانكار
وتذكره عند السهو والنسيان والتنصيص علي السفر في كتاب الله تعالي ليس للتقييد به
بل اخرج الكلام مخرج العادة كقوله تعالي فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا واما الذي يرجع
الي المرهون فانواع منها ان يكون محلا قابلا للبيع وهو ان يكون موجودا وقت

العقد

العقد مالا متقوما مطلقا معلوما مقدور التسليم ونحو ذلك فلا يجوز رهن ما ليس
بموجود عند العقد ولا رهن ما هو محتمل للوجود والعدم كما اذا رهن ما يثمر نخله
العام او ما تلد اغنامه السنة او ما في بطن هذه الجارية ونحو ذلك ولا رهن الميتة والدم
لانعدام ماليتهما ولا رهن صيد الحرم والاحرام لانه ميتة ولا رهن الحر لانه ليس بمال
اصلا ولا رهن ام الولد والمدبر المطلق والمكاتب لانهم احرار من وجه فلا يكون اموالا
مطلقة ولا رهن الخمر والخنزير من المسلم سوا كان العاقدان مسلمين او احدهما مسلما
لانعدام الخمر والخنزير في حق المسلم وهذا لان الرهن ايفا الدين من الخمر واستيفاوه الا
ان الراهن اذا كان ذميا كانت الخمر مضمونة علي المسلم المرتهن لان الرهن اذا لم يصح كانت
الخمر في يده كالمغصوب في يد المسلم وخمر الذمي مضمون علي المسلم لان الرهن اذا لم يصح
بالغصب واذا كان الراهن مسلما والمرتهن ذميا لا تكون مضمونة علي الذمي لان خمر
المسلم لا تكون مضمونة علي احد واما في حق اهل الذمة فيجوز رهن الخمر والخنزير
وارتهانهما منهم لان ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الخل والشاة في حقنا ولا رهن
المباحات من الصيد والحطب والحشيش ونحوها لانها ليست بمملوكة في انفسها فاما كونه
مملوكا للراهن فليس بشرط لجواز الرهن حتي يجوز للراهن رهن مال الغير بغير اذنه لولاية
شرعية كالاب والوصي رهن مال الصبي بدينه او بدين نفسه لان الرهن لا يخلو اما
ان يجري مجري الايداع واما ان يجري مجري المبادلة والاب يملك كل واحد منهما في مال
الصغير فانه يبيع مال الصغير بدين نفسه ويودع مال الصغير فان هلك الرهن في يد
المرتهن قبل ان يفتكه الاب هلك بالاقل من قيمته ومما رهن لان الرهن وقع صحيحا وهذا حكم
الرهن الصحيح وضمن الاب قدر ما سقط من الدين بهلاك الرهن لانه قضا دين نفسه بمال
ابنه فيضمن فلو ادرك الولد والرهن قايم عند المرتهن فليس له ان يسترده قبل قضا
الدين لما ذكرنا ان الرهن وقع صحيحا لوقوعه عن ولاية شرعية فلا يملك الولد نقضه ولكن
يومر الاب بقضا الدين ورد الرهن علي ولده لزوال ولايته بالبلوغ ولو قضي الولد
دين ابيه وافتك الرهن لم يكن متبرعا ويرجع بما قضي علي ابيه لانه مضطر في قضا هذا
الدين اذ لا يمكنه الوصول الي ملكه الا بقضا الدين كله فكان مضطرا فيه فلم يكن متبرعا
بل يكون مامورا بالقضا من قبل ابيه دلالة فكان له ان يرجع عليه بما قضي كما لو استعار
من انسان عبده ليرهنه بدين نفسه فرهن ثم ان المعير قضي دين المستعير وافتك
الرهن انه يرجع بجميع ما قضي علي المستعير لما قلنا كذا هذا وكذلك حكم الوصي في جميع
ما قلنا حكم الاب وانما يفترقان في فصل اخر وهو انه يجوز للاب ان يرهن مال الصغير
بدين ثبت علي الصغير فاذا هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين واذا ادرك الولد
ليس له ان يسترده اذا كان الاب اشهد علي الارتهان وان كان لم يشهد علي العقد لا
يصدق عليه الا بعد الادراك الا بتصديق الولد ويجوز له ان يرهن ماله عند ولده الصغير
بدين الصغير عليه ويحبسه لاجل الولد واذا هلك بعد ذلك يهلك بالاقل من قيمته
ومن الدين اذا كان اشهد عليه قبل الهلاك وان كان لم يشهد قبل الهلاك لا يصدق الا
ان يصدقه الولد بعد الادراك والوصي لو فعل مثل هذا مع اليتيم لا يصدق يجوز رهنه ولا
ارتهانه اما علي اصل محمد فلا يشكل لانه لا يري بيع مال اليتيم من نفسه ولا شرا
ماله لنفسه اصلا فكذلك الرهن وعلي قولهما ان كان يجوز البيع والشرا ولكن اذا كان
خيرا لليتيم ولا خير له في الرهن لانه يهلك ابدا بالاقل من قيمته ومن الدين فلم يكن فيه

خير للمتيم فلم يجز والله اعلم ۞ وكذا يجوز رهن مال الغير بغير اذنه كما لو استعار
من انسان شيا ليرهنه بدين على المستعير لما ذكرنا ان الرهن ايفا الدين وقضاوه
والانسان بسبيل من ان يقضي دين نفسه بمال غيره بغير اذنه ثم اذن المالك
بالرهن فاذنه بالرهن لا يخلوا اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا
فللمستعير ان يرهنه بالقليل والكثير وباي جنس شا وفي اي مكان كان ومن اي
انسان اراد لان العمل باطلاق اللفظ اصل وان كان مقيدا بان سمي قدرا وجنسا
او مكانا او انسانا يتقيد به حتي لو اذن له ان يرهنه بعشرة لم يجز له ان يرهنه
باكثر منها ولا باقل لان المتصرف باذن يتقيد تصرفه بقدر الاذن والاذن
لم يتناول الزيادة فلم يكن له ان يرهن بالاكثر ولا بالاقل لان المرهون مضمون
والمالك انما جعله مضمونا بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان
التقييد به مفيدا وكذا لو اذن له ان يرهنه بجنس لم يجز له ان يرهنه
بجنس اخر لان قضا الدين من بعض الاجناس قد يكون ايسر من بعض فكان
التقييد بالجنس مفيدا وكذا اذا اذن له ان يرهنه بالكوفة لم يجز ان يرهنه
بالبصرة لان التقييد بمكان دون مكان مفيد فيتقيد فيتقيد بالمكان
المذكور وكذا لو اذن له ان يرهنه من انسان بعينه لم يجز له ان يرهنه
من غيره لان الناس متفاوتون في المعاملات فكان التعيين مفيدا
فان خالف في شي مما ذكرنا فهو ضامن لقيمته اذا هلك لانه تصرف في ملك
الغير بغير اذنه فصار غاصبا وللمالك ان ياخذ الرهن من يدي المرتهن
لان الرهن لم يصح فبقي المرهون في يده بمنزلة المغصوب فكان له ان ياخذه
منه وليس لهذا المستعير ان ينتفع بالرهن لا قبل الرهن ولا بعد الفكاك
فان فعل ضمن لانه لم يوذن له الا بالرهن فان انتفع به قبل ان يرهنه ثم رهنه
بمثل قيمته بري من الضمان حين رهن ذكره في الاصل لانه لما انتفع به
فقد خالف ثم لما رهنه فقد عاد الي الوفاق فيبرا عن الضمان كالمودع اذا
عاد الي الوفاق بعد ما خالف في الوديعة بخلاف ما اذا استعار العين لينتفع
بها فخالف ثم عاد الي الوفاق انه لا يبرا عن الضمان لان المستعير للانتفاع
ليست يده يد المالك بل يد نفسه حيث تعود المنفعة اليه فلم يكن بالعود
الي الوفاق راد المال الي يد المالك فلا يبرا عن الضمان فاما المستعير
للرهن فيده قبل الرهن يد المالك فاذا عاد الي الوفاق فقد رد المال الي يد
المالك فيبرا عن الضمان واذا قبض المستعير العارية فهلكت في يده قبل
ان يرهنها فلا ضمان عليه لانها هلكت في قبض العارية لا في قبض الرهن
وقبض العارية قبض امانة لا قبض ضمان وكذلك اذا هلك في يده بعدما
افتكه من يد المرتهن لانه بالافتكاك عاد عارية فكان الهلاك في قبض
العارية ولو وكل الراهن بقبض الرهن من المرتهن احدا فقبضه فهلك
في يد القابض فان كان القابض في عياله لم يضمن لان يده كيده والمالك
رضي بيده وان لم يكن في عياله ضمن لان يده ليست كيده فلم يكن المالك
راضيا بيده وان هلك في يد المرتهن وقد رهن علي الوجه الذي اذن به
ضمن الراهن للمعير قدر ما سقط عنه من الدين بهلاك الرهن لانه قضي

اذن ان يرهن لم يجز له
ان يرهن لغيره

دين نفسه من مال الغير باذنه بالرهن اذ الرهن قضا الدين ويتقرر القضا
عند الهلاك وكذلك لو دخله عيب فسقط بعض الدين ضمن الراهن ذلك القدر
لانه قضي ذلك القدر من دينه بمال الغير فيضمن ذلك القدر فكان
المستعير بمنزلة رجل عنده وديعة لانسان فقضي دين نفسه من الوديعة
باذن صاحبها فما قضا يكون مضمونا عليه وما لم يقض يكون امانة في يده
والله اعلم فان عجز الراهن عن الافتكاك فافتكه المالك لا يكون متبرعا
ويرجع بجميع ما قضي علي المستعير وذكر الكرخي انه يرجع بقدر ما كان يهلك
الدين به ولا يرجع عليه بالزيادة ويكون متبرعا فيها حتي لو كان المستعير
رهن بالفين وقيمة الرهن الف فقضي المالك الفين فانه يرجع علي المستعير
بالفين وعلي ما ذكره الكرخي يرجع بالف وجه قول الكرخي ان المضمون
علي المستعير قدر الدين بدليل انه لا يضمن عند الهلاك الا قضي الدين
فاذا قضي المالك المقدر علي الزيادة كان متبرعا فيها وجه القول الاخر
ان المالك مضطر في قضا كل الدين الذي رهن به ماله لانه علق ماله عند
المرتهن بحيث لا فكاك له الا بقضا كل الدين فكان مضطرا في قضا الكل
فكان ماذونا فيه من قبل الراهن دلالة كانه وكله بقضا دينه فقضاه المعير
من مال نفسه ولو كان كذلك لرجع عليه بما قضي كذا هذا وليس للمرتهن
ان يمتنع من قبض الدين من المعير ويجبر علي القبض وتسليم الرهن اليه
لان له ولاية قضا الدين لتخليص ملكه وازالة المعلق عنه فلا يكون للمرتهن
ولاية الامتناع من القبض والتسليم وان اختلف الراهن والمعير وقد
هلك الرهن فقال المعير هلك في يد المرتهن وقال المستعير هلك قبل
ارهنه او بعد ما افتكه فالقول في ذلك قول الراهن مع يمينه لان
الضمان انما وجب علي المستعير لكونه قاضيا دين نفسه من مال الغير
باذنه وهو ينكر القضا فكان القول قول المنكر والله اعلم ۞ ولا يجوز
رهن المجهول ولا ما يجوز التسليم ونحو ذلك مما لا يجوز بيعه والاصل فيه
ان كل ما لا يجوز بيعه لا يجوز تمليكه وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب البيوع
والله اعلم ۞ ومنها ان يكون مقبوض المرتهن او من يقوم مقامه والكلام
في القبض في مواضع ۞ في بيان انه شرط جواز الرهن ۞ وفي بيان شرايط صحته
وفي تفسير القبض وماهيته ۞ وفي بيان انواعه ۞ اما الاول فقد
اختلف فيه قال عامة العلما انه شرط وقياس قول زفر في الهبة ان يكون
ركنا كالقبول والصحيح قولنا حتي ان من حلف لا يرهن فلانا شيا فرهنه
ولم يقبضه يحنث عندنا وعنده لا يحنث كما في الهبة والصحيح قولنا لقوله
تعالي فرهان مقبوضة ولو كان القبض ركنا لصار مذكورا بذكر الرهن فلم
يكن لقوله مقبوضة معني فدل ذكر القبض مقرونا بذكر الرهن علي انه
شرط وليس بركن وقال مالك ليس بركن ولا شرط والصحيح قول عامة
العلما لظاهر قوله تعالي فرهان مقبوضة وصف الرهن بكونه مقبوضا
فيقتضي ان يكون القبض فيه شرطا صيانة لخبره عن الخلف ولانه عقد
تبرع للحال فلا يفيد الحكم بنفسه كساير التبرعات ولو تعاقدا علي ان

لا يجوز رهن المجهول

القبض شرط وليس بركن

تعاقدا على ان يكون الرهن في يد صاحبه لا يصح

يكون الرهن في يد صاحبه لا يصح الرهن حتى لو هلك في يده لا يسقط الدين ولو
اراد المرتهن ان يقبضه من يده له ان يحبسه رهنا لبيّنه ذلك لان هذا شرط
فاسد ادخلاه في الرهن ولو تعاقدا على ان يكون في يد العدل وقبضه العدل جاز
ويكون قبضه كقبض المرتهن وهذا قول عامة العلماء وقال ابن ابي ليلى لا يصح الرهن
الا بقبض المرتهن والصحيح قول العامة لقوله تعالى فرهان مقبوضة من غير فصل
بين قبض المرتهن والعدل ولان قبض العدل برضا المرتهن قبض المرتهن معنى
ولو قبض العدل ثم تراضيا على ان يكون الرهن في يد عدل اخر ووضعاه في يده
جاز لانه جاز وضعه في يد الاول بتراضيهما فيجوز وضعه في يد الثاني بتراضيهما
وكذا اذا قبضه العدل ثم تراضيا على ان يكون في يد المرتهن ووضعه في يده
جاز لان القبض الصحيح للعقد قد وجد وخرج الرهن من يده فبعد ذلك يده
ويد الاجنبي سوا ولو رهن رهنا وسلط عدلا على بيعه عند المحل فلم يقبض حتى
حل الاجل فالرهن باطل لان صحته بالقبض والبيع صحيح لان التوكيل لا يقف صحته
على القبض فيصح البيع وان لم يصح الرهن وكذلك لو رهن مشاعا وسلط على بيعه
فالرهن باطل والوكالة صحيحة ولو جعل عدلا في الامساك وعدلا اخر في البيع
جاز لان كل واحد منهما امر مقصود فيصح افراده بالتوكيل وأما شرايط صحة
القبض فمنها ان يكون باذن الراهن لما ذكرنا في كتاب الهبة ان الاذن بالقبض
شرط صحته فيما له صحة بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له
بدون القبض وهو البيع فلان يكون شرطا فيما لا صحة له بدون القبض اولى
ولان القبض في هذا الباب يشبه الركن كما في باب الهبة فيشبه القبول
وذا لا يجوز من غير رضى الراهن كذا هذا ثم الاذن نوعان نص وما يجري
مجرى النص ودلالة فالاول نحو ان يقول اذنت لك بالقبض او رضيت به
او اقبض وما يجري هذا المجرى فيجوز قبضه سواء كان قبض في المجلس او بعد
الافتراق استحسانا وقياس قول زفر في الهبة انه لا يجوز بعد الافتراق
والثاني نحو ان يقبض المرتهن بحضرة الراهن فيسكت ولا ينهاه فيصح قبضه
استحسانا وقياس قول زفر ان لا يصح بعد الافتراق لان القبض عنده ركن
فا بمنزلة القبول فلا يجوز من غير اذن كالقبول وصار كالبيع الصحيح بل اولى
لان القبض عنده ركن بمنزلة القبول ليس بشرط لصحته وانه شرط
لصحة الرهن وجه الاستحسان انه وجد الاذن هاهنا دلالة الاقدام على
ايجاب الرهن لان ذلك دلالة القصد الى ايجاب حكمه ولا ثبوت لحكمه الا بالقبض
ولا صحة للقبض بدون الاذن فكان الاقدام على الايجاب دلالة الاذن بالقبض
والاقدام دلالة الاذن بالقبض في المجلس لا بعد الافتراق فلم يوجد الاذن
هناك نصا ودلالة بخلاف البيع لان البيع صحيح بدون القبض فلم يكن الاقدام
على ايجابه دليل القبض فلا يكون دليل الاذن فهو الفرق ولو رهن شيا متصلا
بما لم يقع عليه الرهن كالثمر المعلق ونحوه مما لا يجوز الرهن فيه الا بالفصل
والقبض ففصل وقبض فان قبض بغير اذن الراهن لم يجز قبضه سواء كان
الفصل والقبض في المجلس او في غيره لان الايجاب هاهنا لم يقع صحيحا فلا يستدل
به على الاذن والقبض فان قبض باذنه فالقياس ان لا يجوز وهو قول زفر وفي

صحة البيع لا تمنع فساد الرهن

شرائط صحة القبض

الاستحسان جايز بناء على اصل ذكرناه في الهبة والله الموفق ومنها الحيازة
عندنا في قبض المشاع وعند الشافعي ليست بشرط وقبض المشاع صحيح وجه
قوله ان الشياع ان الشياع لا يقدح في حكم الرهن ولا في شرطه فلا يمنع جواز
الرهن ودلالة ذلك ان حكم الرهن عنده كون المرتهن احق ببيع المرهون
واستيفاء الدين من بدله على ما يذكر لا يمنع جواز القبض وشرطه هو القبض وانه
ممكن في النصف الشايع بتخلية الكل ولنا ان قبض الرهن الشايع وحده لا يتصور
والنصف الاخر ليس بمرهون فلا يصح قبضه وسواء كان مشاعا يحتمل القسمة او لا
يحتملها لان الشيوع يمنع تحقق قبض الشايع في النوعين جميعا بخلاف الهبة لان
الشيوع فيها لا يمنع الجواز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع هناك ضمان القسمة على
ما ذكرنا في كتاب الهبة وانه يخص المقسوم وسواء رهن من الاجنبي او من شريكه
لما نذكر وسواء كان مقارنا للعقد او طاريا عليه في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
ان الشيوع الطاري على العقد لا يمنع بقاء العقد على الصحة وصورته اذا رهن
شيا وسلطه المرتهن او العدل على بيعه كيف شا مجتمعا او متفرقا فباع نصفه
شايعا او استحق بعض الرهن شايعا وجه رواية ابي يوسف ان حال البقاء لا يقاس
على حالة الابتداء لان البقاء اسهل من حكم الابتداء ولهذا فرق الشرع بين الطاري
والمقارن في كثير من الاحكام كالاباق الطاري والعدة الطارية ونحو ذلك فتكون
الحيازة شرطا في الابتداء العقد لا تدل على كونها شرط البقاء على الصحة وجه ظاهر
الرواية ان المانع في المقارن كون الشيوع مانعا من تحقق القبض في النصف
المشاع وهذا المعنى موجود في الطاري فيمنع البقاء على الصحة ولو رهن رجلان رجلا
بدين له عليهما رهنا واحدا جاز وكان كله رهنا بكل الدين حتى ان للمرتهن ان يمسك
كله حتى يستوفي كل الدين واذا قضى احدهما دينه لم يكن له ان ياخذ نصيبه
من الرهن لان كل واحد منهما رهن كل العبد بما عليه من الدين لا نصفه وان كان
المملوك منه لكل واحد منهما النصف لما ذكرنا ان كون المرهون مملوك الراهن
ليس بشرط لصحة الرهن فانه يجوز رهن مال الغير بغير اذنه على ما بينا وافرادهما
الى رهنه صفقة دلالة الاذن من كل واحد منهما فصار كل العبد رهنا بكل الدين
ولا استحالة في ذلك لان الرهن حبس وليس يمتنع ان يكون العبد الواحد محبوسا
بكل الدين فلم يكن هذا رهن الشايع فجاز وليس لاحدهما ان ياخذ نصيبه
من العبد اذا قضى ما عليه من الدين لان كله مرهون بكل الدين فما بقي شي
من الدين بقي استحقاق الحبس وكذلك اذا رهن رجل من رجلين عبدا بدين
لهما عليه وهما شريكان فيه او لا شركة بينهما جاز واذا قضى الراهن دين احدهما
لم يكن له ان يقبض شيا من الرهن لانه رهن كل العبد بدين كل واحد منهما
وكل العبد يصلح رهنا بدين كل واحد منهما على الكمال كان ليس معه غيره لما
ذكرنا وهذا بخلاف الهبة من رجلين على اصل ابي حنيفة رحمه الله انها جايزة
لان الهبة تمليك وتمليك شي واحد من اثنين من كل واحد منهما على الكمال
محال والعاقل لا يقصد بتصرفه المحال فاما الرهن فحبس ولا استحالة
في كون الشي الواحد محبوسا بكل واحد من الدينين فهو الفرق بين الفصلين
غير انه وان كان محبوسا بكل واحد من الدينين لا يكون مضمونا الا بحصته

قبض الرهن الشايع وحده لا يتصور

رهن بيتا من دار

حتي لو هلك تتقسم قيمته علي الدين فيسقط من كل واحد منهما بقدره لان المرتهن
عند هلاك الرهن يصير مستوفيا للدين من مالية الرهن ولا وانها لا تفي لاستيفا
الدينين وليس احدهما باولي من الاخر فينقسم عليهما فيسقط من واحد منهما
بقدره وعلي هذا حبس المبيع بان اشتري رجلان من رجل شيا فادي احدهما
حصة من الثمن لم يكن له ان يقبض شيا من المبيع وكان للبايع ان يحبس كله
حتي يستوفي ما علي الاخر لان كل المبيع محبوس بكل الثمن فما بقي جزء من الثمن
بقي استحقاق حبس كل المبيع ولو رهن بيتا بعينه من دار او رهن طايفة معينة
من دار جاز لانعدام الشيوع وعلي هذا الاصل تخرج زيادة الدين علي الرهن انها
لا تجوز عند ابي حنيفة ومحمد وجملة الكلام في الزيادات انها انواع اربعة
زيادة الرهن وهي نماوه كالولد والثمر واللبن والصوف وكل ما هو متولد من
الرهن او في حكم المتولد منه بان كان بدل جزء فايت او بدل ما هو في معني الجزء
كالارش والعقر وزيادة الرهن علي اصل الرهن كما اذا رهن بالدين جارية ثم
زاد عبدا او غير ذلك رهنا بذلك الدين وزيادة الرهن علي نما الرهن كما اذا
رهن بالدين جارية فولدت ولدا ثم ماتت الجارية ثم زاد رهنا علي الولد
وزيادة الدين علي الرهن كما اذا رهن عبدا بالف ثم ان المرتهن استقرض
من الراهن الفا اخر علي ان يكون العبد رهنا بالاول والزيادة جميعا اما زيادة
الرهن فمرهونة عندنا علي معني انه يثبت الحكم الاصل فيهما وهو استحقاق
علي طريق اللزوم وعند الشافعي فهي غير مرهونة اصلا والمسلة تاتي في بيان
حكم الرهن ان شا الله تعالي • واما زيادة الرهن علي اصل الرهن جايزة
استحسانا والقياس ان لا تجوز وهو قول زفر وهو علي اختلاف الزيادة في
الثمن والمثمن فقد مرت المسلة في كتاب البيع • واما زيادة الرهن علي نما
الرهن بعد هلاك الاصل فهو موقوفة ان بقي الولد الي وقت الفكاك
جازت الزيادة وان هلك لم تجز لانها اذا هلكت تبين انها حصلت بعد
سقوط الدين وقيام الدين شرط صحة الزيادة واما زيادة الدين علي الرهن فهي
علي الاختلاف الذي ذكرنا انه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
جايزة وجه قول ابي يوسف ان الدين في باب الرهن كالثمن في باب البيع بدليل
انه لا يصح الرهن الا بالدين كما لا يصح البيع الا بالثمن ثم هناك جازت الزيادة
في الثمن والمثمن جميعا فكذا ههنا تجوز الزيادة في الرهن والدين جميعا والجامع
بين البابين ان الزيادة عندنا تلتحق باصل العقد كان العقد ورد علي الاصل
والزيادة جميعا فيصير كانه رهن بالدين عبدين ابتدا وذا جايز كذا هذا
وجه قولهما ان الزيادة لو صحت لاوجبت الشيوع في الرهن وانه يمنع صحة
الرهن ودلالة ذلك انها لو صحت لصار بعض العبد بمقابلتها فلا يخلو اما ان
يصير ذلك البعض بمقابلة الزيادة مع بقايه مشغولا بالاول واما ان يفرغ
من الاول ويصير مشغولا بالزيادة لا سبيل الي الاول لان المشغول بشي
لا يحتمل الشغل بغيره ولا سبيل الي الثاني لان رهن بعض العبد بالدين وهذا
رهن المشاع فلا يجوز كما اذا رهن عبدا بدينين مختلفين لكل واحد منهما
بعضه بخلاف زيادة الرهن علي اصل الرهن لان الزيادة هناك لا تودي الي

شيوع بل الي شيوع الدين لان قبل الزيادة كان العبد بمقابلة كل الدين وبعد
الزيادة صار بمقابلة بعض الدين والعبد الزيادة بمقابلة البعض الزيادة
بمقابلة البعض الاخر فيرجع الشيوع الي الدين لا الي الرهن والشيوع في الدين لا
يمنع صحة الرهن وفي الرهن يمنع صحته الا تري لو رهن عبدا بنصف الدين
جاز ولو رهن نصف العبد بالدين لم يجز لذلك افترق حكم الزيادتين ولو
رهن مشاعا فقسم وسلم جاز لان العقد في الحقيقة موقوف علي القسمة والتسليم
بعد القسمة فاذا وجدا فقد زال المانع من النفاذ فينفذ والله اعلم • ومنها
ان يكون المرهون فارغا عما ليس بمرهون فان كان مشغولا بان رهن دارا فيها
متاع الراهن وسلم الدار او سلم الدار مع ما فيها من المتاع او رهن جوالقا دون
ما فيه وسلم الجوالق او سلمه مع ما فيه لم يجز لان معني القبض وهو التخلية الممكنة
من التصرف لا يتحقق مع الشغل ولو اخرج المتاع من الدار ثم سلمها فارغة جاز
وينظر الي حال القبض لا الي حال العقد لان المانع هو الشغل وقد زال فينفذ
كما في رهن المشاع ولو رهن المتاع الذي فيها دون الدار وخلي بينه وبين الدار
جاز بخلاف ما اذا رهن الدار دون المتاع لان الدار تكون مشغولة بالمتاع
فاما المتاع فلا يكون مشغولا بالدار فيصح قبض المتاع ولم يصح قبض الدار ولو رهن
الدار والمتاع الذي فيها صفقة واحدة وخلي بينه وبينهما وهو خارج الدار جاز
الرهن فيهما جميعا لانه رهن الكل وسلم الكل وصح تسليمهما جميعا ولو فرق الصفقة
فيهما بان رهن احدهما ثم الاخر فان جمع بينهما في التسليم صح الرهن فيهما جميعا
اما في المتاع فلا شك فيه لما ذكرنا ان المتاع لا يكون مشغولا بالدار واما في الدار
فلان المانع وهو الشغل قد زال وان فرق بان رهن احدهما وسلم ثم رهن الاخر
وسلم لم يجز الرهن في الدار وجاز في المتاع سوا قدم او اخر بخلاف الهبة فان هناك
يراعي الترتيب ان قدم هبة الدار لم تجز الهبة في الدار وجازت في المتاع
كما في الرهن وان قدم هبة المتاع جازت الهبة فيهما جميعا اما في الهبة المتاع
فلانه غير مشغول بالدار واما في الدار فلانها وان كانت مشغولة وقت القبض
لكن بمتاع هو ملك الموهوب له فلم يمنع صحة القبض وههنا الدار مشغولة
بمتاع هو ملك الراهن فيمنع صحة القبض فهو الفرق ولو رهن دارا والراهن

رهن دارا والراهن والمرتهن في جوف الدار

والمرتهن في جوف الدار فقال الراهن سلمتها اليك لم يصح التسليم حتي يخرج
من الدار ثم يسلم لان معني التسليم وهو التخلية لا يتحقق مع كونه في الدار
فلا بد من تسليم جديد بعد الخروج منها ولو رهن دابة عليها حمل دون الحمل

رهن دابة عليها حمل

لم يتم الرهن حتي يلقي الحمل منها ثم يسلمها الي المرتهن ولو رهن الحمل دون الدابة
ودفعها اليه كان رهنا لان الدابة مشغولة بالحمل اما الحمل فليس مشغولا
بالدابة كما في رهن الدار التي فيها متاع بدون المتاع ورهن المتاع الذي في
الدار بدون الدار ولو رهن سرجا علي دابة او لجاما في راسها او رسنا في
راسها فدفع اليه الدابة مع اللجام والسرج والرسن لم يكن رهنا حتي ينزعه
من الدابة ثم يسلم بخلاف ما اذا رهن متاعا في الدار لان السرج ونحوه
من توابع الدابة فلم يصح رهنا بدون الدابة كما لا يصح رهن الثمر بدون
الشجر بخلاف المتاع فانه ليس بتبع للدار ولهذا قالوا لو رهن دابة عليها سرج

جاريه

اولجام دخل ذلك في الرهن بحكم التبعية والله اعلم ٭ وعلى هذا يخرج ما اذا رهن واستثنى ما في بطنها او بهيمة واستثنى ما في بطنها انه لا يجوز الاستثنا ولا العقد اما الاستثنا فلانه لو جاز لكان المرهون مشغولا بما ليس بمرهون واما العقد فلان استثنا ما في البطن بمنزلة شرط فاسد والرهن تبطله الشروط الفاسدة كالبيع بخلاف الهبة ولو اعتق ما في بطن جاريته ثم رهن الام او دبر ما في بطنها ثم رهن الام فالكلام كالكلام في حق الهبة وقد مر الكلام في كتاب الهبة والله اعلم ٭ ومنها ان يكون المرهون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون فان كان متصلا به غير مميز عنه لم يصح قبضه لان قبض المرهون وحده غير ممكن والمتصل به ليس بمرهون فاشبه رهن المشاع وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا رهن الارض بدون البنا او بدون الزرع والشجر او الزرع والشجر بدون الارض والشجر بدون الثمر انه لا يجوز سوا سلم المرهون بتخلية الكل او لا لان المرهون متصل بما ليس بمرهون ولهذا يمتنع صحة القبض ولو جذ الثمر وحصد الزرع ثم سلم منفصلا جاز لان المانع من النفاذ قد زال ولو جمع بينهما في صفقة الرهن فرهنهما جميعا وسلم متفرقا جاز وان فرق الصفقة بان رهن الارض ثم الزرع او الزرع ثم الارض ينظر ان جمع بينهما في التسليم جاز الرهن فيهما جميعا وان لا يجوز فيهما جميعا سوا قدم او اخر بخلاف الفصل الاول لان المانع في الفصلين يختلف فالمانع من صحة القبض في هذا الفصل هو الاتصال وانه لا يختلف والمانع في الفصل هو الشغل وانه يختلف مثال هذا ما اذا رهن نصف داره مشاعا من رجل ولم يسلم اليه حتى رهنه النصف الباقي وسلم الكل انه يجوز ولو رهن منه نصفها وسلم ثم رهن النصف الثاني وسلم لا يجوز كذا ههنا وعلى هذا اذا رهن صوفا على ظهر غنمه بدون الغنم انه لا يجوز لان المرهون متصل بما ليس بمرهون وهذا يمنع صحة القبض ولو جزه وسلمه جاز لان المانع قد زال وعلى هذا ايضا اذا رهن دابة عليها حمل بدون الحمل انه لا يجوز ولو رفع الحمل منها وسلمها فارغة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا رهن ما في بطن جاريته او ما في بطن غنمه او ما في ضرعها او وهب سمنا في لبن او دهنا في سمسم او زيتا في الزيتون او دقيقا في حنطة انه يبطل وان سلطه على قبضه عند الولادة وعند استخراج ذلك بقبض لان العقد هناك لم ينعقد اصلا لعدم المحلية لكونه مضافا الى المعدوم ولهذا لم ينعقد البيع المضاف اليها وكذا الرهن اما في هذا العقد منعقد موقوف نفاذه على صحة التمييز بالفصل والتمييز فاذا وجد فقد زال المانع والله اعلم ولو رهن الشجر بمواضعها من الارض جاز لان قبضه ممكن ولو رهن شجرا فيها ثمر لم يسمه في الرهن دخل في الرهن بخلاف البيع انه لا يدخل الثمر في بيع الشجر من غير تسمية لانه قصد تصحيح الرهن ولا صحة له بدون القبض ولا صحة للقبض بدون دخول ما هو متصل به فيدخل تحت العقد تصحيحا له بخلاف البيع فانه يصح في الشجر بدون الثمر فلا ضرورة الى ادخال الثمر للتصحيح ولو قال رهنتك هذه الدار او هذه الارض او هذا الكرم فاطلق القول ولم يخص شيا دخل فيه كل ما كان متصلا به من البنا والغرس

لان

لان ذلك يدخل في البيع مع ان القبض ليس من شرط صحته فلان يدخل في الرهن اولى الا انه يدخل فيه الزرع والثمر ولا يدخل في البيع لما ذكرنا بخلاف المتاع انه لا يدخل في رهن الدار ويدخل الثمر في رهن الشجر لان الثمر تابع للشجر والمتاع ليس بتابع للدار ولو استحق بعض المرهون بعد صحة الرهن ينظر الى الباقي ان كان الباقي بعد الاستحقاق مما يجوز رهنه ابتدا لا يفسد الرهن فيه وان كان مما لا يجوز رهنه ابتدا افسد الرهن في الكل لانه لما استحق نصفه تبين ان العقد لم يصح في القدر المستحق وانه لم يقع الا على الباقي فكانه رهن هذا القدر ابتدا فينظر فيه ان كان محلا لابتدا الرهن يبقى الرهن فيه والا فيفسد في الكل كما لو رهن هذا القدر ابتدا الا انه اذا بقي الرهن فيه يبقى بحصته حتى لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفا بجميع الدين ولا يذهب جميع الدين ولو رهن الباقي ابتدا وفيه وفا بالدين فهلك يهلك بجميع الدين وان ان تجعل الحيازة شرطا مفردا وخرجت المشاع على هذا الفصل لانه مرهون متصل بما ليس بمرهون حقيقة فكان تخريجه عليه مستقيما فافهم ومنها اهلية القبض وهي العقل لانه يثبت به اهلية الركن وهو الايجاب والقبول فلان يثبت به اهلية الشرط اولى والله اعلم ٭ واما تفسير القبض فالقبض عبارة عن التخلي وهو التمكن من اثبات اليد وذلك بارتفاع الموانع وانه يحصل بتخلية الراهن بين المرهون والمرتهن واذا حصل ذلك صار الراهن مسلما والمرتهن قابضا وهذا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يشترط معه النقل والتحويل فما لم يوجد لا يصير قابضا وجه هذه الرواية ان القبض شرط صحة القبض الرهن قال الله تعالى فرهان مقبوضة ومطلق القبض ينصرف الى القبض الحقيقي ولا يتحقق ذلك الا بالنقل فاما التخلية فقبض حكما لا حقيقة فلا يكتفي به وجه ظاهر الرواية ان التخلية بدون النقل والتحويل قبض في العرف والشرع اما العرف فان القبض يرد على ما لا يحتمل النقل والتحويل من الدار والعقار ويقال هذه الارض او هذه القرية او هذه الولاية في يد فلان ولا يفهم منه الا التخلية وهو التمكن من التصرف واما الشرع فان التخلية في باب البيع قبض بالاجماع من غير نقل وتحويل دل ان التخلي بدون النقل والتحويل قبض حقيقة وشريعة فيكتفي به والله اعلم ٭ واما بيان انواع القبض فنقول وبالله التوفيق القبض نوعان نوع بطريق الاصالة ونوع بطريق النيابة اما القبض بطريق الاصالة فهو ان يقبض الانسان بنفسه لنفسه واما القبض بطريق النيابة فنوعان نوع يرجع الى القابض ونوع يرجع الى نفس القبض اما الذي يرجع الى القابض فنحو قبض الاب والوصي عن الصبي وكذا قبض العدل يقوم مقام قبض المرتهن حتى لو هلك الرهن في يده كان الهلاك على المرتهن لان نفس القبض مما يحتمل النيابة ولان قبض الرهن نفس استيفا الدين واستيفا الدين مما يحتمل النيابة والله اعلم ٭ واما الذي يرجع الى نفس القبض فهو ان المرهون اذا كان مقبوضا عند العقد

تفسير القبض في الرهن

التخلية بدون النقل والتحويل قبض

فصل يتوب ذلك عن قبض الرهن فالاصل فيه ما ذكرنا في كتاب البيوع والهبة
ان القبضين اذا تجانسا ناب احدهما عن الاخر واذا اختلفا ناب الاعلى عن
الادنى وقد بينا فقه هذا الاصل وفروعه فيما تقدم والله اعلم . وان شئت
عددت الحيازة والفراغ والتمييز من شرايط نفس العقد فقلت ومن شرايط
صحة العقد ان يكون المرهون محوزا عندنا وبيتت المشاع عليه وان شئت قلت
ومنها دوام القبض عندنا وعند الشافعي ليس بشرط ويتبت عليه المشاع
ولنا في اثبات هذا الشرط دليلان احدهما قوله تعالى فرهان مقبوضة اخبر
الله تعالى ان المرهون مقبوض فيقتضي كونه مقبوضا ما دام مرهونا لان
اخباره لا يحتمل والشيوع يمنع دوام القبض فيمنع صحة الرهن والثاني ان الله
تعالى سماه رهنا وكذا يسمى رهنا في متعارف اللغة والشرع والرهن حبس في
اللغة قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي حبيسة بكسبها فيقتضي
ان يكون محبوسا ما دام مرهونا والشياع يمنع دوام الحبس فيمنع جواز
الرهن وسوا كان مما يحتمل القسمة او فيما لا يحتمل القسمة لان الشيوع يمنع
دوام القبض فيهما جميعا وسوا كان الشيوع مقارنا او طاريا في ظاهر
الرواية لان كل ذلك يمنع دوام القبض وسوا كان الرهن من اجنبي او من
شريكه لانه لو جاز لامسكه الشريك يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن
فيختلف جهة القبض والحبس فلا يدوم القبض والحبس من حيث المعنى
ويصير كانه رهنه يوما ويوما لا وذا لا يجوز كذا هنا وعلى هذا يخرج
رهن ما هو متصل بغير ما ليس بمرهون لان اتصاله بغير المرهون يمنع
من ادامة القبض عليه وانه شرط جواز الرهن . ومنها ان يكون فارغا
عما ليس بمرهون . ومنها ان يكون منفصلا مميزا عما ليس بمرهون
وخرجت عن كل واحد منهما مسايلة التي ذكرناها فافهم والله اعلم
واما الذي يرجع الى المرهون به فانواع ايضا . منها ان يكون مضمونا
والكلام في هذا الشرط يقع في موضعين . احدهما في اصل اشتراط
الضمان . والثاني في صفة المضمون . اما الاول فاصل الضمان هو كون
المرهون به مضمونا شرط جواز الرهن لان المرهون عندنا مضمون
بمعنى سقوط الواجب عند هلاكه او بمعنى استيفا الواجب ولسنا
نعني بالمضمون سوى ان يكون واجب على الراهن والمضمون نوعان
دين وعين اما الدين فيجوز الرهن به باي سبب وجب من الاتلاف
والغصب والبيع ونحوها لان الديون كلها واجبة على اختلاف وجوبها
فكان الرهن بها رهنا بمضمون فيصح وسوا كان مما يحتمل الاستبدال
قبل القبض او لا يحتمله كراس مال السلم وبدل الصرف والمسلم فيه
وهذا عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الرهن بهذه الديون
وجه قوله ان سقوط الدين عند هلاك الرهن بطريق الاستبدال
على معنى ان عين الرهن يصير بدلا عن الدين لا بطريق الاستيفا
لان الاستيفا لا يتحقق الا عند المجانسة والرهن مع الدين يكونان
مختلفي الجنس عادة فلا يمكن القول بالسقوط بطريق الاستيفا فتعين

ان

جواز

ان يكون بطريق الاستبدال فيختص الرهن بما يحتمل الاستبدال وهذه
الديون كما لا يجوز استبدالها لا يجوز الرهن بها ولنا ان السقوط بطريق
الاستيفا لما نذكر في حكم الرهن ان شا الله تعالى واستيفا هذه الديون ممكن
واما قوله الاستيفا يستدعي المجانسة ثابتة من وجه لان الاستيفا يقع بمالية
الرهن لا بصورته والاموال كلها فيما يرجع الى معنى المالية جنس واحد وقد
يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة
كما في اتلاف ما لا مثل له من جنسه وقد تحققت الضرورة في باب الرهن لحاجة
الناس الى توثيق ديونهم في جانب الاستيفا فامكن القول بالاستيفا واذا جاز
الرهن بهذه الديون فان هلك الدين في المجلس تم الصرف والسلم لانه صار
مستوفيا عين حقه في المجلس لا مستبدلا وان لم يهلك حتى افترقا بطلا لفوات
شرط البقا على الصحة وهو القبض في المجلس واما العين فنقول لا خلاف في انه لا
يجوز الرهن بالعين التي هي امانة في يد المرتهن كالوديعة والعارية ومال
المضاربة والبضاعة والشركة والمستاجر ونحوها لانها ليست بمضمونة
اصلا واما العين المضمونة فنوعان نوع هو مضمون بنفسه وهو الذي مثله
عند هلاكه ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل كالمغصوب في يد الغاصب
والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المراة وبدل الصلح عن دم العمد في يد
العاقلة ولا خلاف في انه يجوز الرهن به وللمرتهن ان يحبس الرهن حتى يسترد
العين وان هلك في يده قبل استرداد العين والعين قايمة يقال للراهن
سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن الدين لان
المرهون عندنا مضمون بذلك واذا وصل اليه العين يجب عليه رد قدر
المضمون الى الراهن فان هلكت العين والرهن قايم صار الرهن بها رهنا
بقيمتها حتى لو هلك الرهن به بعد ذلك يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن
قيمة العين لان قيمة العين بدلها وبدل الشي قايم مقامه كانه هو
واما الذي هو مضمون بغيره لا بنفسه كالمبيع في يد البايع ليس هو مضمونا
بنفسه الا ترى انه لو هلك في يده لا يضمن شيا بل هو مضمون بغيره وهو
الثمن حتى يسقط الثمن عن المشتري اذا هلك فهل يجوز الرهن به ذكر في
كتاب الصرف انه يجوز وله ان يحبسه حتى يقبض المبيع وان هلك في يده
قبل القبض يهلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضا للمبيع
بهلاكه وله ان يقبض المبيع اذا ادى ثمنه وعليه ايضا ضمان الاقل بهلاك
الرهن في يده ولو هلك المبيع قبل القبض والرهن قايم بطل البيع لان هلاك
المبيع قبل القبض يوجب بطلان البيع وعلى المشتري ان يرد الرهن على البايع
ولو هلك في يده قبل الرد هلك بضمانه وهو الاقل من قيمته ومن قيمة المبيع
للبايع ولا يبطل ضمانه بهلاك المبيع وبطلان البيع لانه وان هلك المبيع
فقد سقط الثمن بمقابلته فكان بطلانه بعوض فلم يبطل ضمانه وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه لا يصح الرهن وبه اخذ الكرخي وجه رواية الحسن
ان قبض الرهن قبض استيفا المرهون فلا يتحقق معنى الاستيفا في المضمون
بغيره لان المشتري لا يصير مستوفيا شيا بهلاك الرهن انما يسقط عنه

الثمن لاغير وجه ظاهر الرواية ان الاستيفا هاهنا يحصل من حيث المعنى لان المبيع
قبل القبض ان لم يكن مضمونا بالقيمة فهو مضمون بالثمن الا ترى انه اذا
هلك يسقط الثمن عن المشتري فكان سقوط الثمن عنه كالعوض عن هلاك
المبيع فيجعل مستوفيا مالية المبيع من الرهن من حيث المعنى فكان في معنى المضمون
بنفسه فيصح الرهن به ولو تزوج امراة على دراهم بعينها او اشترى شيا بدراهم
بعينها فاعطى بها رهنا لم يجز عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يجوز بنا على ان
الدراهم والدنانير لا تتعين في حقوق المعاوضات وان عينت فكان الواجب
على الراهن مثلها لا عينها فلم يكن المعين مضمونا فلم يجز الرهن به وعنده تتعين
بالتعيين بمنزلة العروض فكان العين مضمونا فجاز الرهن به ولا يجوز
الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون فلم يجز ولا يجوز الرهن
بالعبد الجاني والعبد المديون لانه لو هلك لا يجب على المولى ولا يسقط عن
المرتهن شي بمقابلته فلم يكن مضمونا اصلا فلا يصح الرهن ولا يجوز الرهن
باجرة المغنية والنائحة بان استاجر مغنية او نائحة واعطاهما بالاجرة
اجرا رهنا لان الاجارة لم تصح فلم تجب الاجرة فكان رهنا بما ليس بمضمون
فلم يجز ولو دفع الى رجل رهنا ليقرضه فهلك الرهن قبل ان يقرضه هلك
مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى من القرض وان حصل الارتهان بما ليس
بمضمون لكنه في حكم المضمون لانه قبض الرهن ليقرضه فكان قبض الرهن
على جهة الضمان والمقبوض على جهة شي كالمقبوض على حقيقته في الشرع
كالمقبوض على سوم الشرا والله اعلم ۞ واما صفة المضمون فنوعان
احدهما متفق عليه والاخر مختلف فيه اما المتفق عليه فهو ان يكون مضمونا
في الحال ولا يصح الرهن بما يصير مضمونا في الثاني كالرهن بالدرك بان باع
شيا وقبض الثمن وسلم المبيع الى المشتري فخاف المشتري الاستحقاق
فاخذ الثمن من البايع رهنا قبل الدرك لا يجوز حتى لا يملك الحبس سوا وجد
وجد الدرك او لم يوجد ولو هلك يهلك امانة سوا وجد الدرك او لم
يوجد وكذا اذا ارتهن ما يثبت له على الراهن في المستقبل لا يجوز بخلاف
الكفالة فان الكفالة بما يصير مضمونا في الثاني جايزة كما اذا كفل بما
يذوب على فلان ونحو ذلك لان الارتهان استيفا من وجه للحال ولا شي للحال
يستوفى واستيفا المعدوم محال بخلاف الكفالة ولان الرهن والارتهان
لما كان من باب الاستيفا والايفا اشبه البيع فلا يحتمل الاضافة كالبيع
ولان القياس يابى جوازهما جميعا لان كل واحد منهما يستدعي مضمونا الا
ان الجواز في الكفالة لتعامل الناس ولا تعامل في الرهن فيبقى الامر فيه على
اصل القياس وبخلاف ما اذا دفع الى انسان رهنا ليقرضه ان الرهن
يكون مضمونا وان كان ذلك رهنا بما ليس بمضمون في الحال لان له حكم
المضمون وان لم يكن مضمونا حقيقة لوجود القبض على جهة الضمان
والمقبوض على جهة شي بمنزلة المقبوض على حقيقته كالمقبوض على سوم
الشرا ولم يوجد هاهنا ولو قال لاخر ضمنت لك ما لك على فلان اذا حل
يجوز اخذ الرهن والكفيل به ولو قال اذا قدم فلان فانا ضامن ما لك عليه

لم يجز

لم يجز اخذ الرهن به ويجوز اخذ الكفيل والفرق ان في المسلة الاولى الكفالة
والرهن على كل واحد منهما اضيف الى مضمون لان الدين الموجل واجب قبل حلول
الاجل على طريق التوسع وانما تاثير الاجل في تاخر المطالبة بخلاف الرهن بضمان
الدرك لانه مضمون مال لك للحال ولا ما له حكم المضمون بخلاف ما اذا قال
اذا قدم فلان فانا ما لك عليه لان ذلك تعليق الضمان بشرط القدوم فكان عدما
قبل وجود الشرط فلم توجد الاضافة الى مضمون للحال فبطل الرهن وصحت الكفالة
لانها لا تستدعي مضمونا للحال بل في الجملة على ما مر والله اعلم ۞ واما المختلف
فيه فهو ان الشرط كونه مضمونا ظاهرا وباطنا او كونه مضمونا من حيث الظاهر
يكفي لصحة الرهن ذكر محمد رحمه الله في الجامع ما يدل على ان كونه مضمونا في الظاهر
كاف ولا يشترط كونه مضمونا حقيقة فانه قال اذا ادعى على رجل الف درهم
قرضا فجحدها المدعى عليه ثم انه صالح المدعي من ذلك على خمسماية واعطاه
بها رهنا يساوي خمسماية ثم تصادقا على ان ذلك المال كان باطلا وانه لم
يكن للمدعي عليه شي ثم هلك الرهن في يده كان على المرتهن ان يرد على الراهن
خمسماية لان الدين كان ثابتا على الراهن من حيث الظاهر الا ترى لو اختصما الى
القاضي قبل ان يتصادقا ان القاضي يجبر المدعا عليه على الايفا الخمسماية فكان
هذا رهنا بما هو مضمون فصح يدل عليه ان الرهن بجهة الضمان جايز على ما ذكرنا
فلان يجوز بالضمان الثابت من حيث الظاهر اولى وروي عن ابي يوسف انه لا يضمن
شيا لانهما لما تصادقا على انه لم يكن عليه شي تبين ان الرهن حصل بما ليس
مضمونا اصلا فلا يصح وكذا ذكر في الجامع اذا اشترى من رجل عبدا بالف
درهم وقبض العبد واعطاه بالالف رهنا يساوي الفا فهلك الرهن عند
المرتهن ثم قامت البينة على ان العبد حرا واستحق العبد من يده يهلك
مضمونا لان الالف كان مضمونا على الراهن ظاهرا فقد حصل الارتهان بدين
مضمون عليه من حيث الظاهر فجاز وكذا لو اشترى شاة مذبوحة بعشرة
دراهم او اشترى دنا من خل واعطاه بالثمن رهنا فهلك الرهن ثم علم ان الشاة
ميتة والخل خمر فالرهن مضمون لما قلنا وكذا لو قتل عبد انسان خطا واعطاه
بقيمته رهنا ثم علم ان العبد كان حرا كان المرهون مضمونا بالاقل من قيمته
ومن قيمة العبد لما ذكرنا وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف ينبغي ان لا يضمن
في هذه المسايل ايضا لانه تبين ان الارتهان حصل بما ليس بمضمون حقيقة
فلم يصح والله اعلم ولو ادعى المستودع او المضارب هلاك الوديعة او
المضاربة وادعى رب المال عليهما الاستهلاك وتصالحا على مال واخذ رب
المال المال رهنا من المستودع فهلك عنده ثم تصادقا ان الوديعة
هلكت عنده يضمن المرتهن عند محمد وعند ابي يوسف لا يضمن وهذا
الاختلاف مبني على اختلافهما في صحة الصلح فعند محمد لما لم يصح الصلح
كان رهنا من حيث الظاهر فيصح وعند ابي يوسف لما لم يصح فقد حصل
الرهن بما ليس بمضمون حقيقة فلم يصح والله اعلم ۞ ومنها ان يكون
محتملا للاستيفا من الرهن فان لم يحتمل لم يصح الرهن به لان الارتهان
استيفا وعلى هذا يخرج الرهن بالقصاص في النفس وما دونها انه لا يجوز

لانه لا يمكن استيفا القصاص من الرهن ويجوز الرهن لان استيفاوه ممكن فصح الرهن
به وعلى هذا ايضا يخرج الرهن بالشفعة انه لا يصح لان حق الشفعة لا يحتمل
الاستيفا من الرهن فلم يصح الرهن به وعلى هذا ايضا يخرج الرهن بالكفالة انه لا
يجوز لان المكفول به مما لا يحتمل الاستيفا من الرهن فصل واما حكم الرهن
فنقول وبالله التوفيق الرهن نوعان صحيح وفاسد اما الرهن الصحيح فله احكام
بعضها يتعلق بحال قيام المرهون • وبعضها يتعلق بحال هلاكه • اما الذي يتعلق
بحال قيام المرهون فثلثة عندنا احدها ملك حبس المرهون على سبيل اللزوم
الى وقت الفكاك اوكون المرتهن احق بحبس المرهون الى سبيل اللزوم الى وقت
الفكاك والمعاني ثلثة متقاربة المعاني في متعارف الفقها والثاني اختصاص
المرتهن ببيع المرهون او اختصاصه بعينه وهذان الحكمان اصليان للرهن
عندنا والثالث وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك وقال الشافعي الحكم
الاصلي للرهن واحد وهو كون المرتهن احق ببيع المرهون واخص بثمنه من ساير
الغرما فاما حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان المرهون ان كان شيا يمكن
الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن ان يسترده من يد المرتهن فينتفع به
فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه
كالمكيل والموزون فليس للراهن ان يسترده من يده احتج بما روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن هو
لصاحبه الذي رهنه غنمه وعليه غرمه اخبر ان الرهن لا يغلق اي لا يحتبس وعندكم
يحتبس فكان حجة عليكم وكذا اضاف الرهن الى الراهن بلام التمليك وسماه
صاحبا له على الاطلاق فيقتضي ان يكون هو المالك للرهن مطلقا رقبة وانتفاعا
وحبسا ولان الرهن شرع توثيقا للدين وملك الحبس على سبيل اللزوم يضاد معنى
الوثيقة لانه يكون في يده دايما وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهينا
للدين لا توثيقا له ولان يكون في يده دايما وعسى يهلك فيسقط الدين فيما فليس
تعطيل العين المنتفع بها في نفسها عن الانتفاع لان المرتهن لا يجوز له الانتفاع
به عندكم فكان تعطيلا والتعطيل تسييب وانه من اعمال الجاهلية وقد
نفاه الله تعالى بقوله عز وجل ما جعل الله من بحيرة ولا سايبة ولنا قوله
تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة اخبر الله تعالى بكون
الرهن مقبوضا واخباره لا يحتمل الخلف فاقتضى ان يكون المرهون مقبوضا
ما دام مرهونا ولان الرهن عبارة في اللغة عن الحبس قال الله تعالى كل امرئ
بما كسب رهين اي حبيس فيقتضي ان يكون الرهن محبوسا ما دام مرهونا
ولو لم يثبت ملك الحبس على الدوام لم يكن محبوسا على الدوام فلم يكن
مرهونا ولان الله تعالى لما سمى العين التي ورد عليها العقد رهنا وانه ينبئ عن
الحبس لغة كان ما دل عليه اللفظ لغة حكما له شرعا لان الاسما الشرعية
دلالا على احكامها كلفظة الطلاق والعتاق والحوالة والكفالة ونحوها
ولان الرهن شرع وثيقة بالدين فيلزم ان يكون حكمه ما يقع به التوثيق
للدين كالكفالة وانما يحصل التوثق اذا كان في حبسه على سبيل الدوام
لانه يمنعه عن الانتفاع فيحمل ذلك على قضا الدين في اسرع الاوقات ولذا

وقع الامن عن تواحقه بالجحود والانكار على ما عرف ولا حجة له في الحديث لان معنى
قوله لا يغلق الرهن اي لا يملك بالدين كذا قاله اهل اللغة غلق الرهن اي ملك
بالدين وهذا كان حكما جاهليا فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله
هو لصاحبه الذي رهنه تفسير لقوله لا يغلق الرهن وقوله له غنمه اي
زوايده وعليه غرمه اي نفقته وكفنه والله اعلم وقوله انما شرع له الرهن
لا يحصل بما قلتم لانه يتوي حقه بهلاك الرهن قلنا على احد الطريقين لا
يتوي بل يصير مستوفيا والاستيفا ليس بهلاك الدين واما على الطريق
الاخر بالهلاك ليس بغالب بل قد يكون وقد لا يكون واذا هلك فالهلاك
ليس يضاف الى حكم الرهن لان حكمه ملك الحبس لا نفس الحبس قوله فيه
تسييب ممنوع فان تعقد الرهن موقتا دينه في حق الحبس والمرتهن يصير
مستوفيا في حق الحبس والايفا والاستيفا من منافع الرهن واذا عرف
حكم الرهن في حال قيامه تخرج عليه المسايل المتعلقة به اما على الحكم الاول
وهو ملك الحبس فالمسايل المتعلقة بهذا الحكم بعضها يتعلق بنفس الحكم
وبعضها يتعلق بكيفيته اما الذي يتعلق بنفس الحكم فنقول وبالله التوفيق
ليس للراهن ان ينتفع بالمرهون استخداما وركوبا ولبسا وسكنى وغير
ذلك لان حق الحبس ثابت للمرتهن على سبيل اللزوم وهذا يمنع الاسترداد
والانتفاع وليس له ان يبيعه من غير المرتهن بغير اذنه لما فيه من ابطال
من غير رضاه ولو باعه توقف نفاذ البيع على اجازة المرتهن ان اجازه جاز
لان عدم النفاذ كان حقه فاذا رضي ببطلان حقه زال المانع ونفذ وكان
الثمن رهنا سوا شرط المرتهن عند الاجازة كونه رهنا او لا في جواب
في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه لا يكون رهنا الا بالشرط لان الثمن
ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع وقد زال حقه عنه بالبيع
الا انه اذا شرط عند الاجازة ان يكون مرهونا فلم يرض بزوال حقه عنه
الا ببدل واذا لم يوجد الشرط زال حقه عنه اصلا وجه ظاهر الرواية
ان الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه وبه تبين انه ما زال حقه بالبيع
لانه زال الى خلف والزايل الى خلف قايم معنى فيقوم الخلف مقام الاصل
وسوا قبض الثمن من المشتري او لم يقبضه لانه يقوم مقامها كان مقبوضا
وان رده بطل لما قلنا وليس له ان يهبه من غيره لغير اذنه لما ذكرنا ولو
فعل وقف على اجازة المرتهن ان رده بطل وله ان يعيده رهنا وان اجازه
جاز لما قلنا وبطل عقد الرهن لانه زال عن ملكه لا الى خلف بخلاف البيع
وليس له ان يواجره من اجنبي بغير اذن المرتهن لان قيام ملك الحبس
له ان يمنع الاجارة ولان الاجارة تعقد للانتفاع به بنفسه فكيف يملكه
غيره ولو فعل وقف على اجازته فان رده بطل وان اجازه جازت الاجارة
لما قلنا وبطل عقد الرهن لان الاجارة اذا جازت وانها عقد لازم لا
يبقى الرهن ضرورة والاجرة للراهن لانها بدل منفعة مملوكة له وولاية
قبض الاجرة له ايضا لانه هو العاقد ولا تكون الاجرة رهنا لان الاجرة
بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهونا فاما

الثمن في باب البيع بدل المبيع وانه مرهون فجاز ان يكون بدله مرهونا
وكذلك لو اجره من المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا وجد المرتهن للقبض
للاجارة اما صحة الاجارة وبطلان الرهن فما ذكرنا واما الحاجة الى تجديد القبض
لان قبض الرهن دون قبض الاجارة فلا ينوب عنه ولو هلك في يده قبل
انقضا مدة الاجارة او بعد انقضائها يهلك امانة ان لم يوجد منه منع
من الراهن وان منعه من الراهن ثم هلك بعد انقضا مدة الاجارة ضمن كل
قيمته لانه صار غاصبا بالمنع وليس له ان يعيره من اجنبي بغير اذن المرتهن
لما ذكرنا فلو اعار وسلم فللمرتهن ان يبطل الاعارة ويعيده رهنا ولا يبطل
الرهن لكن يبطل ضمانه وكذا اذا اعار باذن المرتهن بخلاف ما اذا اجر واجاز
المرتهن او اجازه باذنه انه يبطل الرهن لان الاجارة عقد لازم الا ترى
ان احد العاقدين لا ينفرد بالفسخ من غير عذر فكان من ضرورة جوازها
بطلان الرهن فاما الاعارة فليست بلازمة لان للمعير ولاية الاسترداد
في اي وقت شا فجوازها لا يوجب بطلان عقد الرهن الا انه يبطل ضمان
الرهن لما نذكر في موضعه ان شا الله تعالى وكذا ليس للمرتهن ان ينتفع بالمرهون
حتى لو كان عبدا ليس له ان يستخدمه وان كان دابة ليس له ان يركبها وان
كان ثوبا ليس له ان يلبسه وان كان مصحفا ليس ان يقرا فيه لان عقد
الرهن يفيد ملك الحبس لا ملك الانتفاع فان انتفع به فهلك في حال الاستعمال
يضمن كل قيمته لانه صار غاصبا وليس ان يبيع الرهن بغير اذن الراهن لان
الثابت له ليس الا ملك الحبس فاما ملك العين فللراهن والبيع تمليك
العين فلا يملكه المرتهن من غير اذن الراهن ولو باع بغير اذنه وقف على اجازته
فان اجاز جاز وكان الثمن رهنا وكذا اذا باع باذنه جاز وكان ثمنه رهنا
وسوا قبضه من المشتري او لم يقبضه ولو هلك كان الهلاك على المرتهن
وهذا يشكل على الشرط الذي ذكرنا لجواز الرهن وهو ان لا يكون دينا والثمن
دين في ذمة المشتري فكيف يكون رهنا والجواب ان الدين يصلح رهنا في
حالة البقا وان كان لا يصلح ابتدا لانه في حالة البقا بدل المرهون وبدل
المرهون مرهون لانه قايم مقام المرهون كانه هو بخلاف حالة الابتدا
وان رد بطل وعاد المبيع رهنا كما كان ولو هلك في يد المشتري قبل الاجازة
لم يجز بالاجازة لان قيام المعقود عليه شرط صحة الاجازة والراهن بالخيار ان شا
ضمن المرتهن وان شا ضمن المشتري لان كل واحد منهما صار غاصبا المرتهن بالتسليم
والمشتري بالقبض وان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن للمرتهن وكان الضمان رهنا
لانه ملكه بالضمان فتبين انه باع ملك نفسه فجاز وكان الثمن له لانه بدل ملكه
والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون فيكون مرهونا وقيل انما يجوز البيع بتضمين
المرتهن اذا اسلم الرهن الى المشتري اولا ثم باعه منه فاما اذا باعه ثم سلمه
فلا يجوز لان سبب ثبوت الملك هو التسليم لانه سبب وجوب الضمان وملك
المضمون بملك الضمان والتسليم وجد بعد البيع فلا يجوز البيع كما اذا باع
مال غيره بغير اذنه ثم اشتراه منه انه لا يجوز بيعه كذا هذا وليس في
ظاهر الرواية هذا التفصيل ولو ضمن المشتري بطل البيع لان بتضمين المشتري

لم يتبين ان المرتهن باع مال نفسه والضمان يكون رهنا لانه بدل المرهون
ويرجع المشتري على البايع بالثمن لم يصح وليس له ان يرجع بالضمان عليه
وليس له ان يهبه او يتصدق به بغير اذن الراهن لان الهبة والتصدق تمليك
العين والثابت للمرتهن ملك الحبس لا ملك العين فلا يملكهما كما لا يملك البيع
فان فعل وقف على اجازة الراهن ان اجاز جاز وبطل الرهن وان رد عاد الرهن
كما كان ولو هلك في يد الموهوب له او المتصدق عليه قبل الاجازة فالراهن
بالخيار ان شا ضمن المرتهن وان شا ضمن الموهوب له والمتصدق عليه
لما ذكرنا وايهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه اما المرتهن فلا شك فيه
لانه ملك المرهون بالضمان فتبين انه وهب او تصدق بملك نفسه واما
الموهوب له والمتصدق عليه فلان الرجوع بالضمان بحكم الغرور وانه
لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والاجارة وليس له ان يواجره
من غير الراهن بغير اذنه لان الاجارة تمليك المنفعة والثابت له ملك
الحبس لا ملك المنفعة فكيف يملكها من غيره فان فعل وقف على اجازة
الراهن فان اجاز جاز وبطل الرهن فيما لما ذكرنا فيما تقدم وكانت الاجرة
للراهن ولا يكون رهنا لما مر وولاية قبضها للمرتهن لان القبض من حقوق
العقد والعاقد هو المرتهن ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة
لان العقد قد بطل فلا يعود الا بالاستيناف وان رد بطل واعاده رهنا
كما كان ولو اجره بغير اذن الراهن وسلمه الى المستاجر فهلك في يده
فالراهن بالخيار ان شا ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم الى المستاجر
وان شا ضمن المستاجر لوجود سبب وجوب الضمان من كل واحد منهما
وهو التسليم والقبض غير انه ان ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستاجر
لكنه يرجع عليه بالاجرة قدر المستوفى من المنافع الى وقت الهلاك لانه
ملكه بالضمان فتبين انه اجر ملك نفسه فصحت وكانت الاجرة له
لانها بدل منفعة له الا انها لا تطيب له وان ضمن المستاجر فالمستاجر
يرجع بما ضمن على المرتهن لانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه
بضمان الغرور وهو ضمان الكفالة ولا اجرة عليه لان الاجرة مع الضمان لا
يجتمعان ولو سلم واسترده المرتهن عاد رهنا كما كان لانه لما استرده
فقد عاد الى الوفاق بعد ما خالف فاشبه المودع خالف في الوديعة ثم
عاد الى الوفاق والاجر للمرتهن لكنه لا يطيب له كالغاصب اذا اجر المغصوب
وليس له ان يعير الرهن من غير المرتهن بغير اذنه لما ذكرنا في الاجارة فان
اعاره وسلمه الى المستعير فللراهن ان يبطل الاعاره فان هلك في يد المستعير
فالراهن بالخيار ان شا ضمن المرتهن وان شا ضمن المستعير وايهما ضمن
لا يرجع بما ضمن على صاحبه ويكون الضمان رهنا اما عدم الرجوع اما المرتهن
فلانه ملك الضمان فتبين انه اعار ملك نفسه واما المستعير فلان
الرجوع بالغرور ولم يوجد بخلاف الاجارة واما كون الضمان رهنا فلانه
بدل المرهون فيكون مرهونا وان سلم واسترده من المستعير عاد رهنا
كما كان لانه عاد الى الوفاق فالتحق الخلاف فيه بالعدم ولو اعاره بغير اذنه

فاجاز جاز ولا يبطل الرهن ولكن يبطل ضمان الراهن لما نذكر بخلاف الاجارة فانها
تبطل الرهن وقد مر الفرق وليس له ان يرهنه بغير اذن الراهن لانه لم يرض
بحبس غيره فان فعل فللراهن الاول ان يبطل الرهن الثاني ويعيده الي يد المرتهن
الاول فان هلك الرهن في يد المرتهن الثاني قبل الاعادة الي يد الاول فالراهن
الاول بالخيار ان شا ضمن المرتهن الاول وان شا ضمن المرتهن الثاني فان ضمن
الاول جاز الرهن الثاني لانه ملكه المرتهن الاول بالضمان فتبين انه رهن ملك
نفسه ولو هلك في يد المرتهن الثاني هلك بالدين وكان ضمانه رهنا لانه بدل
المرهون وان ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني ويكون الضمان رهنا عند
المرتهن الاول لكونه بدل المرهون ويرجع المرتهن الثاني علي المرتهن الاول
بما ضمن وبدينه اما الرجوع بالضمان فلانه صار مغرورا من جهته فيرجع عليه
واما الرجوع بدينه فلان الرهن الثاني لم يصح فبقي دينه عليه كما كان
وان رهن عند الثاني باذن الراهن الاول جاز الرهن الثاني وبطل
الرهن الاول اما جواز الرهن الثاني فلان المانع من الجواز قد زال باذن الراهن
الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار مال الراهن الاول واذا
جاز الثاني بطل الاول ضرورة وصار كان المرتهن الاول استعار مال
الراهن ليرهنه بدينه فرهنه وليس له ان يودعه عند اجنبي ليس في
عياله لان الراهن لم يرض الا بيده او يد من يده في المعني يده ويد الاجنبي
الذي ليس في عياله ليست في معني يده فان فعل فهلك في يد المودع ضمن قيمته
لانه صار غاصبا بالايداع وله ان يدفعه الي من هو في عياله كزوجته وخادمه
واجيره الذي يتصرف في ماله لان يد هولا كيده الا تري انه يحفظ مال نفسه
بيدهم فكان الهلاك في يدهم كالهلاك في يده والاصل في هذا ان للمرتهن
ان يفعل في الرهن ما يعد حفظا له وليس له ان يفعل ما يعد استعمالا له وانتفاعا
به وعلي هذا يخرج ما اذا ارتهن خاتما فجعله في خنصره فهلك ضمن لان التختم
بالخنصر مما يتجمل به عادة فكان استعمالا له وهو ماذون في الحفظ لا في الاستعمال
ويستوي فيه اليمني واليسري لان الناس يختلفون في العمل بهذا النوع
منهم من يتجمل بالتختم في اليمني ومنهم من يتجمل بالتختم في اليسري فكان كل
ذلك استعمالا ولو جعله في بقية الاصابع يهلك هلاك الرهن لان التختم بها
غير معتاد فكان حفظا لا استعمالا ولو لبس خاتما فوق خاتم فهلك يرجع فيه
الي العرف والعادة ان كان اللابس ممن يتجمل بلبس خاتمين يضمن لانه مستعمل
له وان كان ممن لا يتجمل به يهلك بما فيه لانه حافظ اياه ولو رهنه سيفين فتقلد
بهما يضمن ولو كان السيوف ثلثة فتقلد بها لم يضمن لان التقلد بسيفين
معتاد في الجملة فكان من باب الاستعمال فاما بالثلاث فليس بمعتاد
فكان حفظا لا استعمالا ولو كان الرهن طيلسانا او قبا فلبسه لبسا معتادا
يضمن وان جعله علي عاتقه فهلك يهلك رهنا لان الاول استعمال
والثاني حفظ وله ان يبيع ما يخاف الفساد عليه باذن القاضي لان بيع
ما يخاف عليه الفساد من باب الحفظ فله ان يبيعه لكن باذن الحاكم لان
له ولاية في مال غيره في الجملة فان باع بغير امره ضمن لانه لا ولاية له

عليه واذا باع بامر القاضي كان ثمنه رهنا في يده لانه بدل المرهون فيكون
مرهونا وله ان يطالب الراهن بايفا الدين مع قيام عقد الرهن اذا لم يكن الدين
موجلا لان الرهن شرع لتوثيق الدين وليس من الوثيقة سقوط المطالبة
بايفا الدين ولو طالب المرتهن الراهن بحقه فقال له الراهن بعه واستوف
حقك فقال له المرتهن لا اريد البيع ولكن اريد حقي فله ذلك لان الرهن وثيقة
وبالبيع يخرج عن كونه رهنا فيبطل معني الوثيقة فله ان يتوثق باستيفائه
الي استيفا الدين ولو قال الراهن للمرتهن ان جيتك بحقك الي وقت كذا
والا فهو بدينك او بع بحقك لم يجز والا وهو علي حاله لان هذا تعليق التمليك
بالشرط وانه لا يتعلق بالشرط وليس للقاضي ان يبيع الرهن بدين المرتهن
من غير رضي الراهن ولكن يحبس الراهن حتي يبيعه بنفسه عند ابي حنيفة
وعندهما له ان يبيعه عليه وهي مسلة الحجر علي الحر وقد ذكرناها في كتاب الحجر
والله اعلم ٭ وكذا ليس للعدل ان يبيع الرهن كما ليس للراهن ولا للمرتهن ذلك
والكلام في العدل في ثلثة مواضع ٭ احدها في بيان ما للعدل ان يفعله
في الرهن وما ليس له ان يفعله ٭ والثاني في بيان ما يصلح عدلا في الرهن ومن
لا يصلح ٭ والثالث في بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا
ينعزل ٭ اما الاول فنقول وبالله التوفيق للعدل ان يمسك الرهن
بيده وبيد من يحفظ مال نفسه بيده وليس له ان يدفعه الي المرتهن بغير
اذن الراهن ولا الي الراهن قبل سقوط الدين بغير اذن المرتهن لان كل واحد
منهما لم يرض بيد صاحبه حيث جعله في يد العدل ولو دفعه الي احدهما
بغير رضا صاحبه فلصاحبه ان يسترده ويعيده الي يد العدل كما كان
فان هلك قبل الاسترداد ضمن العبد قيمته لانه صار غاصبا بالدفع وليس
له ان ينتفع بالرهن ولا ان يتصرف فيه بالاجارة والاعارة والرهن وغير
ذلك لان الثابت له بالوضع في يده هو حق الامساك لا الانتفاع والتصرف
وليس له ان يبيعه لما ذكرنا الا اذا كان مسلطا علي بيعه في عقد الرهن او
متاخرا عنه وله ان يبيعه لانه صار وكيلا بالبيع الا ان التسليط اذا كان
في العقد لا يملك عزله من غير رضا المرتهن واذا كان متاخرا عن العقد
يملكه لما نذكر وله ان يبيع الزيادة المتولدة من الرهن لكونها مرهونة
تبعا للاصل وكذا ان يبيع ما قام مقامه بان كان الرهن عبدا فقتله عبد
فدفع به او فقا عينه لانه اذا قام مقامه جعل كان الاصل قايم ثم اذا
سلطه علي البيع فله ان يبيعه باي جنس كان من الدراهم والدنانير
وغيرهما وباي قدر كان بمثل قيمته او باقل قدر ما يتغابن الناس فيه
او بالنقد والنسية عند ابي حنيفة رحمه الله وله ان يبيعه قبل حلول
الاجل لان الامر مطلق واذا باع كان الثمن رهنا عنده الي ان يحل
الاجل لان ثمن المرهون مرهون فاذا حل الاجل او في دين المرتهن ان
كان من جنسه وان سلطه علي البيع عند المحل لم يكن له ان يبيعه لما
قلنا ولو كان الرهن بالمسلم فيه فسلطه علي البيع عند المحل له ان يبيعه
بجنس المسلم فيه وبغيره عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيعه

بالدراهم والدنانير وبجنس المسلم فيه وهي مسئلة الوكيل بالبيع المطلق انه يبيع باي
ثمن كان عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد ليس له ان يبيع بما لا يتغابن
الناس فيه ولا بالنسيئة ولا بغير الدراهم والدنانير الا انهما جوزاها في مسئلة السلم
بجنس المسلم فيه لان الامر بالبيع لقضا الدين من ثمنه والجنس اقرب الى القضا منه
ولو نهاه الراهن عن البيع بالنسيئة فان نهاه عند عقد الرهن ليس له ان يبيع بالنسيئة
لان التوكيل حصل مقيدا فيلزم مراعاة القيد فيه اذا كان التقييد مفيدا وهذا
النوع من التقييد مفيد وان نهاه متاخرا عن العقد لم يصح نهيه لان التقييد المتراخي
ابطال من حيث النظام كالتخصيص المتراخي عن النص العام عند بعض مشايخنا
حتى جعلوه فسخا لا بيانا واذا كان ابطالا لا يملكه الراهن كما لا يملك ابطال الوكالة عند
العقد بالعزل ثم اذا باع العدل الرهن خرج عن كونه رهنا لانه صار ملكا للمشتري وصار
ثمنه هو الرهن لانه قام مقامه سوا كان مقبوضا او غير مقبوض حتى لو توي عند المشتري
كان على المرتهن ويهلك بالاقل من قيمة الثمن ومن الدين ولا ينظر الى قيمة المبيع بل ينظر الى
الثمن بعد البيع لان الرهن انتقل الى الثمن وخرج المبيع عن كونه رهنا فيعتبر قيمة الرهن
ثم ان باعه بجنس الدين قضي دين المرتهن منه وان باعه بخلاف جنسه باع الثمن بجنس
الدين وقضي الدين منه لانه مسلط على بيع الرهن وقضا الدين من ثمنه وقضي الدين
من جنسه يكون ولو باع العدل ثم استحق في يد المشتري فللمشتري ان يرجع بالثمن
على العدل لان العاقد هو وحقوق العقد في باب البيع ترجع الى العاقد والعدل
بالخيار ان شا استرد من المرتهن ما اوفاه من الثمن وعاد دينه الى الراهن كما كان
وان شا رجع بما ضمن على الراهن وسلم للمرتهن ما قبض اما ولاية استرداد الثمن من
المرتهن فلان البيع قد بطل بالاستحقاق وتبين ان قبض الثمن من المرتهن لم يصح فله ان
يسترد منه واذا استرده عاد الدين على حاله واما الرجوع بما ضمن على الراهن فلانه وكيل
الراهن فله ان يرجع بالعهدة عليه وان رجع عليه سلم للمرتهن ما قبضه لانه تم قبضه
هذا اذا سلم الثمن الى المرتهن فان كان هلك في يده قبل التسليم ليس له ان يرجع
الا على الراهن بالبيع عامل له فكان عهدة عمله عليه في الاصل لا على غيره الا ان له ان يرجع على المرتهن
اذا قبض الثمن لما ذكرنا فاذا لم يقبض وجب العمل بالاصل فيرجع على الراهن بما ضمن وبطل
الرهن بالاستحقاق ورجع المرتهن بدينه على الراهن ولو لم يستحق الرهن ولكن المشتري
وجد به عيبا كان له ان يرده على العدل لان الرد بالعيب من حقوق البيع وانها ترجع
الى العاقد والعاقد هو العدل فيرد عليه ويسترد منه الثمن الذي اعطاه والعدل
بالخيار ان كان رد عليه بقضا القاضي ان شا رجع على المرتهن ان كان سلم المرتهن
اليه وان شا رجع على الراهن اما على المرتهن فلانه اذا رد عليه بعيب بقضا القاضي
فقد انفسخ العقد فكان له ان يرجع بالثمن وعاد دين المرتهن على الراهن وعاد
الرهن المردود رهنا بالدين واما الرجوع على الراهن فلانه وكله بالبيع فيرجع عليه
بالعهدة وان كان العدل لم يعط المرتهن الثمن فان رد العدل ما قبض من الثمن فلا
يرجع على احد وان كان هلك في يده وضمن ماله يرجع بما ضمن على الراهن خاصة دون
المرتهن لما ذكرنا في الاستحقاق ويكون المردود رهنا كما كان هذا اذا كان بيع العدل
بتسليط مشروط في عقد الرهن فاما اذا كان بتسليط وجد من الراهن بعد الرهن
فان العدل يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن سوا قبض المرتهن او لم يقبضه

لانه وكيل الراهن وعهدة الوكيل فيما وكل به على موكله في الاصل لانه عامل له فكان عهدة عمله
عليه الا ان التسليط اذا كان مشروطا في العقد ثبت له حق الرجوع على المرتهن لتعلق حقه
بهذه الوكالة على ما ذكر فاذا وقع البيع لحقه جاز ان يرجع بالضمان عليه واذا لم يكن
مشروطا لم يثبت التعلق فبقي حق الرجوع بالعهدة على الموكل على حكم الاصل وللعدل
ان يبيع الزوايد المتولدة لانها مرهونة تبعا للاصل لثبوت حكم الرهن فيها وهو حق
الحبس فله ان يبيعها كما له ان يبيع الاصل وكذا العبد المدفوع بالجناية على الرهن بان
قتل الرهن او فقا عينه فدفع به فللعدل ان يبيعه لان الثاني قايم مقام الاول لحما ودما
فصار كان الاول قايم والله اعلم . وللعدل ان يمتنع من البيع فاذا امتنع لا يجبر عليه ان
كان التسليط على البيع بعد الرهن وان كان في الرهن لم يكن له ان يمتنع عنه ولو امتنع يجبر
عليه لان التسليط اذا لم يكن مشروطا في الرهن لم يتعلق به حق المرتهن فكان توكيلا محضا
بالبيع في ساير المواضع واذا كان مشروطا فيه كان حق المرتهن متعلقا به فله ان يجبره على
البيع لاستيفا حقه والله اعلم . واما بيان من يصلح عدلا في الرهن ومن لا يصلح
فالمولى لا يصلح عدلا في رهن عبده الماذون حتى لو رهن العبد الماذون على ان يضع في يد
مولاه لم يجز الرهن سوا كان على العبد دين او لم يكن والعبد يصلح عدلا في رهن مولاه حتى
لو رهن انسان على ان يضع في يد عبده الماذون صح الرهن لان قبض الرهن قبض استيفا
الدين فيصير العدل وكيلا في استيفا الدين والمولى لا يصلح وكيلا للاجنبي في استيفا الدين
من عبده لان الوكيل من يعمل لغيره واستيفا الدين من عبده عمل له بنفسه من وجه لما
فيه من فراغ رقبة عبده عن شغل الدين والعبد يصلح وكيلا للاجنبي في استيفا الدين من
مولاه لذلك افترقا وعن ابي يوسف ان المولى يصلح عدلا في رهن مكاتبه والمكاتب يصلح
عدلا في رهن مولاه لان المكاتب حر يدا فكان كل واحد منهما اجنبيا عما في يد الاخر والمكفول
عنه لا يصلح عدلا في رهن الكفيل والكفيل لا يصلح عدلا في رهن المكفول عنه لان كل واحد
منهما لا يصلح وكيلا في استيفا الدين من صاحبه لانه يعمل لنفسه اما المكفول عنه فتفرغ
ذمته عن الدين واما الكفيل فيتخليص نفسه عن الكفالة بالدين واحد شريكي المفاوضة
لا يصلح عدلا في رهن صاحبه بدين التجارة لان يد كل واحد منهما يد صاحبه فكان ما
في يد كل واحد منهما كانه في يد صاحبه فلم يتحقق خروج الرهن من يد المرتهن وانه
شرط صحة الرهن وكذلك احد شريكي العنان في التجارة لا يصلح عدلا في رهن صاحبه
بدين التجارة لما قلنا وان كان من غير التجارة فهو جايز في الشركتين جميعا لان كل واحد
منهما اجنبي عن صاحبه في غير دين التجارة فلم تكن يده كيد صاحبه فوجد خروج الرهن من
يد الراهن ورب المال لا يصلح عدلا في رهن المضارب ولا المضارب في رهن رب المال
حتى لو رهن المضارب شيا من مال المضاربة على ان يضع على يد رب المال او رهن
رب المال على ان يضع على يد المضارب لا يجوز الرهن لان يد المضارب يد رب المال
وعمل رب المال كعمل المضارب فلم يتحقق خروج الرهن من يد الراهن فلم يجز الرهن
والاب لا يصلح عدلا في رهنه بثمن ما اشترى للصغير بان اشترى الاب للصغير شيا
ورهن بثمن ما اشترى له على ان يضعه على يد نفسه فالشرا جايز والرهن باطل لانه لما شرط
على ان يضعه في يد نفسه فقد شرط على ان لا يخرج الرهن من يد الراهن وانه شرط فاسد
فيفسد الرهن وهل يصلح الراهن عدلا في الرهن فان كان الرهن لم يقبض من يده بعد
لا يصلح حتى لو شرط في عقد الرهن على ان يكون الرهن في يده فسد العقد لان قبض

المرتهن شرط صحة العقد ولا يتحقق القبض الا بخروج الرهن من يد الراهن فكان
شرط كونه في يده شرطا فاسدا فيفسد الرهن وان كان قبضه المرتهن ثم وضعه
على يده جاز بيعه لان العقد قد صح بالقبض والبيع تصرف من الراهن في ملكه فكان
الاصل فيه هو النفاذ والتوقف لحق المرتهن فاذا رضي به فقد زال المانع فينفذ
والله اعلم واما بيان ما ينعزل به العدل ويخرج عن الوكالة وما لا ينعزل فنقول
وبالله التوفيق التسليط على البيع لا يخلوا اما ان يكون في عقد الرهن واما ان يكون
متاخرا عنه فان كان في العقد فعزل الراهن العدل لا ينعزل من غير رضا المرتهن
لان الوكالة اذا كانت في العقد كانت تابعة للعقد وكانت لازمة بالعقد فلا ينفرد
الراهن بفسخها كما لا ينفرد بفسخ العقد وكذا لا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن
لما ذكرنا ان الوكالة الثابتة في العقد من توابع العقد والعقد لا يبطل بالموت
فكذا ما هو من توابعه وان كان التسليط متاخرا عن العقد فللراهن ان يعزله
وينعزل بموت الراهن ايضا لان التسليط المتاخر عن العقد توكيل مبتدا فينعزل
الوكيل بعزل الموكل وموته وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة وقد ذكرنا جملة
ذلك في كتاب الوكالة وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف
ان التسليط الطاري على العقد والمقارن له سوا لانه يلتحق بالعقد فيصير
كالموجود عند العقد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان التسليط لم يوجد
عند العقد حقيقة وجعل كالموجود عند العقد وهو حقيقة موجود تقديرا لا يجوز الا
بدليل ولم يوجد وتبطل الوكالة بموت العدل سوا كانت بعد العقد او في
العقد ولا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تورث ولان الراهن
رضي به ولم يرض بغيره فاذا مات بطلت الوكالة ولكن لا يبطل العقد ويوضع
الرهن في يد عدل اخر عن تراض منهما لانه جاز الوضع في يد الاول في الابتدا
بتراضيهما فيجوز في يد الثاني في الانتها فان اختلفا في ذلك نصب القاضي
عدلا ووضع الرهن على يده قطعا للمنازعة وليس للعدل الثاني ان يبيع الى
ان يموت الراهن لان الراهن سلط الاول لا الثاني والله اعلم . وعلى هذا
يخرج نفقة الرهن انها على الراهن لا على المرتهن والاصل فيه ان ما كان من حقوق
الملك فهو على الراهن لان الملك له وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن لان
اليد له اذا عرف هذا فنقول الرهن اذا كان رقيقا فطعامه على الراهن وكذا
شرابه وكسوته على الراهن واجرة ظير ولد الرهن عليه فان كان دابة فالعلف
واجرة الراعي عليه وان كان بستانا فسقيه وتلقيح نخله وجذاذه والقيام
بمصالحه عليه سوا كان في قيمة الرهن فضل او لم يكن لان هذه الاشيا من
حقوق الملك ومونات الملك ومووناته والملك للراهن فكانت المونة
عليه والخراج على الراهن لانه مونة الملك واما العشر ففي الخارج ياخذه الامام
ولا يبطل الرهن في الباقي بخلاف ما اذا استحق بعض الرهن شايعا انه يبطل
الرهن في الباقي ووجه الفرق ان الفساد في الاستحقاق لمكان الشيوع ولم
يوجد هاهنا لان الاستحقاق يبين ان الرهن في القدر المستحق لم يصح والباقي
شايع والشياع يمنع صحة الرهن بخلاف العشر لان وجوبه في الخارج لا
يخرجه عن ملكه بدليل انه يجوز بيعه ويجوز له الاقرار وغيره فكان الدفع

الى

الى الامام بمنزلة اخراج الشي عن ملكه فلا يتحقق فيه معنى وهو الفرق ولو كان في
الرهن ثمار فاراد الراهن ان يجعل النفقة التي ذكرنا انها عليه في ثمار الرهن ليس
له ذلك لان زوايد المرهون مرهونة عندنا تبعا للاصل فلا يملك الانفاق منها كما لا
يملك من الاصل والحفظ على المرتهن حتى لو شرط الراهن للمرتهن اجرا على حفظه لا يستحق
المرتهن شيا من الاجر لان حفظ الرهن عليه فلا يستحق الاجر باتيان ما هو واجب عليه
بخلاف المودع اذا شرط للمودع اجرا على حفظ الوديعة ليس بواجب عليه فجاز
شرط الاجر واجرة الحافظ عليه لانها مونة الحفظ والحفظ عليه وكذلك المسكن
والماوي لما قلنا وروي عن ابي يوسف ان كرا الماوي على الراهن وجعله بمنزلة
النفقة وجعل الابوق على المرتهن بقدر الدين والفضل على ذلك على الراهن لان
وجوب الجعل على المرتهن لكون المرهون مضمونا وانه مضمون بقدر الدين
والفضل امانة فانقسم الجعل عليهما على قدر الامانة والضمان بخلاف اجرة
المسكن انها على المرتهن خاصة وان كان في قيمة الرهن فضل لان الاجرة انما وجبت
على المرتهن لكونها مونة الحفظ وكل المرهون محفوظ بحفظه فكان كل المونة عليه
فاما الجعل فانما لزمه لكون المردود مضمونا والمضمون بعضه لا كله فيتقدر الضمان
والفدا من الجناية والدين الذي يلحق الرهن بمنزلة جعل الابق ينقسم عليهما
على قدر الضمان والامانة وكذلك مداواة الجروح والقروح والامراض تنقسم
عليهما على قدر الضمان والامانة كذا ذكر الكرخي وذكر القاضي في شرحه مختصر
الطحاوي ان المداواة على المرتهن لانها من باب احيا حقه وهو الدين والله اعلم
وكل ما وجب على الراهن واداه المرتهن بغير اذنه او وجب على المرتهن فاداه بغير
اذن الراهن فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره فان فعل بامر القاضي
يرجع على صاحبه لان للقاضي ولاية حفظ اموال الناس وصيانتها عن الهلاك
والاذن بالانفاق على وجه يرجع على صاحبه بما انفق طريق صيانة المالين
وكذلك اذا فعل احدهما بامر صاحبه يرجع عليه لانه صار وكيلا عنه بالانفاق
وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان الراهن اذا كان غايبا فانفق المرتهن بامر
القاضي يرجع عليه وان كان حاضرا لم يرجع عليه وقال ابو يوسف يرجع عليه
في الحالين جميعا بنا على ان القاضي لا يلي على الحاضر عنده وعندهما يلي عليه وهي
مسلة الحجر على الحر وقد مرت في كتاب الحجر وعلى هذا يخرج زوايد الرهن انها
مرهونة عندنا وجملة الكلام في زيادة الرهن انها على ضربين زيادة غير متولدة
من الاصل في حكم المتولد منه كالكسب والهبة والصدقة وزيادة متولدة
من الاصل كالولد واللبن والثمر والصوف او في حكم المتولد من الاصل كالارش
والعقر ولا خلاف في ان الزيادة الاولى ليست بمرهونة بنفسها ولا هي بدل المرهون
ولا جز منه فلا يثبت فيها حكم الرهن واختلف في الزيادة الثانية قال اصحابنا
انها مرهونة وقال الشافعي ليست بمرهونة بنا على ان الحكم الاصلي للرهن عنده
هو كون المرتهن احق ببيع المرهون واحق بثمنه من بين ساير الغرما فقبل البيع
لا حق له في الرهن حتى يسري الى الولد فاشبه ولد الجارية اذا جنت ثم ولدت لان
حكم الجناية لا يثبت في ولدها لما ان حكم جناية الام هو وجوب الدفع الى المجني عليه
وانه ليس بمعنى ثابت في الام فلم يسر الى الولد كذا هذا والدليل على ان الزيادة

ليست بمرهونة انها ليست بمضمونة كالاصل وعندنا حق الحبس حكم اصلي للرهن
ايضا وهذا الحق ثابت في الام فيثبت في الولد تبعا فكانت الزيادة مرهونة تبعا
للام الا انها ليست بمضمونة لثبوت حكم الرهن فيها تبعا لا اصلا فكانت مرهونة
تبعا لا اصلا ولا يكون له حصة من الثمن الا اذا صار مقصودا بالقبض فكذا
المرهون تبعا لا يكون له حصة من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك واذا
كانت الزيادة مرهونة عندنا كانت محبوسة مع الاصل بكل الدين وليس للراهن
ان يفتك احدهما الا بقضا الدين كله لان كل واحد منهما مرهون والمرهون
محبوس كله بكل جزء من اجزا الدين لما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى وينقسم
الدين على الاصل والزيادة على تقدير بقايها الى وقت الفكاك على قدر قيمتهما لكن
تعتبر قيمة الاصل وقت العقد وقيمة الزيادة يوم الفكاك وبيان ذلك نذكره
في موضعه ان شا الله تعالى وعلى هذا تخرج الزيادة على الرهن انها لما كانت جايزة على
اصل اصحابنا رحمهم الله كان للمرتهن ان يحبسهما جميعا بالدين ولا سبيل للراهن
على احدهما ما لم يقض جميع الدين لان كل واحد منهما مرهون ويقسم الدين بينهما
على قدر قيمتهما الا انه يعتبر قيمة الرهن وقت العقد وقيمة الزيادة وقت الزيادة
وايهما هلك هلك بحصته من الدين بخلاف والفرق بين الزيادتين نذكره في
موضعه ان شا الله تعالى • واما الذي يتعلق بكيفية هذا الحكم فنوعان
احدهما ان الثابت للمرتهن حق حبس الرهن بالدين الذي رهن به وليس له ان
يمسكه بدين وجب له على الراهن قبل الرهن او بعده لانه رهن بهذا الدين لا
بدين اخر فلا يملك حبسه بدين اخر لان ذاك دين لا رهن به والثاني ان المرهون
محبوس بجميع الدين الذي رهن به سوا كانت قيمة الرهن اقل من الدين او اكثر
حتى لو قضى الراهن بعض الدين كان للمرتهن ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي ما بقي
قل الباقي او كثر لان الرهن في حق ملك الحبس لا يتجزى فما بقي شي من الدين يكون
محبوسا به كالمبيع قبل القبض لما كان محبوسا بجميع الثمن فما بقي شي من الدين
يكون محبوسا به كذا هذا ولان صفقة الرهن واحدة فاسترداد شي من المرهون
بقضا بعض الدين يتضمن تفريق الصفقة من غير رضى المرتهن وهذا لا يجوز
وسوا كان المرهون شيا واحدا او اشيا ليس للراهن ان يسترد شيا من ذلك
بقضا بعض الدين لما قلنا وسوا سمى لكل واحد منهما شيا من المال الذي رهن به
او لم يسم في رواية الاصل وذكر في الزيادات فيمن رهن ماية شاة بالف درهم على ان كل
شاة منها بعشرة دراهم فادى عشرة كان له ان يقبض شاة ذكر الحاكم الشهيد
رحمه الله ان ما ذكر في الاصل قول ابي يوسف وما ذكر في الزيادات قول محمد
وذكر الجصاص ان في المسلة روايتين عن محمد وجه رواية الزيادات انه لما
سمى لكل واحد منهما دينا متفرقا اوجب ذلك تفريق الصفقة فصار كانه
جعل لكل واحد منهما بعقد على حدة وجه رواية الاصل ان الصفقة واحدة
حقيقة لانها اضيفت الى الكل اضافة واحدة الا انه تفرقت التسمية وتفرق
التسمية لا يوجب تفريق الصفقة كما في باب البيع اذا اشتملت الصفقة
على اشيا كان للبايع حق حبس كلها الى ان يستوفي جميع الثمن وان سمى لكل واحد
منهما ثمنا على حدة كذا هذا والله اعلم • واما الحكم الثاني وهو اختصاص

المرتهن

المرتهن ببيع المرهون له واختصاصه بثمنه فنقول وبالله التوفيق اذا بيع الرهن
في حال حياة الراهن وعليه ديون اخر فالمرتهن احق بثمنه من ساير الغرما لان
بعقد الرهن ثبت له الاختصاص بالمرهون فيثبت له الاختصاص ببدله وهو الثمن
ثم ان كان الدين حالا والثمن من جنسه فقد استوفاه ان كان في الثمن وفا بالدين
وان كان فيه فضل رده على الراهن وان كان انقص من الدين رجع المرتهن بفضل الدين
على الراهن وان كان الدين موجلا حبس الثمن الى وقت حلول الاجل لانه بدل المرهون
فيكون مرهونا فاذا حل الاجل فان كان الثمن من جنس الدين صار مستوفيا دينه
وان كان من خلاف جنسه يحبسه الى ان يستوفي دينه كله وكذلك اذا بيع الرهن
بعد وفاة الراهن وعليه ديون ولم يخلف مالا اخر سوى الرهن كان المرتهن احق
بثمنه من ساير الغرما لما ذكرنا فان فضل اليه شي يضم الفضل الى مال الراهن ويقسم
بين الغرما بالحصص لان قدر الفضل لم يتعلق به حق المرتهن وان نقص عن الدين
رجع المرتهن الى ما بقي من دينه في مال الراهن وكان بينه وبين الغرما بالحصص
لان قدر الفضل من الدين دين لا رهن به فيتضارب فيه الغرما كلهم واما
الحكم الثالث وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك فيتعلق به معرفة
وقت وجوب التسليم فنقول وبالله التوفيق وجوب تسليمه ما بعد قضا
الدين يقضي الدين اولا ثم يسلم الرهن لان الرهن وثيقة وفي تقديم تسليمه
ابطال الوثيقة ولانه لو سلم الرهن اولا فمن الجايز ان يموت الراهن قبل
قضا الدين فيصير المرتهن كواحد من الغرما فيبطل حقه فلزم تقديم قضا
الدين على تسليم الرهن الا ان المرتهن اذا طلب يومر باحضار الرهن اولا ويقال
احضر الرهن اذا كان قادرا على الاحضار من غير ضرر زايد ثم يخاطب الراهن بقضا
الدين لانه لو خوطب بقضايه من غير احضار الرهن ومن الجايز ان الرهن قد هلك
وصار المرتهن مستوفيا دينه من الدين فيودي الى الاستيفا مرتين وكذلك
المشتري يومر بتسليم الثمن اولا اذا كان دينا ثم يومر البايع بتسليم المبيع
لما ذكرنا في كتاب البيوع الا ان البايع اذا طالبه بتسليم الثمن يقال له احضر
المبيع لجواز ان المبيع قد هلك وسوا كان عين الرهن قايما في يد المرتهن او كان في
يده بدله بعد ان كان البدل من خلاف جنس الدين نحو ما اذا كان المرتهن مسلطا
على بيع الرهن فباعه بخلاف جنس الدين او قتل الرهن خطا وقضي بالدية من خلاف
جنس الدين فطالبه المرتهن بدينه كان للراهن ان لا يدفع حتى يحضره المرتهن لان
البدل قايم مقام المبدل فكان المبدل قايم ولو كان قايما له ان يمنع ما لم
يحضره المرتهن فكذا اذا قام البدل مقامه ولو كان الرهن على يدي عدل
وجعلا للعدل ان يضعه عند من احب وقد وضعه عند رجل فطالب المرتهن
دينه يجبر الراهن على قضا الدين ولا يكلف المرتهن باحضار الرهن لان قضا الدين
واجب على الراهن على سبيل التضييق الا انه رخص له التاخير الى حال احضار
الدين عند القدرة على الاحضار وهاهنا لا قدرة للمرتهن على احضاره لان للعدل
ان يمنعه عنه ولو اخذ من يده جبرا كان غاصبا والى هذا المعنى اشار محمد رحمه
الله في الكتاب فقال كيف يومر باحضار شي لو اخذه كان غاصبا واذا سقط
التكليف بالاحضار زالت الرخصة فيخاطب بقضا الدين وكذا اذا وضعا

الرهن في يد عدل فغاب العدل بالرهن ولا يدري اين هو لا يكلف المرتهن
باحضار الرهن ويجبر الراهن على قضا الدين لما ذكرنا وان كان الرهن في يد
المرتهن فالتقيا في بلد اخر فطالب الراهن المرتهن الراهن بدينه فان كان
الدين مما له حمل ومونة يجبر الراهن على قضا الدين ولا يجبر المرتهن على احضار
الرهن لما ذكرنا ان قضا الدين واجب عليه على سبيل التضييق والتاخير
الى وقت الاحضار للضرورة التي ذكرنا عند القدرة على الاحضار من غير ضرر
زايد والمرتهن هاهنا لا يقدر على الاحضار الا بالمسافرة بالرهن او بنقله من مكان
العقد وفيه ضرر بالمرتهن فسقط التكليف بالاحضار ولو ادعى الراهن هلاك
الرهن وقال المرتهن لم يهلك فالقول قول المرتهن مع يمينه لان الرهن كان
قايما والاصل في الثابت بقاوه فالمرتهن يستصحب حالة القيام والراهن يدعي
زوال تلك الحال والقول قول من يدعي الاصل لان الظاهر شاهد له ولان
الراهن يدعوى الهلاك يدعي على المرتهن استيفا الدين وهو ينكر فكان القول
قوله مع يمينه ويحلف على البتات لانه يحلف على فعل نفسه وهو القبض
السابق لان المرتهن لا يصير مستوفيا بالهلاك لانه لا صنع له فيه بل بالقبض
السابق وذلك فعله بخلاف ما اذا كان الرهن عند عدل فغاب بالرهن واختلف
الراهن والمرتهن في هلاك الرهن ان هناك يحلف المرتهن على العلم لا على
البتات لان ذلك تحليف على فعل غيره وهو قبض العدل فيتعذر التحليف
على البتات فيحلف على العلم كما لو ادعى الراهن انه اوفى الدين وكيل المرتهن
والمرتهن ينكر انه يحلف على العلم لما قلنا كذا هذا وان كان مما لا حمل له
ولا مونة فالقياس ان يجبر على قضا الدين وفي الاستحسان لا يجبر ما لم يحضر
المرتهن الرهن لانه ليس في احضاره ضرر زايد وعلى هذا الاصل مسايل
في الزيادات ولو اشترى شيا ولم يقبضه ولم يسلم الثمن حتى لقيه البايع
في غير مصره الذي وقع البيع فيه فطالبه بالثمن وابى المشتري حتى حضر حتى
يحضر المبيع لا يجبر المبيع على سوا كان له حمل ومونة او لم يكن فرق بين البيع
والرهن ووجه الفرق ان البيع معاوضة مطلقة والمساواه في المعاوضات
المطلقة مطلوبة عادة وشريعة ولا يتحقق المساواة من غير احضار المبيع
بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة مطلقة وان كان فيه معنى المعاوضة
فلا يلزم اعتبار المساواة بين المرهون والمرهون به وهو الدين في
هذا الحكم والله اعلم فصل واما الذي يتعلق بهلاك المرهون فالمرهون
اذا هلك لا يخلوا اما ان هلك بنفسه واما ان هلك بالاستهلاك فان
هلك بنفسه يهلك مضمونا بالدين عندنا والكلام في هذا الحكم في ثلاث
مواضع احدها في بيان اصل الضمان انه ثابت ام لا والثاني في بيان
شرايط الضمان والثالث في بيان قدر الضمان وكيفيته اما الاول
فقد اختلف فيه قال اصحابنا رحمهم الله ان المرهون يهلك مضمونا
بالدين وقال الشافعي يهلك امانة واحتج بما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن لا يغلق الرهن
هو لصاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه جعل فقد جعل النبي صلى الله

[هامش: المشتري حتى يحضر على تسليم الثمن البايع صح]

[تعقيبة: عليه]

عليه وسلم غرم الرهن على الراهن وانما يكون غرمه عليه اذا كان امانة لان عليه
قضا دين المرتهن واما اذا هلك مضمونا كان غرمه على المرتهن حيث يسقط حقه
لا على الراهن وهذا خلاف الرهن ولان عقد الرهن شرع وثيقة بالدين ولو هلك
سقط الدين بهلاك المرهون لكان توقيفا لا توثيقا لانه يقع تعريض الحق
للتلف على تقدير هلاك الرهن فكان توهينا للحق لا توثيقا له ولنا ما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال الرهن بما فيه وفي رواية ذهب
الرهان بما فيها وهذا نص لا يحتمل التاويل وروي ان رجلا رهن بدين عند
رجل فرسا بحق له عليه فنفق الفرس عنده فطالبه المرتهن بحقه فاختصما
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ذهب حقك ولان المرتهن حصل
مستوفيا للدين عند هلاك الرهن فلا يملك الاستيفا ثانيا كما اذا استوفى
بالفكاك وتقرير معنى الاستيفا في الرهن ذكرناه في مسايل الخلاف واما
الحديث فيحتمل ان يكون معنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن اي لا يهلك اذ
الغلق يستعمل في الهلاك كذا قال بعض اهل اللغة وعلى هذا كان الحديث حجة
عليه لانه يذهب بالدين فلا يكون هالكا معنى وقيل معناه اي لا يستحقه المرتهن
ولا يملكه عند امتناع الراهن عن قضا الدين وهذا كان حكما جاهليا فجا الاسلام
فابطله وقوله عليه غرمه اي نفقته وكفنه ونحن به نقول وقوله انه وثيقة
قلنا معنى التوثق في الرهن هو التوسل اليه في اقرب الاوقات انه كان للمرتهن
ولاية مطالبة الراهن بقضا الدين من مطلق ماله وبعد الرهن حدث له
ولاية المطالبة بالقضا من مال الغير وهو الرهن بواسطة البيع فازداد
طريق الوصول الى حقه فحصل معنى التوثق والله اعلم فصل واما شرايط
كونه عند الهلاك فمنها قيام الدين حتى لو سقط الدين من غير عوض ثم
هلك الرهن في يد المرتهن هلك امانة وعلى هذا يخرج ما اذا ابرا المرتهن الراهن
عن الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن انه يهلك بغير شي ولا ضمان على المرتهن فيه
اذا لم يوجد منه منع الرهن من الراهن عند طلبه استحسانا والقياس ان
يضمن ان يضمن وهو قول زفر ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك
بالدين وعليه رد ما استوفى وزفر يسوي بين الابرا والاستيفا ونحن نفرق
بينهما وجه القياس ان قبض المرهون قبض استيفا ويتقرر ذلك الاستيفا عند
الهلاك فيصير كانه استوفى ثم ابراه عنه ثم هلك الرهن ولو كان كذلك لضمن
كذا هاهنا ولان المرهون لما صار مضمونا بالقبض يبقى الضمان ما بقي القبض
وقد بقي لانعدام ما ينقضه وجه الاستحسان ان كون المرهون مضمونا
بالدين يستدعي قيام الدين لان الضمان هو ضمان الدين وقد سقط بالابرا فاستحال
ان يبقى مضمونا به وقد خرج الجواب عن قوله ان الاستيفا يتقرر عند الهلاك
لانا نقول نعم اذا كان الدين قايما فاذا سقط بالابرا لا يتصور الاستيفا
وهذا بخلاف ما اذا استوفى الدين ثم هلك الرهن في يد المرتهن لان قبض الرهن
قايم والضمان متعلق به فيبقى ما بقي القبض ما لم يوجد المسقط والاستيفا
لا يسقط الضمان بل يقرره لان المستوفي يصير مضمونا على المرتهن بخلاف
الابرا انه يسقط لان الابرا اسقاط فلا يبقى الضمان فهو الفرق هذا اذا لم يوجد

[هامش: يغلق صح]

من المرتهن منع الرهن من الراهن بعد طلبه فاذا وجد ثم هلك الرهن في يده ضمن
كل قيمته لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون بكل القيمة وعلى هذا يخرج
ما اذا اخذت المراة بصداقها رهنا ثم طلقها الزوج قبل الدخول ثم هلك
في يدها انه لا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط بالطلاق لانها لم تصر
مستوفية لذلك النصف عند هلاك الرهن لسقوطه بالطلاق فلم يبق القبض
مضمونا وكذلك لو اخذت بالصداق رهنا ثم ارتدت قبل الدخول بها حتى سقط
المهر ثم هلك الرهن في يدها لا ضمان عليها لان الصداق لما سقط بالردة لم يبق
القبض مضمونا فصار كما لو ابراته عن الصداق ثم هلك الرهن في يدها ولو لم
يكن الرهن مسمى حتى وجب مهر المثل فاخذت بمهر المثل رهنا ثم طلقها قبل الدخول
بها حتى وجبت عليه المتعة لم يكن لها ان تحبس الرهن ولو هلك في يدها ولم يوجد
منها منع يهلك بغير شي والمتعة باقية على الزوج وهذا قول ابي يوسف وقال محمد
لها حق الحبس بالمتعة واذا هلك يهلك بالمتعة ولقب المسئلة ان الرهن بمهر
المثل هل يكون رهنا بالمتعة عند ابي يوسف لا يكون وعند محمد يكون ولم يذكر
قول ابي حنيفة في الاصل وذكر الكرخي قوله مع ابي يوسف وجه قول محمد ان
الرهن بالشي رهن ببدله في الشرع لان بدل الشي يقوم مقامه كانه هو
ولهذا كان الرهن بالمغصوب رهنا بقيمته عند هلاكه والرهن بالمسلم فيه
رهنا براس مال السلم عند الاقالة والمتعة بدل عن نصف مهر المثل لانه يجب
بالسبب الذي يوجب به مهر المثل وهو النكاح عند عدمه وهذا حد البدل
في اصول الشرع ولابي يوسف ان المتعة وجبت اصلا بنفسها لا بدلا عن مهر
المثل والسبب انعقد لوجوبها ابتدا كما انعقد لوجوب مهر المثل وبالطلاق
في حق احد الحكمين وبقي في حق الحكم الاخر الا انه لا يعمل فيه الا بعد الطلاق
فكان الطلاق شرط عمل السبب وهذا لا يدل على كونها بدلا كما في ساير الاسباب
المعلقة بالشروط ولو اسلم في طعام واخذ به رهنا ثم تفاسخا العقد كان
له ان يحبس الرهن براس المال لان راس المال بدل عن المسلم فيه فان هلك
الرهن في يده يهلك بالطعام لان القبض حين وجوده وقع مضمونا بالطعام
وبالاقالة لم يسقط الضمان اصلا لانه بدله قايم في قدر راس المال
فبقي القبض مضمونا على ما كان بخلاف ما اذا ابراه عن الدين ثم هلك الرهن
في يد المرتهن انه يهلك بغير شي لان الضمان هناك سقط اصلا وراسا فخرج
القبض من ان يكون مضمونا ولو اشترى عبدا وتقابضا ثم تفاسخا كان
للمشتري ان يحبس المبيع حتى يستوفي الثمن فكذا للمشتري وكذلك لو ان
البايع سلم المبيع واخذ بالثمن رهنا من المشتري ثم تقايلا كان للبايع ان
يحبس الرهن حتى يقبض المبيع كما في السلم فان هلك في يده يهلك بالثمن لان
القبض حين وجوده وقع مضمونا بالثمن فلا يتغير عما كان عليه كما في السلم
والله اعلم ۝ ومنها ان يكون هلاك المرهون في قبض الرهن فان لم يكن لا يكون
مضمونا بالدين وان بقي عقد الرهن لان المرهون انما صار مضمونا بالقبض
فاذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضمونا وعلى هذا يخرج ما اذا غصب الرهن
غاصب فهلك في يده انه لا يسقط شي من الدين لان قبض الغصب ابطل قبض

الدين وان لم يبطل عقد الرهن حتى كان للمرتهن ان ينقض قبض الغاصب فيرده الى الراهن
وعلى هذا يخرج ما اذا استعار المرتهن المرهون من الراهن لينتفع به فهلك انه ان هلك
قبل ان ياخذ في الانتفاع او بعد ما فرغ عنه يهلك بالدين وان هلك حالة الانتفاع يهلك
امانة لان المرهون قبل ان ياخذ في الانتفاع على حكم قبض الرهن لانعدام ما ينقضه
وهو قبض الانتفاع واذا اخذ في الانتفاع فقد نقضه لوجود قبض الاعارة وقبض
الاعارة ينافي قبض الرهن لانه قبض امانة وقبض الرهن قبض ضمان واذا جا احدهما
انتفى الاخر ثم اذا فرغ من الانتفاع فقد انتهى قبض الاعارة فعاد قبض الرهن وكذا
اذا اذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالمرهون فهو على هذا التفصيل ولو استعار
الراهن من المرتهن لينتفع به فقبضه خرج عن ضمان الرهن حتى لو هلك في يده يهلك
امانة والدين على حاله لان قبض العارية وانه قبض امانة ينافي قبض الضمان
وكذلك اذا اذن المرتهن للراهن بالانتفاع بالرهن وكذلك لو اعاره الراهن من اجنبي
باذن المرتهن او اعاره المرتهن من اجنبي باذن الراهن وسلمه الى المستعير
فالمرهون في هذه الوجوه كلها يخرج عن ضمان الرهن والخروج عن الضمان لا يوجب
الخروج عن العقد كزوايد الرهن ولو كان المرهون جارية فاستعارها الراهن
فولدت في يده ولدا فالولد رهن لان الاصل مرهون لقيام عقد الرهن حتى لو هلكت
الجارية قبل ان يقبض المرتهن الولد فالدين قايم والولد رهن بجميع المال لان
الضمان وان فات فالعقد قايم وفوات الضمان لا يوجب بطلان العقد على ما مر
واذا بقي العقد في الام صار الولد مرهونا تبعا للام فكان له ان يحبسه بجميع
المال وكذلك لو ولدت هذه الابنة ولدا فانهما رهن بجميع المال وان ماتا لم يسقط
شي من الدين لان الولد ليس بمضمون الا ترى ان الام لو كانت قايمة فهلك الولد
لا يسقط شي من الدين فكذا اذا كانت هالكة ولا يفتك الراهن واحدة منهما
حتى يودي الدين كله لانهما جميعا دخلا في العقد فلا يملك الراهن التفريق
ولو مات الراهن والرهن قايم في يده قبل ان يرده الى المرتهن فالمرتهن احق
به من ساير الغرما لقيام عقد الرهن وان بطل الضمان كما في ولد الرهن ان
المرتهن احق به وان لم يكن فيه ضمان ولو اعاره الراهن الرهن من المرتهن او
اذن له بالانتفاع فجا يفتك الرهن وهو ثوب وبه خرق فاختلفا فقال
الراهن حدث هذا في يدك قبل اللبس او بعد ما لبسته ورددت الى الرهن
وقال المرتهن لا بل حدث هذا في حالة اللبس فقد اتفقا على خروجه من الضمان
والراهن يدعي عوده الى الضمان والمرتهن ينكر فكان القول قوله هذا اذا
اذا اتفقا على اللبس في وقته فاما اذا اختلفا في اصل اللبس فقال الراهن
لم تلبسه ولكنه تخرق وقال المرتهن لبسته فتخرق فالقول قول الراهن
لانهما اتفقا على دخوله في الضمان فالمرتهن بدعواه القبض يدعي الخروج من
الضمان والراهن ينكر فيكون القول قوله فان اقام الراهن البينة انه تخرق
في ضمان المرتهن واقام المرتهن البينة انه تخرق بعد خروجه من الضمان
فالبينة بينة الراهن لان بينته مثبتة فانها تثبت الاستيفا وبينة
المرتهن تنفي الاستيفا فالمثبتة اولى والله اعلم ۝ ومنها ان يكون المرهون
مقصودا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن او ما هو في حكم المتولد

كالولد والثمر واللبن والصوف والعقر وغيرها مضمونا الا الارش خاصة
حتى لو هلك شي من ذلك لا يسقط شي من الدين الا الارش فانه اذا هلك تسقط
حصته من الدين وانما كان كذلك لان الولد ليس بمرهون مقصودا للاصل
كولد المبيع على اصل اصحابنا فانه مبيع تبعا لا مقصودا والمرهون تبعا لا حصة له
من الضمان الا اذا صار مقصودا بالفكاك كما ان المبيع تبعا لا حصة له من الثمن
الا اذا صار مقصودا بالقبض بخلاف الارش لانه بدل المرهون لان كل جزء
من اجزاء المرهون مرهون وبدل الشي قايم مقامه كانه هو فكان حكمه حكم
الاصل والاصل مضمون كذلك بدله بخلاف الولد ونحوه بخلاف الزيادة
على الرهن انها مضمونة لانها مرهونة مقصودا لا تبعا لان الزيادة اذا صحت
التحقت باصل العقد كان العقد ورد على الزيادة والمزيد عليه على ما نذكر
في موضعه ان شا الله تعالى ولو هلك وبقيت الزيادة يقسم الدين على الاصل
والزيادة على قدر قيمتهما وتعتبر قيمة الاصل وقت القبض وان شيت قلت
وقت العقد وهو اختلاف عبارة والمعنى واحد لان الايجاب والقبول
لا يصير عقدا شرعا الا عند القبض وتعتبر قيمة الزيادة وقت الفكاك
لان الاصل انما صار مضمونا بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والزيادة انما
يصير لها حصة من الضمان بالهلاك فتعتبر قيمتها حينيذ الا ان هذه القسمة للحال
ليست قسمة حقيقية بل من حيث الظاهر حتى يتغير بتغير قيمة الزيادة الى
الزيادة والنقصان من حيث السعر والبدن والقسمة الحقيقية وقت
الفكاك ولا تتغير القسمة بتغير قيمة الاصل بالزيادة والنقصان في السعر
او في البدن لان الاصل دخل في الضمان بالقبض والقبض لم يتغير فلا يتغير
الضمان والولد انما ياخذ قسطا من الضمان فتعتبر قيمته يوم الفكاك
وشرح هذه الجملة اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فولدت ولدا يساوي
الفا فان الدين يقسم على قيمة الام والولد نصفين فيكون في كل واحد منهما
خمسماية حتى لو هلكت الام سقط نصف الدين وبقي الولد رهنا بالنصف الباقي
يفتكه الراهن به ان بقي الى وقت الفكاك وان هلك قبل ذلك هلك بغير شي
كان لم يكن وعادت حصته من الدين الى الام فتبين ان الام هلكت بجميع الدين
وان لم يهلك لكن تغيرت قيمته الى الزيادة فصار يساوي الفين بطلت
قسمة الانصاف وصارت القسمة اثلاثا ثلثا الدين في الولد والثلث في الام
وتبين ان الام هلكت بثلث الدين وبقي الولد رهنا بالثلثين فان ازدادت قيمته
وصار يساوي ثلاثة الاف بطلت قسمة الاثلاث وصارت القسمة ارباعا ثلثة
ارباع الدين في الولد وربع في الام وتبين ان الام هلكت بربع الدين وبقي
الولد رهنا بثلثة ارباعه ولو تغيرت قيمته الى النقصان فصار يساوي
خمسماية بطلت قسمة الارباع وصارت القسمة اثلاثا ثلثا الدين في الام
والثلث في الولد وتبين ان الام هلكت بثلثي الدين وبقي الولد رهنا
بالثلث هكذا على هذا الاعتبار وسوا كان الولد واحدا او اكثر ولدوا معا
او متفرقا يقسم الدين على الام وعلى الاولاد على قدر قيمتهم لكن تعتبر قيمة
الام يوم العقد وقيمة الاولاد يوم الفكاك لما ذكرنا وولد الولد في القسمة

ملكت صح

حكمه

حكمه حكم الولد حتى لو ولدت الجارية بنتا ثم ولدت بنتا ولدا فهما بمنزلة
الولدين حتى يقسم الدين على الجارية وعليهما على قدر قيمتهم ولا يقسم على الجارية
وعلى الولد الاصلي ثم يقسم باقيه عليه وعلى ولده لان ولد الولد ليس بمضمون حتى
يتبعه ولده فكانهما في الحكم ولدان ولو ولدت الجارية ولدا ثم نقصت قيمة الام
في السعر او في البدن فصارت تساوي خمسماية او ازدادت قيمتها الفين والولد
على حاله يساوي الفا فالدين بينهما نصفان لا يتغير عما كان وان كانت الام على حالها
او انتقصت قيمة الولد لعيب دخله او لسعر فصارت تساوي خمسماية صار
الدين فيهما اثلاثا الثلثان في الام والثلث في الولد ولو ازدادت قيمة الولد
فصار يساوي الفين فثلثا الدين في الولد والثلث في الام حتى لو هلكت يبقى
الولد رهنا بالثلثين لما ذكرنا ان الاصل انما دخل تحت الضمان بالقبض والقبض
لم يتغير فلا تتغير القسمة والولد انما يصير له حصة من الضمان بالفكاك وتعتبر
قيمته يوم الفكاك ولو اعورت الام بعد الولادة كانت اعورت قبلها ذهب
من الدين بقدرها ربعه وصار رهنا بماتين وخمسون وصار الولد رهنا بثلثة ارباع
الدين وذلك سبعماية وخمسون وهذا الجواب فيما اذا ولدت ثم اعورت ظاهر
لان الدين قبل الاعورار كان فيهما نصفين وكل واحد منهما خمسماية فاذا
اعورت والعين من الادمي نصفه فذهب قدرها فيها من الدين وهو
نصف نصف الدين وهو ربع الكل وبقي الولد رهنا ببقية الدين وهو
ثلاثة الارباع فاما اذا اعورت ثم ولدت ففيه اشكال من حيث الظاهر
وهو ان قبل الاعورار كان كل الدين فيها وبالاعورار ذهب النصف وبقي
النصف فاذا ولدت ولدا فينبغي ان يقسم النصف الباقي من الدين على الجارية
العورا وعلى ولدها اثلاثا الثلثان في الولد والثلث في الام والجواب ان
ذهاب نصف العين بالاعورار لم يكن حتما على طريق التوقف على تقدير عدم الولادة
فاذا ولدت تبين انه لم يذهب بالاعورار الا ربع الدين لان الزيادة تجعل كانها
موجودة لدا فصار كانها ولدت ثم اعورت ولو هلك الولد وقد اعورت
الام قبل الولادة او بعدها ذهب نصف الدين بالاعورار لان الولد لما
هلك التحق بالعدم وجعل كان لم يكن وعادت حصته الى الام وتبين ان
الام كانت رهنا بجميع الدين فاذا اعورت ذهب بالاعورار نصفه وبقي
النصف الاخر ولم يهلك ولكنه اعور لم يسقط باعوراره شي من الدين
لانه لو هلك لا يسقط فاذا اعور اولى لكن تلك القسمة التي كانت من حيث
الظاهر يتغير لانها تحتمل التغير بتغير قيمة الولد الى الزيادة والنقصان فيما
ذكرنا فيما تقدم وعلى هذا يخرج الزيادة في الرهن انها مضمونة على اصل اصحابنا
بان رهن جارية ثم زاد عبدا فكانت مرهونة اصلا لا تبعا فكانت مضمونة
ويقسم الدين على المزيد عليه والزيادة وجملة الكلام في كيفية الانقسام
ان الرهن لا يخلوا اما ان زاد في الرهن وليس في الرهن نما واما ان كان فيه
نما فان لم يكن فيه نما يقسم الدين على المزيد عليه والزيادة على قدر
قيمتهما حتى لو كانت قيمة الجارية الفا وقيمة العبد الف والدين الف فان
الدين فيهما نصفين في كل واحد منهما خمسماية ولو كانت قيمة العبد الزيادة

خمسماية كان الدين فيهما اثلاثا الثلثان في العبد والثلث في الجارية وايهما هلك هلك بحصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون مقصود الا تبعا الا انه يعتبر
قيمة المزيد عليه يوم العقد وهو يوم قبضه وقيمة الزيادة يوم الزيادة
يوم قبضها ولا يعتبر بتغير قيمتها بعد ذلك لان الزيادة والنقصان كل واحد منهما
انما دخل في الضمان بالقبض فتعتبر قيمته يوم القبض والقبض لم يتغير بتغير
القيمة فلا تتغير القسمة بخلاف تغير زيادة الرهن وهي نماوه ان القسمة
تتغير بتغير قيمتها لانها مرهونة تبعا لا اصلا والمرهون تبعا لا ياخذ حصة
من الضمان الا بالفكاك فتعتبر قيمتها يوم الفكاك وكان القسمة قبله محتملة
للتغير ولو نقص الرهن في يده حتى ذهب قدره من الدين ثم زاد الراهن بعد
ذلك رهنا اخر يقسم ما بقي من الدين على قيمة الباقي وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت
نحو ما اذا رهن جارية قيمتها الف بالف فاعورت حتى سقط نصف الدين
وبقي النصف ثم زاد الراهن عبدا قيمته الف يقسم النصف الباقي على قيمة
الجارية عورا وعلى قيمة العبد الزيادة اثلاثا فيكون ثلثا هذا النصف وذلك
ثلثماية وثلثة وثلثون وثلث في العبد الزيادة والثلث وذلك ماية وستة
وستون وثلثان في الجارية فرق بين الزيادة في الرهن وبين زيادة الرهن
وهي نماوه بان اعورت الجارية ثم ولدت ولدا قيمته الف ان الدين يقسم
على قيمة الجارية يوم القبض صحيحة وعلى قيمة الولد يوم الفكاك نصفين
فيكون في كل واحد منهما خمسماية ثم ما اصاب الام وهو النصف ذهب
بالاعورار نصفه وهو مايتان وخمسون وبقي ثلثة ارباع الدين وذلك سبعماية
وخمسون في الام والولد ثلث ذلك خمسماية في الولد وثلثا ذلك مايتان وخمسون
في الام وفي الزيادة على الرهن يبقى الاصل والزيادة بنصف الدين ووجه الفرق
بين الزيادتين ان حكم الرهن في هذه الزيادة وهي الزيادة على الرهن تثبت
بطريق الاصالة لا بطريق التبعية لكونها زيادة مقصودة لورود فعل
الرهن عليها مقصودا فيعتبر في القسمة ما بقي من الدين وقت الزيادة الا النصف
فيقسم ذلك النصف عليهما على قدر قيمتهما بخلاف زيادة الرهن لانها ليست
بمرهونة مقصودا لانعدام وجود الرهن فيها مقصودا بل تبعا للاصل
لكونها متولدة منه فيثبت حكم الرهن فيها تبعا للاصل كانها متصلة به فيصير
كانها كانت موجودة عند العقد فكان الثابت في الولد غير ما كان ثابتا
في الام فيعتبر في القسمة قيمة الام يوم القبض وكذلك لو قضى الراهن
المرتهن من الدين خمسماية ثم زاده في الرهن عبدا قيمته الف ان هذه
الزيادة تلحق الخمسماية الباقية فيقسم على نصف قيمة الجارية وهي خمسماية
وعلى قيمة العبد الزيادة وهي الف اثلاثا ثلثاها في العبد وثلثها في الجارية
حتى لو هلك العبد بثلثي الخمسماية وذلك ثلثماية وثلثة وثلثون وثلث
ولو هلكت الجارية هلكت بالثلث وذلك ماية وستة وستون وثلثان
لان الزيادة زيادة على المرهون والمرهون محبوس بالدين والمحبوس بالدين
نصف الجارية لا كلها اذ لم يبق نصف الدين لصيرورته مقضيا فالزيادة
تدخل في الباقي وينقسم الباقي على قيمة نصف الجارية وعلى قيمة الزيادة اثلاثا

ولو

ولو قضى خمسماية ثم اعورت الجارية قبل ان يرتد الرهن ثم زاد عبدا قيمته الف
تقسم مايتان وخمسون على نصف نصف الجارية على العور وعلى الزيادة
على خمسة اسهم اربعة من ذلك في الزيادة وسهم في الجارية العوراء لانه
لما قضى الرهن خمسماية فرغ نصف الجارية شايعا من الدين وبقي النصف
الباقي في نصفها شايعا وذلك خمسماية فاذا اعورت فقد ذهب نصف
ذلك النصف بما فيه من ذلك وذلك مايتان وخمسون وبقي مايتان
وخمسون من الدين فيما لم يذهب من الجارية فاذا هذه الزيادة تلحق هذا
القدر فيقسم هذا القدر في الاصل والزيادة اخماسا اربعة اخماسه
وذلك مايتان في الزيادة وخمسون وذلك خمسون في الاصل والله اعلم
هذا اذا زاد وليس في الرهن نما فاما اذا فيه نما بان رهن جارية قيمتها
الف بالف فولدت ولدا يساوي الفا ثم زاده عبدا قيمته الف فالراهن
لا يخلو اما ان زاد والام قايمة واما ان زاد بعد ما هلكت الام فان كانت
قايمة فزاد لا يخلو من ان جعله زيادة على الولد او على الام او عليهما جميعا
او اطلق الزيادة ولم يسم المزيد عليه انه الام او الولد فان جعله زيادة
على الولد فهو رهن مع الولد خاصة ولا يدخل في حصة الام لان الاصل وقوع
تصرف العاقل على الوجه الذي اوقعه وقد جعله زيادة على الولد فيكون
زيادة معه فيقسم الدين اولا على الام والولد على قدر قيمتهما يعتبر قيمة
الولد يوم الفكاك لما بينا فيما تقدم وقيمة الزيادة الى وقت الزيادة وهي
وقت قبضها لانها انما دخلت في الضمان بالقبض فتعتبر قيمتها يوم القبض
ولو هلك الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لانه اذا هلك جعل كان لم يكن
اصلا وراسا فلم تتحقق الزيادة عليه لان الزيادة لا بد لها من مزيد عليه
فتبين ان الزيادة لم تقع رهنا وان جعله زيادة على الام فهو على ما جعل
لما ذكرنا ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي باشره ولانه لو
اطلق الزيادة لو وقعت على الام فعند التقييد والتنصيص اولى واذا
وقعت زيادة على الام جعل كانها موجودة وقت العقد فيقسم الدين على
قدر قيمتهما تعتبر قيمة الاصل يوم العقد وقيمة الزيادة يوم القبض
ثم ما اصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها على اعتبار قيمة الام يوم العقد
وقيمة الولد يوم الفكاك ولو مات الولد او ازدادت قيمته او ولدت
ولدا فالحكم في حق العبد الزيادة لا تتغير فيقسم الدين اولا على الجارية
والعبد نصفين ثم ما اصاب الام يقسم عليها وعلى ولدها فتعتبر
زيادة الولد في حق الام ولا تعتبر في العبد سواء زاد بعد حدوث الولد
او قبله لان الولد في حق الزيادة وجوده وعدمه بمنزلة واحدة ولو هلكت
الام بعد الزيادة ذهب ما كان فيها من الدين وبقي الولد والزيادة بما
فيهما بخلاف ما اذا هلك الولد انها تبطل الزيادة لان بهلاك الام لا يتبين
ان العقد لم يكن بل بينا هي وبتقرر حكمه فهلاكه لا يوجب بطلان الزيادة
بخلاف الولد لانه اذا هلك التحق بالعدم من الاصل وجعل كان لم يكن فتبين
ان الزيادة لم تصح رهنا ولو هلك الولد بعد الزيادة ذهب بغير شي

نصف صح

لان الولد غير مضمون بالهلاك فاذا هلك جعل كان لم يكن وجعل كان الزيادة
وجدت ولا بد للجارية كذلك وان جعله زيادة علي الام والولد جميعا فالعبد
زيادة علي الام خاصة ولا عبرة للولد في حق الزيادة ولا يدخل في حصتها
وانما تعتبر في حق الام وتدخل في حصة الام والولد في حق الزيادة حال
وجود الام كالعدم فلا تصح الزيادة عليه حال قيام الام فيقسم الدين علي
الاصل والعبد الزيادة باعتبار قيمتهما موقيمة الاصل يوم العقد وقيمة
الزيادة يوم الزيادة ثم يقسم ما اصاب الام قسمة اخري بينها وبين ولدها
علي قيمتهما يوم العقد ويوم الفكاك كذلك وان اطلق الزيادة ولم يسم
الام ولا الولد فالزيادة رهن مع الام خاصة لان الزيادة لا بد لها من مزيد
عليه وكل واحد منهما علي الانفراد يصلح مزيدا عليه الا ان الام في الرهن اصل
والولد فعند الاطلاق جعلها زيادة علي الاصل اولي واذا صارت الزيادة
رهنا مع الام يقسم الدين قسمين علي نحو ما بينا والله اعلم هذا اذا كانت
الام قايمة وقت الزيادة فاما اذا هلكت الام بعد ما زاد فالعبد زيادة
علي الولد فكانا جميعا رهنا بخمسماية يفتك الراهن كل واحد منهما بمايتين وخمسين
لان الزيادة تستدعي مزيدا عليه والهالك والهالك خرج عن احتمال ذلك
فتعين الولد مزيدا عليه وقد ذهب نصف الدين بهلاك الام وبقي النصف
وذلك خمسماية فيقسم ذلك علي الزيادة والولد علي قدر قيمتهما ولو هلك
الولد اخذ الراهن العبد بغير شي لانه لما هلك فقد التحق بالعدم وجعل
كانه لم يكن وعادت حصته الي الام فتبين انها ملكت بجميع الدين فتبين
ان الزيادة حصلت بعد سقوط الدين فلم يصح ولو هلك العبد الزيادة
بعد هلاك الولد في يد المرتهن هلك امانة الا اذا منعه بعد الطلب
لانه تبين انه لم يكن رهنا في الحقيقة لما بينا فصار كما اذا رهن بدين
ثم تصادقا علي ان لا دين ثم هلك الرهن انه يهلك امانة لما قلنا كذا هذا الا
اذا منع بعد الطلب لانه صار غاصبا بالمنع فيلزمه ضمان الغصب والله اعلم
واما بيان قدر الضمان وكيفيته فالرهن لا يخلو اما ان يكون من جنس حق
المرتهن واما ان يكون من خلاف جنسه فان كان من خلاف جنسه لا يخلو
اما ان يكون شيا واحدا واما ان يكون اشيا فان كان شيا واحدا يهلك
بالاقل من قيمته ومن الدين وتفسيره اذا رهن عبدا قيمته الف
بالف فهلك ذهب الدين كله فان كانت قيمة العبد الفين فهلك ذهب كل
الدين ايضا وفضل يهلك امانة وان كانت قيمته خمسماية ذهب من الدين
خمسماية ورجع المرتهن علي الراهن بفضل الدين وهذا قول عامة العلما
وجماعة من الصحابة مثل عمر وبن مسعود وهو رواية عن علي رضي الله عنهم
ومنهم من قال انه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت اي علي المرتهن قيمة الرهن
وهكذا روي عن عمر رضي الله عنه ومنهم من قال انه مضمون بالدين بالغا
ما بلغ اي يذهب كل الدين قلت قيمة الرهن او كثرت وهو مذهب شريح رحمه
الله من التابعين وروي عن علي رضي الله عنه رواية اخري انه قال يترادان
الفضل يعني ان كانت قيمة الرهن اكثر فللراهن ان يرجع علي المرتهن بفضل

القيمة

على المرتهن

القيمة وان كانت قيمته اقل فللراهن ان يرجع بفضل القيمة وان كانت اقل فللمرتهن
ان يرجع علي الراهن بفضل واختلافهم علي هذا الوجه حجة علي الشافعي في قوله
ان المرهون امانة لان اختلافهم في كيفية الضمان وقدره اتفاق منهم علي كونه
مضمونا فانكار الضمان اصلا يرجع الي مخالفة الاجماع ثم الرجحان في كيفية الضمان
لقول وبن مسعود لان المرهون مضمون عندنا بطريق الاستيفا فاذا كانت
قيمة الرهن مثل الدين امكن تحقيق الاستيفا لان استيفا الدين بمثله صورة
ومعني او معني لا صورة واذا كانت قيمته اكثر لا يتحقق الاستيفا الا في قدر
الدين ولا يتحقق في الزيادة لان استيفا الاقل من الاكثر يكون ربا واذا كانت
قيمته اقل لا يمكن تحقيق الاستيفا الا بقدر الدين لان استيفا الاكثر من
الاقل لا يتصور هذا اذا كان الرهن شيا واحدا فاما اذا كان اشيا بان رهن
عبدين او ثوبين او دابتين ونحو ذلك فلا يخلوا اما ان اطلق الرهن ولم يسم
لكل واحد منهما شيا من الثمن واما ان قيد وسمي لكل واحد منهما قدرا معلوما
من الدين فان اطلق يقسم الدين عليهما علي قدر قيمتهما وكان كل واحد منهما مضمونا
بالاقل من قيمة نفسه ومن حصته من الدين لان كل واحد منهما مرهون والمرهون
مضمون بالدين فلا بد من قسمة الدين علي قيمتهما ليعرف قدر ما في كل واحد منهما
من الضمان كما ينقسم الثمن عليهما في باب البيع باعتبار قيمتهما لمعرفة مقدار
الثمن لان المرهون مضمون بالدين كالمبيع مضمون بالثمن وان قيد كان كل واحد
منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمي له لانه لما سمي وجب اعتبار التسمية
فينظر الي القدر المسمي لكل واحد منهما فايهما هلك يهلك بالاقل من قيمته ومن
القدر المسمي كما في باب البيع اذا سمي لكل واحد من المبيعين ثمنا انه يقسم
الثمن عليهما بالقدر المسمي كذا هذا والله اعلم هذا اذا كان المرهون من خلاف
جنس الدين وهلك في يد المرتهن فاما اذا كان من جنسه بان رهن موزون
بجنسه او مكيل بجنسه وهلك في يد المرتهن فقد اختلف اصحابنا رحمهم الله فيه
يهلك مضمونا بالدين باعتبار الوزن دون القدر حتي لو كان وزن الرهن مثل
وزن الدين وقيمته اقل منه فهلك يذهب كل الدين عند ابي حنيفة وعند ابي
يوسف ومحمد يضمن القيمة من خلاف الجنس علي ما نذكر ثم اصل ابي حنيفة انه
يعتبر الوزن دون القدر في الهلاك ومن اصلهما انهما يعتبران الوزن فيما
لا يتضرر به المرتهن واما فيما يتضرر فيضمنان القدر من خلاف الجنس
واما في الانكسار فابو حنيفة رحمه الله يضمن القيمة وكذلك ابو يوسف عند
الاستوا في الوزن والقيمة ولا يريان الجعل بالدين اصلا ومحمد يجعل بالدين لكن
عند الامكان بان لا يودي ذلك الي الضرر بالراهن ولا بالمرتهن ولا يودي الي الربوا
فان ادي الي شي مما ذكرنا فانه لا يجعل بالدين ايضا واذا كانت قيمة الرهن اكثر فابو
يوسف يجعل النقصان الحاصل بالانكسار شايعا في قدر الامانة والمضمون
فما كان في الامانة يذهب بغير شي وما كان في المضمون يضمن المرتهن قيمته ويملك
الرهن بقدره ومحمد يصرف النقصان الي الزيادة واذا كثر النقصان حتي انتقص
من الدين يخير الراهن بين ان يفتكه وبين ان يجعله بالدين ومن اصل ابي حنيفة
يجوز الزيوف من الجياد حتي لو اخذ صاحب الدين الزيوف عن الجياد ولم يعلم به

حتى هلكت عنده سقط دينه وكذا عند محمد الا ان محمدا ترك اصله في الرهن
وعند ابي يوسف لا يسقط بل يرد مثل ما قبض وياخذ مثل حقه فمن اصله انه
يجوز استيفا الزيوف عن الجياد فهذه اصول المسايل واما تخريجها على هذه الاصول
فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين عشرة دراهم فرهن به قلب فضة فهلك
او انكسر في يد المرتهن فوزن القلب لا يخلوا اما ان يكون مثل وزن الدين بان كان
عشرة واما ان يكون اقل من وزنه بان كان ثمانية واما ان يكون اكثر من وزنه
بان كان اثني عشر وكل واحد من هذه الوجوه يدخله الهلاك والانكسار فان كان
وزن القلب مثل وزن الدين عشرة بان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك
بالدين بلا خلاف لان في وزنه وقيمته وفا بالدين ولا ضرر فيه باحد ولا فيه
ربوا فيهلك بالدين على ما هو حكم الرهن عندنا وان انكسر وانتقص لا يجبر الراهن
على الافتكاك بلا خلاف لانه لو افتكه اما ان يفتكه بجميع الدين واما ان
يسقط شي من الدين بمقابلة النقصان لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالراهن
لفوات حقه عن الجودة والصناعة من غير عوض ولا سبيل الى الثاني لانه يودي
الى الربوا لان الدين والرهن مستويان في الوزن والجودة لا قيمة لها شرعا
عند مقابلتها بجنسها فكانت ملحقة بالعدم شرعا فيكون ايفا عشرة بثمانية
فيكون ربوا فيخير ان شا افتكه بجميع الدين ورضي بالنقصان وان شا
ضمن المرتهن قيمته بالغة ما بلغت فكانت رهنا مكانه ويصير القلب ملكا
للمرتهن بالضمان وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان شا افتكه
بجميع الدين وان شا جعله بالدين ويصير ملكا للمرتهن بدينه وجه قول محمد رحمه
الله ان ضمان القيمة لا يناسب قبض الرهن لان ذلك موجب قبض هو تعدي
كقبض الغصب وقبض الرهن ماذون فيه فلا يناسب ضمان القيمة ويناسبه
الجعل بالدين لانه قبض استيفا وفي الجعل بالدين يقرر الاستيفا وجه قولهما
ان جعل الرهن بالدين حال قيامه من اعمال الجاهلية جا الاسلام وابطله
بقوله لا يغلق الرهن والجعل بالدين غلق الرهن فكان باطلا وبه تبين
ان ملك الرهن بالدين لا يجوز ان يكون حكم هذا التصرف وان حكمه ملك
اليد والحبس لا ملك العين والرقبة فاما ضمان القيمة فيصلح حكما له
في الجملة الا ترى ان محمدا رحمه الله يقول به عند تعذر الجعل بالدين على
ما يذكر والله اعلم وان كانت قيمته اقل من وزن الدين بان كانت ثمانية
فهلك يهلك بجميع الدين عند ابي حنيفة لانه يعتبر الوزن دون القيمة عند
الهلاك وفي وزنه وفا بالدين ويضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه
وجه قولهما انه لو هلك بالدين اما ان يهلك بوزنه واما ان يهلك بقيمته
لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا بالمرتهن ولا وجه للثاني الى الثاني لانه يودي
الى الربوا فيخير المرتهن بين ان يرضى بسقوط الدين وبين ان يضمن قيمة
الرهن من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه ولابي حنيفة رحمه الله ان
قبض الرهن قبض استيفا والجيد والردي في الاستيفا على السوا الا ان
استيفا الزيوف عن الجياد جايز عنده وان انكسر فالراهن بالخيار ان شا
افتكه بجميع الدين وان شا ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه بالاجماع وليس

له خيار الجعل بالدين وهاهنا بلا خلاف واما على اصل ابي حنيفة وابي يوسف
فلانهما لا يريان الجعل بالدين اصلا ومحمد ان كان يرى ذلك لكن عند الاتفاق
وهاهنا لا يمكن لانه لو جعل بالدين باعتبار الوزن يودي الى الضرر بالمرتهن
حيث يصير الرهن الذي قيمته ثمانية بعشرة ولو جعل باعتبار القيمة يودي
الى الربوا فمست الضرورة الى ضمان القيمة والله اعلم وان كانت قيمته اكثر من
وزنه بان كانت اثني عشر فهلك يهلك بالدين عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا
للوزن وكذلك عند محمد لان الجودة هاهنا فضل فكان امانة بمنزلة الفضل
في الوزن واما على قول ابي يوسف فقيل يضمن المرتهن قيمة خمسة اسداس
القلب من الذهب ويرجع بدينه لان الجودة عنده مضمونة وقيل يهلك بالدين
عنده ايضا لان يعتبر الوزن في الهلاك لا الجودة وانما تعتبر الجودة في
الانكسار وان انكسر فالراهن بالخيار عند ابي حنيفة ان شا افتكه بالدين
مع النقصان وان شا ضمنه قيمته من خلاف جنسه فيكون رهنا مكانه لما
ذكرنا فيما تقدم سوا كان النقصان الحاصل بالانكسار قدر درهم بان عادت
قيمته الى احد عشر او قدر درهمين بان عادت قيمته عشرة او اكثر من
ذلك بان صارت ثمانية وعند ابي يوسف ان شا افتكه بالدين وان شا
ضمن المرتهن خمسة اسداس القلب من خلاف جنسه فيصير خمسة اسداس
الرهن ملكا للمرتهن بالضمان وسدس الرهن مع خمسة اسداس القيمة رهنا
بالدين لان من اصله ان يجعل النقصان الحاصل بالانكسار في قدر الامانة
والمضمون والقدر الذي في الامانة يذهب بغير شي والقدر الذي في المضمون
يضمن قيمته فيصير ذلك القدر من الرهن ملكا له وعند محمد ينظر الى
النقصان ان كان قدر درهم او درهمين لا ضمان على المرتهن ويجبر الراهن
على الفكاك وان زاد على ذلك يخير بين الافتكاك وبين الجعل بالدين
كالو كانت قيمته ووزنه سوا لان من اصله انه تصرف النقصان الحاصل
بالانكسار الى الجودة الزايدة الا اذا كثر النقصان حتى عادت قيمته
الى ثمانية وله ان يجعله بالثمن ان شا وان شا افتكه وقيل ان قوله له
ان يضمنه كما قال ابو حنيفة لما في الجعل بالدين من اسقاط حقه عن الجودة
والله اعلم هذا اذا كان وزن القلب مثل وزن الدين عشرة فاما اذا
كان اقل من وزنه ثمانية فان كانت قيمته مثل وزنه فهلك يهلك
بمثل وزنه من الدين وهو ثمانية بالاجماع وان انكسر فالراهن بالخيار
ان شا افتكه بالدين وان شا ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه
فكانت رهنا والقلب للمرتهن بالضمان عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وعند محمد ان شا افتكه بالدين وان شا جعله بمثل وزنه
من الدين لما قلنا وان كانت قيمته اقل من وزنه سبعة فهلك يهلك
بثمانية في قول ابي حنيفة اعتبارا للوزن وعندهما يضمن قيمته
من خلاف جنسه لما بينا وان انكسر ضمن القيمة بالاجماع اما على قول
ابي حنيفة وابي يوسف فانهما لا يجيزان الجعل بالدين حال قيام الرهن
الرهن اصلا وراسا ومحمد ان كان يجيزه ولكن بشريطة انعدام الصحة

و في الجعل بالدين هاهنا ضرر بالمرتهن وان كانت قيمته اكثر من وزنه فكانت تسعة
او كانت مثل الدين عشرة فهلك يهلك بقدر وزنه ثمانية عند ابي حنيفة وعندهما
القيمة وان انكسر ان شا افتكه بالدين وان شا ضمن القيمة بالاجماع لما ذكرنا
وان كانت قيمته اكثر من الدين اثني عشر فهلك يهلك بثمانية عند ابي حنيفة
وعند ابي يوسف خمسة اسداس قيمته وان انكسر فعند ابي حنيفة ان شا
افتكه بالدين وان شا ضمنه جميع قيمته وكانت القيمة رهنا والقلب مكانه للمرتهن
وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون السدس من القلب
مع خمسة اسداس قيمته رهنا عنده بالدين وعند محمد يصرف النقصان الحاصل
بالانكسار بالامانة بان قل النقصان بان كان درهما او درهمين ويجبر الراهن
على الافتكاك وان كان اكثر من ذلك يخير الراهن بين الافتكاك والجعل بالدين
والله اعلم هذا اذا كان وزن القلب اقل من وزن الدين ثمانية فاما اذا
كان اكثر من وزنه اثني عشر فان كانت قيمته مثل وزنه اثني عشر فهلك سقط
الدين والزيادة على الدين يهلك امانة بلا خلاف وان انكسر ضمن خمسة اسداسه
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له ان يجعل خمسة اسداسه
بالدين وان كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين بان كانت احدى
عشر فهلك سقط الدين بخمسة اسداسه والزيادة تهلك امانة عند
ابي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وان انكسر ضمن خمسة اسداس
القلب عند ابي حنيفة لانه لا يعتبر الجودة ولا يرى الجعل بالدين وعند ابي
يوسف يجب ان يكون هكذا وكذلك عند محمد لتعذر التمليك بالدين لما
من الضرر وان كانت قيمته مثل وزن الدين عشرة فهلك يهلك خمسة اسداسه
بالدين عند ابي حنيفة لانه يعتبر الوزن وعندهما يضمن خمسة اسداسه
ويرجع بحقه وان انكسر ضمن خمسة اسداسه عند ابي حنيفة وعندهما
يغرم جميع القيمة ولا يمكن الجعل بالدين عند محمد لانه يودي الى الربوا
وان كانت قيمته اقل من الدين بان كان ثمانية فهلك ذهب خمسة اسداسه
بالدين في قول ابي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة اسداسه وعندهما
يغرم القيمة في الحالين وان كانت قيمته خمسة عشر فهلك يهلك خمسة
اسداسه بالدين في قول ابي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة اسداسه
عند ابي حنيفة والله اعلم ثم في كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب
وملك ذلك القدر بالضمان وصار شريكا فهذا شيوع طاري فعلى جواب
ظاهر الرواية يقطع القلب فيكون الباقي مع القيمة التي غرم رهنا لان
الشيوع يمنع صحة الرهن مقارنا كان او طاريا وعلى رواية ابي يوسف لا
حاجة الى القطع لان الشيوع الطاري لا يمنع بقا القطع على الصحة والله اعلم
واما الرهن الفاسد فلا حكم له حال قيام المرهون حتى لا يثبت للمرتهن حق
الحبس وللراهن ان يسترده منه فان منعه حتى هلك يضمن بمثله ان كان
له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل لانه صار غاصبا بالمنع والمغصوب مضمون
على الغاصب بالمثل او بالقيمة وان لم يوجد المنع من المرتهن حتى هلك
في يده ذكر الكرخي انه يهلك امانة لان الرهن اذا لم يصح كان القبض قبض

امانة

امانة لانه قبض باذن المالك فاشبه قبض الوديعة وحكى القاضي في شرحه
مختصر الطحاوي انه ذكر في الجامع الكبير ان كان الرهن محل الرهن الصحيح فاذا
رهنه رهنا فاسدا فهلك في يد المرتهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين
وكل ما ليس بمحل الرهن الصحيح لا يكون مضمونا بالرهن الفاسد كالمدبر وام الولد
وهذا يدل على ان الفساد ان كان لمعنى في المرهون لا يكون مضمونا بل يكون
امانة وان كان الفساد لمعنى في غيره يكون مضمونا ووجهه ان المرهون
مضمون بالقبض ولا فساد في القبض لان من شرط كون القبض مضمونا
ان يكون مالا مطلقا متقوما كالمقبوض بالبيع الفاسد فان وجد الشرط
يكون مضمونا والا فلا والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم هلاك المرهون واما
حكم استهلاكه فالمرهون لا يخلوا اما ان كان من بني ادم من العبد والامة
واما ان كان من غير بني ادم من ساير الاموال فان كان من غير بني ادم فاستهلكه
اجنبي ضمن قيمته ان كان مما لا مثل له ومثله ان كان مما له مثل كما اذا لم
يكن مرهونا والمرتهن هو الخصم في تضمينه وكان الضمان رهنا لانه بدل
المرهون ثم ان كان الضمان من جنس الدين والدين حال استوفاه بدينه
وان كان الدين لم يحل حبسه رهنا مكانه وكذلك لو استهلكه المرتهن
لانه اتلف مالا مملوكا متقوما بغير اذن مالكه فيضمن مثله او قيمته كما لو
اتلفه اجنبي وان استهلكه الراهن فان كان الدين حالا يطالب بالدين لانه
لا فايدة في المطالبة بالضمان فيطالب بالدين وان كان لم يحل اخذ المرتهن
منه الضمان وامسكه الى ان يحل الدين والله اعلم واذا كان في الرهن وفا
كاللبن والولد فاستهلكه المرتهن او الراهن اجنبي فان كان الرهن شاة
قيمتها عشرة بعشرة فحلبت او ولدت فعليه ضمانه اما وجوب الضمان على
الاجنبي والمرتهن فظاهر لان الزيادة ملك الراهن واتلاف مال الغير بغير
اذنه موجب للضمان واما وجوب الضمان على الراهن فلان المتلف وان كان
مملوكا له لكن للمرتهن فيه حق قوي فيلتحق بالملك في حق وجوب الضمان واذا
وجب الضمان على المتلف كان الضمان مع الشاة رهنا عند المرتهن لانه
بدل المرهون فيقوم مقامه وان هلك الضمان لا يسقط شي من الدين
لانه بدل ما ليس بمضمون بالدين فكان حكمه حكم الاصل والاصل لو هلك
يهلك بغير شي كذا البدل وان هلكت الشاة سقطت حصتها من الدين
لانها مرهونة مضمونة فكانت مضمونة بالهلاك ويفتك الراهن ضمان
الزيادة بقدرها من الدين لان الزيادة تصير مقصودة بالفكاك فيصير
لها حصة من الدين هذا اذا كان الاستهلاك بغير اذن فاما اذا كان باذن
بان قال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو حلال لك او قال له
كل هذا الحمل واشرب وكل حل له ذلك ولا ضمان عليه لان الزيادة ملك الراهن
فصح اذنه بالاكل والشرب ولا يسقط شي من دين المرتهن حتى لو جا
الراهن يفتك الشاة يفتكها بجميع الدين لان اتلاف المرتهن باذن الراهن
مضاف الى الراهن كانه اتلف بنفسه ولو كان كذلك لكان لا يسقط شي من الدين
وكان عليه ضمان المتلف كذا هذا وان لم يفتكها حتى هلكت تهلك بحصتها

من الدين فيقسم الدين عليها وعلى لبنها وولدها على قدر قيمتهما فما كان حصة الشاة سقط
وما حصة الزيادة يبقى ويخاطب الراهن بقضايه لان فعل المرتهن لما كان مضافا الى
الراهن كان مضمونا عليه كانه فعل بنفسه فيصير للزيادة حصة من الدين فينظر الى قيمة
الزيادة فان كان فيها خمسة كان فيها ثلث الدين وفي الشاة ثلثاه فاذا هلكت الشاة ذهب
ثلثا الدين وبقي الثلث وعلى الراهن قضاوه وكذلك لو استهلكه اجنبي باذن الراهن والمرتهن
فالجواب فيه وفي المرتهن اذا استهلك باذن الراهن سوا وقد ذكرناه والله اعلم ولو استهلكه
الراهن باذن المرتهن لاشي عليه لان الضمان لو وجب لوجب لحق المرتهن لا لحق نفسه لانه
ملكه وقد ابطل المرتهن حق نفسه بالاذن فلا يستحق الضمان كان الزيادة هلكت بافة
سماوية وبقيت الشاة رهنا بجميع الدين والله اعلم وان كان المرهون من بني ادم فجني
عليه فجملة الكلام في جنايات الرهن انها اقسام ثلثة جناية غير الرهن على الرهن وجناية
الرهن على غير الرهن وجناية الرهن على الراهن اما جناية غير الرهن على الرهن فلا يخلو اما
ان كانت الجناية في النفس واما ان كانت فيما دون النفس وكل ذلك لا يخلو من ان يكون عمدا
او خطا او في معنى الخطا والجاني لا يخلو اما ان يكون عبدا او حرا فان كانت في النفس عمدا
والجاني حر فللراهن ان يقتص اذا اجتمعا على الاقتصاص في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال
محمد ليس له الاقتصاص وان اجتمعا عليه وعن ابي يوسف روايتان كذا ذكر الكرخي
وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا قصاص على قاتله وان اجتمع الراهن والمرتهن
ولم يذكر الخلاف وجه قول محمد ان استيفا القصاص لا بد له من ولي والولي هاهنا غير
معلوم لان ملك العين والرقبة للراهن وملك اليد والحبس للمرتهن فكان العبد مضافا الى
الراهن من وجه والى المرتهن من وجه فصار الولي مشتبها مجهولا وجهالة المولى تمنع استيفا
القصاص كعبد المكاتب اذا قتل عمدا لا يقتص من قاتله وان اجتمع عليه المكاتب والمكاتب
لما قلنا كذا هذا بخلاف العبد المشترك بين اثنين اذا قتل عمدا ان لهما الاقتصاص اذا
اجتمعا عليه لان هناك الولاية ثابتة لهما على الشركة لثبوت الملك لكل واحد منهما في النصف
من كل وجه فكان الولي معلوما فامكن القول بوجوب القصاص لهما على الشركة لاستوايهما
في الملك وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان الملك للراهن من كل وجه وانما للمرتهن حق الحبس
فقط والملك سبب ثبوت الولاية فكان الولي معلوما وكان ينبغي ان لا يتوقف ولاية الاستيفا
على رضي المرتهن الا انه يوقف لتعلق حقه به فاذا رضي فقد زال المانع بخلاف عبد المكاتب
لان الملك فيه للمولى من وجه وللمكاتب من وجه فلم يكن المولى فيه مطلقا ولا المكاتب مطلقا
فاشبه الولي وامتنع الاستيفا والله اعلم واذا اقتص القاتل سقط الدين لان العبد انما كان
رهنا من حيث انه مال وقد بطلت ماليته بالقتل الى بدل اذ القصاص لا يصلح بدلا عن المال
فسقط الدين كما لو هلك بنفسه هذا اذا اجتمعا على القصاص فاما اذا اختلفا لا يقتص القاتل
لانه لا سبيل لاثبات الاقتصاص للمرتهن لفقد ملك الرقبة ولا للراهن لان في استيفايه
ابطال حق الدين من غير رضاه وهذا لا يجوز وعلى القاتل قيمة المقتول في ماله في ثلاث سنين
وكانت القيمة رهنا فلو اختلفا وابطل القاضي القصاص ثم قضى الراهن الدين فلا قصاص
لان حق المرتهن وان بطل بالفكاك لكن بعد ما حكم القاضي ببطلان القصاص فلا يحتمل
العود وان كانت الجناية خطا او شبه عمد فعلى عاقلة القاتل قيمته في ثلاث سنين
يقبضها المرتهن فيكون رهنا لان العبد وان كان مضمونا من حيث انه ادمي لا من
حيث انه مال على اصل اصحابنا حتى لا تزاد ديته على دية الحر ولكنه مرهون من حيث

المرتهن ورهونه

انه مال لا من حيث انه ادمي فجاز ان تقوم قيمته مقامه ويكون رهنا عند المرتهن ثم ان
كان الدين موجلا كانت في يده الى حل الاجل واذا حل فان كانت القيمة من جنس الدين استوفى
الدين منها وان كان فيها فضل رده على الراهن وان كانت اقل من الدين استوفي من الدين منها
من الدين بقدرها ورجع بالفضل اي بالبقية على الراهن وان كانت من خلاف جنس الدين
حبسها في يده الى وقت الفكاك فان كان الدين حالا فالحكم فيه وفيما اذا كان موجلا فحل سوا
وقد بينا وتعتبر قيمة العبد في ضمان الاستهلاك يوم الاستهلاك وفي ضمان الرهن يوم
القبض لان ضمان الاستهلاك يجب بالاستهلاك وضمان الرهن يجب بالقبض فيعتبر حال
وجود السبب حتى لو كان الدين الف درهم وقيمة العبد يوم الرهن الفا فانتقصت قيمته وتراجعت
الى خمسماية فقتل غرم القاتل قيمته خمسماية وسقط من الدين خمسماية واذا غرم خمسماية بالاستهلاك
كانت هذه الدراهم رهنا بمثلها من الدين ويسقط الباقي من الدين لانه يصير مستوفيا
كل الدين بها ولا يجوز استيفا اكثر من خمسماية لما فيه من الربوا وهذا بخلاف ما اذا قتله
عبد اقل قيمة منه فدفع به لان الدفع لا يودي الى الربوا لانه يجوز استيفا كل الدين من
هذا العبد الا ترى انه لو باعه جاز وان كان لا يساويه فلم يكن فيه ربوا وكذلك لو
قتله المرتهن يغرم قيمته والحكم فيه وفي الاجنبي سوا وقد ذكرنا ولو قتله الراهن
فهذا وما اذا كان الرهن من غير بني ادم سوا وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم هذا اذا كان
الجاني حرا فاما اذا كان عبدا او امة يخاطب مولى القاتل بالدفع او بالفدا بقيمة المقتول
فان اختار الدفع فان كانت قيمة المدفوع مثل قيمة المقتول او اكثر فالمدفوع رهن بجميع
الدين ويجبر الراهن على الافتكاك بلا خلاف وان كانت قيمته اقل من قيمة المقتول بان كانت
قيمة المقتول الفا والدين الف وقيمة المدفوع ماية فهو رهن بجميع الدين ايضا ويجبر
الراهن على الافتكاك بجميع الدين كما كان يجبر على الافتكاك العبد المقتول لو كان حيا بجميع
الدين في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ان لم يكن بقيمته وفا بقيمة المقتول
فالراهن بالخيار ان شا افتكه بجميع الدين وان شا تركه للمرتهن بدينه محمد رحمه الله
مر على اصله في الجعل بالدين عند تعذر الجبر على الافتكاك وهاهنا تعذر لما فيه من
الضرر بالراهن ولابي حنيفة وابي يوسف انه لما دفع الثاني بالاول قام مقام الاول لحما
ودما والاول كان رهنا بجميع الدين وكان يجبر الراهن على الافتكاك بجميع الدين فكذا الثاني
وكذلك لو كان العبد المرتهن نقص في السعر حتى صار يساوي ماية درهم فقتله عبد
يساوي ماية درهم فدفع به فهو على الاختلاف هذا اذا اختار مولى القاتل الدفع فاما
اذا اختار الفدا فانه يفديه بقيمة المقتول وكانت القيمة عند المرتهن ثم ينظر ان
كانت القيمة من جنس الدين استوفى دينه منها وان كان من خلاف الجنس حبسها رهنا
حتى يستوفي جميع دينه ويجبر الراهن على الافتكاك عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يخير الراهن بين الافتكاك بجميع الدين وبين الترك للمرتهن بالدين
وقد مرت المسلة هذا اذا كانت الجناية في النفس فاما اذا كانت فيما دون النفس
فان كان الجاني حرا يجب ارشه في ماله لا على عاقلته سوا كانت الجناية خطا او عمدا
اما الوجوب في ماله فلان العاقلة لا تعقل ما دون النفس واما التسوية بين العمد
والخطا فلان القصاص لا يجري بين الحر والعبد فيما دون النفس فاستوى العمد
والخطا في وجوب الارش وكان الارش رهنا مع العبد لانه بدل جزء مرهون وان
كان الجاني عمدا يخاطب مولاه بالدفع او الفدا بارش الجناية فان اختار الفدا بالارش

القاتل صح

كان الارش مع المجني عليه رهنا وان اختار الدفع يكون الجاني مع المجني عليه رهنا والخصم
في ذلك كله الي المرتهن لان حق الحبس له والجاني فوت الحبس عن بعض اجزا الرهن
فله ان يقيم بدل الفايت فيقيمه مقامه رهنا والله اعلم هذا الذي ذكرنا
حكم جناية غير الرهن علي الرهن واما حكم جناية الرهن علي غير الرهن فجنايته لا تخلوا
اما ان كانت علي بني ادم واما ان كانت علي غيره من ساير الاموال فان كانت علي
بني ادم لا تخلوا من ان تكون عمدا او خطا او في معني الخطا فان كانت عمدا يقتص
منه كما اذا لم يكن رهنا لان ملك الراهن لا يمنع وجوب القصاص الا تري انه لا
يمنع اذا لم يكن رهنا واذا لم يكن الملك مانعا فحق المرتهن اولي لانه دون
الملك سوا قتل اجنبيا او الراهن او المرتهن لان القصاص ضمان الدم ولا حق
للمولي في دمه بل هو اجنبي عنه وكذا للمرتهن بطريق الاولي اذ الثابت له الحق
والحق دون الملك فصارت جنايته علي الراهن والمرتهن في حق القصاص وجنايته
علي الاجنبي سوا واذا قتل قصاصا سقط الدين لان هلاكه حصل في ضمان المرتهن
فيسقط دينه كما اذا هلك بنفسه والله اعلم هذا اذا كانت جنايته عمدا فاما
اذا كانت خطا او ملحقة بالخطا بان كانت شبه عمد او كانت عمدا لكن القاتل
ليس من اهل وجوب القصاص بان كان صبيا او مجنونا او كانت جنايته فيما
دون النفس فانه يدفع او يفدي لان هذه الجنايات من العبيد والاما
توجب الدفع او الفدا ثم ينظر ان كان العبد كله مضمونا بان كانت قيمته
مثل الدين او دونه نحو ان تكون قيمة العبد الفا والدين الفا او كان الفا
والعبد خمسماية يخاطب المرتهن اولا بالفدا لانه بالفدا يستبقي حق نفسه
في الرهن بتطهيره عن الجناية من غير ان يسقط حق الراهن ولو بدي بالراهن
وخوطب بالدفع او الفدا علي ما هو حكم الشرع فربما يختار الدفع فيبطل
حق المرتهن ويسقط دينه فكانت البداية بخطاب المرتهن بالفدا اولي واذا
فداه بالارش فقد استخلصه واستصفاه عن الجناية وصار كانه لم يجن
اصلا فيبقي رهنا كما كان ولا يرجع بشي مما فدا علي الراهن لانه فدي ملك الغير
بغير اذنه فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع كما لو فداه اجنبي ولانه بالفدا
اصلح الرهن باختياره واستبقي حق نفسه فكان عاملا لنفسه بالفدا فلا
يرجع علي غيره وليس له ان يدفع لان الدفع لمن يملك الرقبة وهو لا يملك رقبته
وان ابي المرتهن ان يفدي يخاطب الراهن بالدفع او الفدا لان الاصل في
الخطاب هو الراهن لان الملك له وانما يطالب المرتهن بخطاب الفدا صيانة
لحقه فاذا ابي عاد الامر الي الاصل فان اختار الدفع بطل الرهن وسقط
حق الدين اما بطلان الرهن فلان العبد زال عن ملكه بالدفع لا الي خلف
فخرج عن كونه رهنا واما سقوط الدين فلان استحقاق الزوال حصل بمعني
في ضمان المرتهن فصار كانه هلك في يده وكذلك ان اختار الفدا لانه صار
قاضيا بما فدي دين المرتهن لان الفدا علي المرتهن لحصول الجناية في ضمانه
الا انه لما ابي الفدا والراهن محتاج الي استخلاص عبده ولا يمكنه ذلك الا
بالفدا فكان مضطرا في الفدا فلم يكن متبرعا فكان له ان يرجع علي المرتهن
ينظر الي ما فدي والي قيمة العبد وله علي الراهن مثله فيصير قصاصا به واذا

صار

صار دين المرتهن ينظر الي ما فدي والي قيمة العبد فان كان الفدا مثل قيمة الدين وقيمة
العبد مثل الدين او اكثر سقط من الدين بقدر الفدا وجعل حبس العبد رهنا
بالباقي وان كان الفدا قدر الدين او اكثر وقيمة العبد اقل من الدين يسقط
من الدين قدر قيمة العبد ولا يسقط اكثر منها لانه لو هلك لا يسقط من الدين
اكثر من قيمة العبد فكذا عند الفدا وان كان العبد بعضه مضمونا والبعض
امانة بان كانت قيمة العبد الفين والدين الفا فالفدا عليهما جميعا لان نصفه
مضمون ونصفه امانة فكان فدا نصف المضمون علي المرتهن وفدا نصف
الامانة علي الراهن فيخاطبان جميعا بالفدا او بالفدا والمعني من خطاب الدفع
في جانب المرتهن الرضا بالدفع لانه فعل الدفع لان فعل الدفع ليس اليه ثم اذا خوطبا
بذلك لا يخلوا اما ان اجتمعا علي الدفع واما ان اجتمعا علي الفدا واما ان اختلفا
فاختار احدهما الدفع والاخر الفدا والحال لا يخلوا اما ان كانا حاضرين واما
ان كان احدهما غايبا فان كانا حاضرين واجتمعا علي الدفع ودفعا سقط دين المرتهن
لان الدفع بمنزلة الهلاك وان اجتمعا علي الفدا فدا كل واحد منهما بنصف
الارش واذا فديا طهرت رقبة العبد عن الجناية وبقي رهنا كما كان وكان
كل واحد منهما متبرعا حتي لا يرجع علي صاحبه بما فدا لان كل واحد منهما ادي
ما عليه فكان موديا عن نفسه لا عن صاحبه وان اختلفا فاراد احدهما
الفدا والاخر الدفع فايهما اختار الفدا فاختياره اولي اما المرتهن فلانه بالفدا
حق نفسه ولا يسقط حق الراهن والراهن بالدفع يسقط حق الدفع فكان
اختيار المرتهن اولي واما الراهن فلانه يستبقي ملك الرقبة بالفدا والمرتهن باختيار
الدفع يريد اسقاط دينه وابطال ملك الراهن فلم يكن له في اختيار الدفع
نفعا بل كان سفها محضا وتعنتا باردا فلا يلتفت اليه فكان للراهن ان يفدي
ثم ايهما اختار الفدا فدي العبد بجميع الارش ولا يملك الاخر دفعه ثم ينظر
ان كان الذي اختار الدفع هو المرتهن فقد فدي بجميع الارش ويبقي
العبد رهنا كما كان لانه طهرت رقبته عن الجناية بالفدا فصار كانه لم يجن
ورجع المرتهن علي الراهن بدينه وهل يرجع عليه بحصة الامانة ذكر الكرخي
فيه روايتين في رواية لا يرجع بل يكون متبرعا وفي رواية يرجع وذكر القاضي
في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يرجع الا بدينه خاصة ولم يذكر اختلاف
الرواية وجه الرواية الاولي انه التزم الفدا باختياره مع قدرته انه لا يلتزم
لانه لو لم يلتزم لخوطب الراهن فكان متبرعا فيه فلا يملك الرجوع وجه الرواية
الاخري ان المرتهن يحتاج الي اصلاح قدر المضمون منه ولا يمكنه ذلك
الا باصلاح قدر الامانة فكان مضطرا فلم يكن متبرعا وان كان الذي اختار
الفدا هو الراهن ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا بل يكون قاضيا بنصف
الفدا دين المرتهن ثم ينظر ان كان نصف الفدا مثل كل الدين سقط الدين كله
وان كان اقل منه سقط من الدين بقدره ورجع بالفضل علي الراهن ويحبسه
رهنا به هذا اذا كانا حاضرين فاما اذا كان الحاضر احدهما فليس له ولاية
الدفع ايهما كان سوا كان هو المرتهن او الراهن اما المرتهن فلا شك انه لا ملك
له في العبد اصلا والدفع تمليك فلا يتصور بدون الملك واما الراهن فلان

الدفع اسقاط حق المرتهن وله ولاية الفدا بجميع الارش وان كان الحاضر هو المرتهن
ففداه بجميع الارش لا يكون متبرعا في نصف الفدا عند ابي حنيفة رحمه الله
وله ان يرجع على المرتهن بدينه وبنصف الفدا لكنه يحبس رهنا بالدين وله
ان يحبسه رهنا بنصف الفدا بعد قضا الدين وعند ابي يوسف ومحمد
كان المرتهن متبرعا بنصف الفدا فلا يرجع على الراهن الا بدينه خاصة كما لو
فداه بحضرة الراهن فهما سويا بين الغيبة والحضرة وجعلا متبرعا في الحالين
جميعا وابو حنيفة رحمه الله فرق بين حالة الحضرة والغيبة فجعله متبرعا
في الحضرة لا في الغيبة وان كان الحاضر هو الراهن ففداه بجميع الارش لا
يكون متبرعا في نصف الفدا بالاجماع بل يكون قاضيا بنصف الفدا دين المرتهن كما
لو فداه الراهن بحضرة المرتهن وجه قولهما ان المرتهن فدا ملك الغير
بغير اذنه فكان متبرعا كما لو فداه اجنبي ولهذا كان متبرعا في حالة الحضرة
كما في الغيبة ولابي حنيفة رحمه الله انه في حالة الحضرة التزم الفدا باختياره
مع امكان خطاب الراهن فكان متبرعا والخطاب لا يمكن حالة الغيبة وهو
يحتاج الى اصلاح قدر المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح قدر الامانة فكان
مضطرا فلم يكن متبرعا هذا اذا جنى الرهن على اجنبي اما اذا جنى على الراهن او على
المرتهن اما جنايته على نفس الراهن جناية موجبة للمال او على ماله فهدر
لان العبد ملكه والمولى لا يجب له على عبده دين بخلاف جناية العبد المغصوب
على المغصوب منه او على ماله على اصل ابي حنيفة رحمه الله انها معتبرة لان
المضمونات تملك عنده باداء الضمان من وقت الغصب فتبين ان تلك الجناية
لم تكن جناية العبد على مولاه اما جنايته على نفس المرتهن فهدر عند ابي حنيفة
رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد معتبرة يدفع او يفدي ان رضي به المرتهن
ويبطل الدين وان قال المرتهن لا اطلب الجناية لما في الدفع او الفدا من سقوط
حقي فله ذلك وبطلت الجناية والعبد رهن على حاله هكذا اطلق الكرخي وذكر
القاضي في شرحه مختصر الطحاوي وفصل فقال ان كان العبد كله مضمونا
بالدين فهو على الاختلاف وان كان بعضه مضمونا وبعضه امانة فجنايته
معتبرة بالاتفاق فيقال للراهن ان شيت فادفع وان شيت فافد فان دفعه
وقبل المرتهن بطل الدين كله وصار العبد كله للمرتهن وان كان الفدا فنصف
الفدا على الراهن ونصفه على المرتهن فما كان حصة المرتهن يبطل وما كان حصة الراهن
يفدي والعبد رهن على حاله واختلافهم في جناية الرهن على المرتهن نظير اختلافهم
في جناية عبد الغصب على الغاصب انها هدر عند ابي حنيفة وعندهما
معتبرة وجه قولهما ان هذه جناية وردت على غير المالك فكانت معتبرة
كما اذا وردت على اجنبي وهذا لان الاصل في الجنايات اعتبارها وسقوط
الاعتبار لعدم الفايدة وهاهنا في اعتبار هذه الجناية فايدة لان موجبها
الدفع وله فيه فايدة وهو الوصول الى ملك العبد وان كان فيه سقوط دينه
ولابي حنيفة رحمه الله ان هذه الجناية وردت على غير المالك لكنها وجدت
في ضمان المرتهن فورودها ان كان على غير المالك ان كان يقتضي ان تكون
معتبرة فوجودها في ضمان المرتهن يقتضي ان لا يعتبر لانها توجب الفدا

عليه

عليه وذلك غير ممكن لما فيه من ايجاب الضمان عليه له وانه محال فوقع الشك والا
في اعتبارها فلا يعتبر هذا اذا جنى على نفس المرتهن واما اذا جنى على ماله فان
كانت قيمته والدين سوا وليس في قيمته فضل فجنايته هدر بالاجماع لانه لا فايدة
في اعتبار هذه الجناية اذ ليس حكمها وجوب الدفع الى المرتهن ليملكه بل تعلق الدين
برقبته فلو بيع واخذ بثمنه لسقط دينه فلم يكن في اعتبار هذه الجناية فايدة
فلا يعتبر وان كانت قيمته اكثر من الدين فعن ابي حنيفة روايتان في رواية
يعتبر الجناية في قدر الامانة وفي رواية لا يثبت حكم الجناية اصلا وجه الرواية
الاولى ان المانع من الاعتبار كون العبد في ضمان المرتهن وقدر الامانة وهو
الفضل على الدين ليس في ضمانه فامكن اعتبار الجناية في ذلك القدر فلزم اعتبارها
وجه الرواية الاخرى ان ذلك القدر وان لم يكن مضمونا فهو في حكم المضمون
لثبوت حكم الرهن فيه وهو الحبس فيمتنع الاعتبار واما جناية الرهن على ابن
الراهن او على ابن المرتهن فلا شك انها معتبرة لان المانع من الاعتبار في حق
الراهن هو كون العبد مملوكا له وفي حق المرتهن كونه في ضمانه ولم يوجد
شي من ذلك هاهنا فكانت جنايته عليه وعلى الاجنبي سوا والله اعلم هذا
الذي ذكرنا حكم جناية الرهن فاما حكم جناية ولد الرهن بان قتل انسانا
خطا فحكمه ان لا يجب شي على المرتهن ويخاطب المولى بالدفع او الفدا في ضمانه
واما وجوب الفدا على المرتهن فلان خطابه بالفدا مع انه ليس ملكه لحصول
الجناية من الرهن في ضمانه ولم يوجد في الولد لانه ليس بمضمون الا ترى لو
هلك يهلك بغير شي واما خطاب المولى بالدفع او الفدا فلان الملك له فان
دفعه خرج الولد عن الرهن ولم يسقط من الدين اما خروجه عن الرهن
فلزوال ملك الراهن عنه فيخرج عن الرهن كما لو هلك واما عدم سقوط
شي من الدين غير مضمون بالهلاك بخلاف الام ولو فدي فهو رهن مع الام
على حاله فان اختار الراهن الدفع فقال له المرتهن انا افدي فله ذلك
لان الولد مرهون وان لم يكن مضمونا الا ترى ان الحكم الاصلي للرهن ثابت
فيه وهو حق الحبس فكان الفدا منه اصلاحا للرهن فكان له والله اعلم
هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على بني ادم واما جنايته على ساير الاموال
بان استهلك مالا يستغرق رقبته فحكمها وحكم جناية غير الرهن سوا وهو
تعلق الدين برقبته يباع فيه الا اذا قضى الراهن او المرتهن دينه فاذا قضاه
احدهما فالحكم والحكم فيما ذكر من الفدا من جنايته على بني ادم سوا وهو انه
ان قضى المرتهن الدين يبقى دينه ويبقى العبد رهنا على حاله لانه بالفدا
استفرغ رقبة العبد عن الدين واستصفاها عنه فيبقى رهنا بدينه
كما كان كما لو فداه عن الجناية وان ابى المرتهن ان يقضي وقضاه الراهن
بطل دين المرتهن لما ذكرنا في الفدا من العبد الجناية فان امتنعا عن قضا
دينه يباع العبد بالدين ويقضى دين الغريم من ثمنه لان دين العبد
مقدم على حق المرتهن لانه مقدم على حق المولى فعلى حق المرتهن اولى لانه
دونه ثم اذا بيع العبد وقضي دين الغريم من ثمنه فثمنه لا يخلو اما
ان يكون فيه وفاء بدين الغريم واما ان لم يكن فيه وفاء به فان كان فيه وفا

بدينه قد بينه لا يخلوا اما ان يكون مثل دين المرتهن واما ان يكون اكثر منه واما
ان يكون اقل منه فان كان مثله او اكثر منه يسقط دين المرتهن كله لان العبد زال
عن ملك الراهن بسبب وجد في ضمان المرتهن فصار كانه هلك وما فضل من ثمن العبد
يكون للراهن لانه بدل ملكه لا حق لاحد فيه فيكون له خاصة وان اقل منه يسقط
من دين المرتهن بقدره وما فضل من ثمن العبد يكون رهنا عند المرتهن بما بقي
لانه لا دين فيه فيبقى رهنا فان كان الدين قد حل اخذه بدينه ان كان من جنس
حقه وان كان من جنس امكنه الى ان يستوفي حقه وان كان الدين لم يحل امسكه
بما بقي من دينه الى ان يحل هذا اذا كان كل العبد مضمونا بالدين فاما اذا كان نصفه
مضمونا ونصفه امانة لا يصرف الفاضل كله الى المرتهن بل يصرف نصفه الى
المرتهن ونصفه الى الراهن لان قدر الامانة لا دين فيه فيصرف ذلك الى الراهن
وكذلك ان كان قدر الامانة والمضمون فيه على التفاضل يصرف الفضل اليهما
على قدر تفاوت المضمون والامانة لما قلنا وان لم يكن في ثمن العبد وفا بدين
الغريم اخذ الغريم ثمنه وما بقي من دينه يتاخر الى ما بعد العتاق ولا يرجع به
على احد لانه لم يوجد به سبب وجوب الضمان من احد انما وجد منه وحكمه
تعلق الدين برقبته واستيفا الدين منها فاذا لم تفي رقبته بالدين تاخر ما
بقي الى ما بعد العتاق واذا اعتق وادى الباقي لا يرجع بما ادى على احد لانه
وجب عليه بفعله فلا يرجع على غيره وكذلك حكم جناية ولد الرهن على سائر
الاموال وحكم جناية الام سوا في انه يتعلق الدين برقبته كما في الام الا ان
هاهنا لا يخاطب المرتهن بقضا دين الغريم لان سبب وجوب الدين لم يوجد
في ضمان المرتهن ولان الولد ليس بمضمون بخلاف الام بل يخاطب الراهن بين ان
يبيع الولد بالدين وبين ان يستخلصه بقضا الدين فان قضي الدين بقي
الولد رهنا وان بيع بالدين لا يسقط شي من دين المرتهن لانه ليس بمضمون
بخلاف الام والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم جناية الرهن على غير الرهن وحكم
جناية الرهن على غير الرهن نوعان جناية على الرهن نفسه وجنايته على جنسه
اما جنايته على نفسه فهي بالهلاك بافة سماوية سوا ثم ينظر ان كان العبد
كله مضمونا يسقط من الدين بقدر النقصان وان كان بعضه مضمونا وبعضه
امانة يسقط من الدين قدر ما انتقص من المضمون لا من الامانه والله اعلم
واما جنايته على جنسه فعلى ضربين ايضا جناية بني ادم على جنسه وجنايه
البهيمة على جنسها وعلى غير جنسها اما جناية بني ادم على جنسه بان كان الرهن
عبدين فجنى احدهما على الاخر فالعبدان لا يخلوا اما ان كانا رهنا في صفقة
واحدة واما ان كانا رهنا في صفقتين فان كانا رهنا في صفقة واحدة فجنى
احدهما على صاحبه فجنايته لا تخلوا من اربعة اقسام جناية المشغول على
المشغول وجناية المشغول على الفارغ وجناية الفارغ على الفارغ وجناية
الفارغ على المشغول والكل هدر الا واحد وهي جناية الفارغ على المشغول
فانها معتبرة ويتحول ما في المشغول من الدين الى الفارغ ويكون رهنا مكانه
اما جناية المشغول على المشغول فلانها لو اعتبرت اما ان تعتبر لحق المولى
اعني الراهن واما ان تعتبر لحق المرتهن والاعتبار لحق الراهن لا سبيل اليه

في الفصول كلها لان كل واحد منهما ملكه وجناية المملوك على المملوك ساقط الاعتبار
لحق المالك لان اعتبارها في حقه لوجوب الدفع عليه او الفدا له وايجاب شي على انسان
لنفسه ممتنع ولهذا لا يجب للمولى على عبده دين ولا سبيل الى اعتبار جناية المشغول
على المشغول لحق المرتهن لان الاعتبار لحقه يتحول ما في المجني عليه من الدين الى الجاني
والجاني مشغول بدين نفسه والمشغول بنفسه لا يشتغل بغيره وكذلك جناية
المشغول على الفارغ لما قلنا واما جناية الفارغ على الفارغ فلانه لا دين في الفارغ
ليتحول الى الجاني فلا يفيد اعتبارها في حقه واما جناية الفارغ على المشغول ممكن
الاعتبار لحقه يتحول ما فيه من الدين الى الفارغ وبيان هذه الجملة في مسايل
اذا كان الدين الفين والرهن عبدين يساوي كل واحد منهما الفا فقتل احدهما
صاحبه او جني عليه فيما دون النفس مما قل ارشها او كثر فجنايتها هدر ويسقط الدين
الذي كان في المجني عليه بقدره ولا يتحول قدره بسقط الى الجاني لان كل واحد منهما
مشغول كله بالدين وجناية المشغول على المشغول هدر فجعل كان المجني عليه هلك
بافة سماوية ولو كان الدين الفا فقتل احدهما صاحبه فلا دفع ولا فدا وكان القاتل
رهنا بسبعماية وخمسين لان في كل واحد منهما من الدين خمسماية فكان نصف كل واحد
منهما فارغا ونصفه مشغولا فاذا قتل احدهما صاحبه فقد جنى كل واحد
من نصفي القاتل على النصف المشغول والنصف الفارغ من المجني عليه وجناية قدر
المشغول على المشغول وقدر المشغول على الفارغ وقدر الفارغ على الفارغ هدر
لما بينا فيسقط ما كان فيه شي من الدين ولا يتحول الى الجاني وجناية قدر الفارغ
على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر ما كان فيه الى الجاني وذلك مايتان
وخمسون وقد كان في الجاني خمسماية فيبقى رهنا بسبعماية وخمسين ولو فقا
احدهما عين صاحبه تحول نصف ما كان من الدين في العين الى الفاقي فيصير
الفاقي رهنا بستماية وخمسة وعشرين وبقي المفقوة عينه رهنا بمايتين
وخمسين لان العبد الفاقي جنى على نصف العبد الاخر لان العين من الادمي
نصفه لان ذلك النصف نصفه مشغول بالدين ونصفه فارغ الا ان جناية
المشغول على قدر المشغول والفارغ وجناية الفارغ على قدر الفارغ والمشغول
على قدر الفارغ هدر وجناية الفارغ على قدر المشغول معتبرة فيتحول قدر
ما كان في المشغول من الدين الى الفاقي وذلك ماية وخمسة وعشرون وقد
كان في الفاقي خمسماية فيصير الفاقي رهنا بستماية وخمسة وعشرين ويبقى المفقو
عينه رهنا بمايتين وخمسين لانعدام ورود الجناية على ذلك النصف
والله اعلم وان كان العبدان رهنا في صفقتين فان كان فيهما فضل على الدين
بان كان الدين الفا وقدر كل واحد منهما الفا فقتل احدهما الاخر تعتبر الجناية
هاهنا بخلاف الفصل الاول لان الصفقة اذا تفرقت صار بمنزلة ما لو رهن
كل واحد منهما رجل على حدة فجنى احدهما على الاخر وهناك يثبت حكم الجناية كذا
هاهنا بخلاف ما اذا اتحدت الصفقة واذا اعتبرت الجناية هاهنا يخير الراهن
والمرتهن فان شا جعلا القاتل مكان المقتول فيبطل ما كان في المقتول من الدين
وان شا افديا القاتل بقيمة المقتول فيكون رهنا فكان المقتول والقاتل على
حاله وان لم يكن فيه فضل على الدين بان كان الدين الفين وقيمة كل واحد منهما

الفا فقتل كل احد منهما صاحبه فان دفعا بالجناية قام المدفوع مقام المقتول ويبطل
الدين الذي كان في القاتل فان قالا نفدي فالفدا كله على المرتهن بخلاف الفصل الاول
لان هناك كل واحد منهما ليس بمضمون كله بل بعضه وههنا كل واحد منهما مضمون
كله فاذا حل الدين دفع الراهن الفا واخذ عبده فكانت الالف الاخرى قصاصا
بهذه الالف اذا كان مثله والله اعلم ولو فقا احدهما عين الاخر قيل لهما ادفعاه
او افدياه فان دفعا بطل ما كان فيه من الدين وان فديا كان الفدا عليهما نصفين
فكان الفدا رهنا مع المفقوء عينه لان الجناية معتبرة لما ذكرنا فصار كعبد الرهن
اذا جنى على عبد اجنبي فان قال الراهن انا لا افدي ولكني ادع الرهن على حاله
فله ذلك وكان الفاقي رهنا مكانه على حاله وقد ذهب نصف ما كان في المفقوء
من الدين لان اعتبار الجناية انما كان لحق المرتهن لا لحق الراهن فاذا رضي المرتهن
بهدر الجناية صار هدرا وان قال الراهن انا افدي وقال المرتهن لا افدي
كان للراهن ان يفديه وهذا اذا طلب المرتهن حكم الجناية فحكمها التخيير وان ابى
الراهن الفدا وقال المرتهن انا افدي والراهن حاضر او غايب فهو على ما بينا في
العبد الواحد والله اعلم واما جناية البهيمة على جنسها فهي هدر لما روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم انه قال جرح العجما جبار اي هدر والعجما البهيمة والجناية
اذا هدرت سقط اعتبارها وصار الهلاك بها والهلاك بافة سماوية سوا
وكذلك جنايتها على خلاف جنسها هدر لعموم الحديث واما جناية بني ادم عليها فحكمها
وحكم جنايته على سائر بني ادم وعلى ساير الاموال سوا وقد بينا ذلك والله اعلم

فصل واما بيان ما يخرج به المرهون عن كونه مرهونا ويبطل الرهن بالاقالة
لانها فسخ العقد ونقضه والشي لا يبقى مع ما ينقضه الا انه لا يبطل بنفس الاقالة
من العاقدين ما لم يرد المرتهن الرد على الراهن بعد الاقالة حتى كان للمرتهن
حبسه بعد الاقالة لان العقد لا ينعقد في حق الحكم بدون القبض فلا ينفسخ
فسخه بدون فسخه ايضا وفسخه بالرد وعلى هذا يخرج ما اذا رهن عبدا يساوي
الفا بالف فقبضه المرتهن ثم جا الراهن بجارية وقال للمرتهن خذها مكان
الاول ورد العبد الي لا شك ان هذا جايز لان هذا اقالة العقد في الاول
وانشا العقد في الثاني وهما يملكان ذلك الا انه لا يخرج الاول عن ضمان الرهن
الا بالرد على الراهن حتى لو هلك في يده يهلك بالدين لما ذكرنا ان القبض في هذا
الباب يجري مجرى الركن حيث لا يثبت الضمان بدونه ولا يتم الفسخ بدون
نقض القبض وكذا لا يدخل الثاني في الضمان الا برد الاول حتى لو هلك في
يده قبل رد الاول يهلك امانة لان الراهن لم يرض برهنهما على الجميع وانما رضي
برهن احدهما حيث رهن الثاني وطلب رد الاول والاول كان مضمونا
بالقبض فما لم يخرج عن كونه مضمونا بنقض القبض فيه لا يدخل الثاني في الضمان
ولو هلكا جميعا في يد المرتهن سقط الدين بهلاك العبد وهلكت الجارية
بغير شي لانها امانة هلكت في يده فتهلك هلاك الامانات ولو قبض الراهن
العبد وسلم الجارية خرج العبد عن الضمان لانه خرج عن كونه مرهونا وصارت
الجارية مرهونة حتى لو هلكت تهلك بالدين لانه رهنها بالدين الذي كان
العبد مرهونا وصارت الجارية مرهونة حتى لو هلكت تهلك بالدين

به والعبد

به والعبد كان مضمونا بذلك الدين فكذا الجارية فان كانت قيمة العبد خمسماية وهو رهن
بالف وقيمة الجارية الف فهلكت تهلك بالالف لانه رهن الجارية بعقد على حدة فكانت
رهنا ابتدا الا ان شرط كونه مضمونا رد الاول لانه لم يرض برهنهما جميعا الا ان
يكون الثاني بدل بل هو مقصود بنفسه في كونه رهنا فكان المضمون قدر قيمته
لا قدر قيمة الاول ولو كانت قيمة العبد الفا وقيمة الجارية خمسماية فرد العبد
على الراهن وقبض الجارية فهي رهن بالف ولكنها ان هلكت تهلك بخمسماية لما ذكرنا
ان الثاني اصل بنفسه لكونه مرهونا بعقد على حدة فيعتبر في الضمان قدر قيمته
والله اعلم ولا يخرج بالاستيفا الدين حتى لو هلك في يد المرتهن بعد ما استوفى
ويخرج بالابرا عن الدين عند اصحابنا الثلاثة ويبطل الرهن خلافا لزفر والمسئلة
قد مرت في موضع اخر من هذا الكتاب ولا يخرج بالاعارة ويخرج بالاجارة بان
اجره الراهن من اجنبي باذن المرتهن او المرتهن باذن الراهن او استاجره
المرتهن ويبطل الرهن وقد ذكرنا الفرق بينهما فيما تقدم ويخرج بالكتابة والهبة
والصدقة اذا فعل احدهما باذن صاحبه ويخرج بالبيع بان باعه الراهن او
المرتهن باذن الراهن او باعه العدل لان ملك المرهون قد زال بالعين بالبيع
ولكن لا يبطل الرهن لانه زال الي خلف وهو الثمن فيبقى العقد عليه وكذا في
كل موضع خرج واحدث بدلا ويخرج بالاعتاق اذا كان المعتق موسرا بالاتفاق
وان كان معسرا فكذلك عندنا وعند الشافعي لا يخرج بنا على ان الاعتاق نافذ
عندنا وعنده لا ينفذ وجه قوله ان هذا اعتاق تضمن ابطال حق المرتهن
ولا شك انه تضمن ابطال حقه لان حقه متعلق بالرهن ويبطل بالاعتاق
وعصمة حقه تمنع من الابطال ولهذا لم ينفذ البيع كذا الاعتاق بخلاف ما
اذا كان الراهن موسرا لان هناك لم يوجد الابطال لانه يمكنه الوصول
الي دينه للحال من جهة الراهن ولنا ان اعتاقه صادف مرقوقا وهو مملوكه
رقبة فينفذ كاعتاق الابق والمستاجر ودلالة الوصف ظاهرة لان المرهون
مملوك للراهن عينا ورقبة ان لم تكن مملوكة يدا وحبسا وملك الرقبة
يكفي لنفاذ الاعتاق كما في اعتاق العبد المستاجر والابق قوله يبطل حق
المرتهن قلنا نعم لكن ضرورة بطلان ملك الراهن وذا لا يمنع النفاذ كما في موضع
الاجماع معما ان الثابت للراهن حقه حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق الحبس
ولا شك ان اعتبار الحقيقة اولي لانها اقوى بخلاف البيع لان نفاذه يعتمد
قيام ملك الرقبة واليد جميعا لان القدرة على تسليم المبيع شرط نفاذه
ولم يوجد في المرهون لانه في يد المرتهن واذا نفذ اعتاقه خرج العبد
عن كونه رهنا لانه صار حرا من كل وجه والحر من وجه وهو المدبر لا يصلح للرهن
فالحر من كل وجه اولي ولهذا لم يصلح رهنا في الابتدا فكذا في حالة البقا
ثم ينظر ان كان الراهن موسرا والدين حالا يجبر الراهن على قضايه لانه
لا معني لايجاب الضمان وكذلك اذا كان الدين موجلا وقد حل الاجل وان
كان لم يحل غرم الراهن قيمة العبد فاخذه المرتهن رهنا مكانه ولا سعاية
على العبد اما وجوب الضمان على الراهن فلانه ابطل على المرتهن حقه حقا
قويا هو في معنى الملك او هو ملكه من وجه لصيرورته مستوفيا دينه

والشي لا يبقى مع ما ينقضه

مقامه ص

من ماليته من وجه فجاز ان يكون مضمونا بالاتلاف واما كونه رهنا فلانه بدل
العبد وفي الحقيقة بدل ماليته فيقوم واذا حل الاجل ينظر ان كانت القيمة من جنس
الدين استوفي منها دينه فان كانت قيمته اكثر من الدين رد الفضل علي الراهن
وان كانت قيمته اقل من الدين رجع بفضل الدين علي الراهن وان كانت قيمته
من خلاف جنس الدين حبسها بالدين حتي يستوفي دينه واما عدم وجوب السعاية
علي العبد فلانه لم يوجد منه سبب وجوب الضمان وهو الاتلاف لان الاتلاف
وجد من الراهن لا من العبد ومواخذة الانسان بالضمان من غير مباشرة سببه
منه خلاف الاصل وكذلك لو كان الراهن موسرا وقت الاعتاق ثم اعسر بعد
ذلك لان العبرة لوقت الاعتاق لانه وقت مباشرة سبب وجوب الضمان وان
كان معسرا فللمرتهن ان يرجع بدينه علي الراهن ان شا وان شا استسعي العبد
في الاقل من قيمته ومن الدين ويعتبر في العبد ايضا اقل قيمته وقت الرهن
ووقت الاعتاق فيسعي في الاقل منهما ومن الدين حتي لو كان الدين الفين وقيمة
العبد وقت الرهن الفا فان زادت قيمته في يد المرتهن حتي يساوي الفين
ثم اعتقه الراهن وهو معسر سعي العبد في الف قدر قيمته وقت الرهن
ولو انتقصت قيمته حتي صار يساوي خمسماية سعي في خمسماية قدر قيمته
وقت الاعتاق اما اختيار الرجوع علي الراهن فلانه ابطل حقه بالاعتاق
واما ولاية استسعا العبد فلان بالرهن صارت مالية هذا العبد
مملوكة للمرتهن من وجه لانه صار مستوفيا لدينه من ماليته فاذا اعتقه
الراهن فقد صارت هذه المالية محتبسة عند العبد فوصلت الي العبد
بالاتلاف مالية مشغولة بحق المرتهن فكان للمرتهن ان يستخرجها منه ولا
يمكنه ذلك الا باستسعا العبد فله ان يستسعيه بخلاف حالة اليسار لان
الدين في الحقيقة علي الراهن وانما العبد جعل محلا لاستيفا الدين منه
عند تعذر الاستيفا من الراهن علي ما هو موضوع الرهن في الشرع ان الراهن
يومر بقضا الدين وعند التعذر يستوفي من الرهن كما قبل الاعتاق
والتعذر عند اعسار الراهن لا عند ايساره فيسعي في حالة الاعسار لا
في حالة الايسار وبخلاف العبد المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري
وهو مفلس انه لا يكون للبايع ولاية استسعا العبد بقدر الثمن وان كان
محبوسا قبل التسليم بالثمن كالمرهون محبوس بالدين لان العبد بنفس
البيع خرج عن ملك البايع من كل وجه فلم يوجد احتباس مالية مملوكة
للبايع عند العبد وانما للبايع مجرد حق الحبس فاذا خرج عن محلية العبد
الحبس بالاعتاق بطل حق الحبس اصلا وبقي حقه في مطالبة المشتري بالثمن
فحسب اما ههنا فبخلافه واما السعاية في الاقل من قيمته ومن الدين
فلما ذكرنا ان الاستسعا لمكان ضرورة المالية المملوكة للمرتهن من وجه
فيتقدر السعاية بقدر الاحتباس والله اعلم ثم اذا سعي العبد يرجع بما
سعي علي الراهن لانه قضي دين الراهن من خالص ملكه علي وجه الاضطرار
لان الشرع اوجب عليه السعاية والقاضي الزمه ومن قضي دين غيره
مضطرا من مال نفسه لا يكون متبرعا ويرجع عليه كالوارث اذا قضي دين

الميت

الميت من مال نفسه انه يرجع علي التركة كذا هذا فان بقي بعد السعاية شي من
الدين رجع المرتهن بذلك علي الراهن ولو نقص العبد في السعر قبل الاعتاق
ثم اعتقه بان كان الدين الفا وقيمة العبد يوم الرهن الفا فنقص في السعر
حتي عادت قيمته الي خمسماية ثم اعتقه الراهن وهو معسر وسعي في قدر قيمته
وقت الاعتاق وهو خمسماية فللمرتهن ان يرجع علي الراهن بخمسماية اخري لانه
لم يصل اليه من حقه الا قدر خمسماية فله ان يرجع عليه بالباقي ولو لم
ينقص العبد في السعر ولكنه قتله عبد يساوي ماية درهم فدفع مكانه
فاعتقه الراهن وهو معسر سعي في قيمته ماية درهم ويرجع بذلك علي الراهن
ويرجع المرتهن علي الراهن بتسعماية درهم لانه لما دفع به فقد قام مقام الاول
لحما ودما فصار رهنا بجميع المال كان الاول قايم وتراجع سعره الي ماية
فاعتقه الراهن وهو معسر ولو كان كذلك يسعي في قيمته وقت الاعتاق
ماية درهم ويرجع بذلك علي الراهن وكان للمرتهن ان يرجع ببقية دينه علي الراهن
كذا هذا والله اعلم ولو كان الرهن جارية تساوي الفا بالف فولدت ولدا
يساوي الفا فاعتقهما المولي وهو معسر سعيا في الف لان الضمان فيهما الف ولو
لم تلد ولكن قتلها عبد قيمته الفان فدفع بها ثم اعتقه المولي سعي في الف
درهم لانه كان مضمونا بهذا القدر لقيامه مقام المقتولة لحما ودما وهي كانت
مضمونة بهذا القدر كذا هذا والله اعلم ولو قال المولي لعبده رهنتك عند
فلان وكذبه العبد ثم اعتقه المولي وهو معسر فالقول قول المولي ولزمته
السعاية عند اصحابنا الثلاثة وقال زفر القول للعبد ولا سعاية عليه
وجه قوله ان المولي بهذا الاقرار يريد الزام السعاية علي العبد وقوله في
الزام السعاية عليه غير مقبول كما لو اقر بذلك عليه بعد الاعتاق ولنا انه اقر
بما يملك انشاه عليه للحال لثبوت الولاية له عليه للحال لوجود سبب الولاية
وهو الملك فيصح ولا يلتفت الي تكذيب العبد بخلاف ما بعد الاعتاق لان
هناك اقر بما لا يملك للحال انشاه لزوال الولاية بالاعتاق هذا اذا اعتقه
فاما اذا دبره فيجوز تدبيره ويخرج عن كونه رهنا اما جواز التدبير فلانه
يقف علي قيام ملك الرقبة لجواز الاعتاق وملك الرقبة قايم بعد الرهن واما
خروجه عن الرهن فلان المدبر لا يصلح رهنا لان كون المرهون مالا مطلقا
شرط جواز الرهن علي ما بينا فيما تقدم وبالتدبير خرج من ان يكون مالا
مطلقا فيخرج عن كونه رهنا ولهذا لم يصلح رهنا ابتدا فكذا في حالة البقا
وهل يسعي للمرتهن لا خلاف اذا كان معسرا يسعي واما اذا كان موسرا ذكر
الكرخي انه يسعي وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي انه لا يسعي وسوي
بين الرهن وبين الاعتاق وهو ان الدين ان كان حالا اخذ المرتهن جميع دينه
من الراهن وان كان موجلا اخذ قيمة العبد من الراهن ويكون رهنا
مكانه كما في الاعتاق وجه ما ذكره الكرخي ان الدين علي المولي وكسب المدبر
ملك المولي لان المدبر بالتدبير لم يخرج عن ملك المولي فكانت سعايته
مال المولي فكان صرف السعاية الي المرتهن قضا دين المولي من مال المولي
فيستوي فيه حالة الاعسار والايسار بخلاف كسب المعتق لانه كسب

الحرمن كل وجه وكسب الحرمن كل وجه ملكه فكانت السعاية ملكه والاصل ان لا
يومر الانسان بقضا دين غيره من مال نفسه الا عند العجز عن القضا بنفسه
فيتقيد بحالة العجز وهي حالة الاعسار وجه ما ذكره القاضي ان السعاية وان
كانت ملك المولي لكن لا صنع للعبد في اكتساب سبب وجوبها اذ لا صنع له في
التدبير بل هو فعل المولي ومهما امكن ايجاب على من وجد منه مباشرة سبب
وجوبه كان اولي من ايجابه على من لا صنع له فيه اصلا وراسا فان كان المولي موسرا
كان الامكان ثابتا فلا معني لايجاب السعاية على العبد والله اعلم ثم اذا سعي
في حالة الاعسار يسعي في جميع الدين بالغا ما بلغ لان السعاية مال المولي فكان
الاستسعي من المرتهن استيفا الدين من مال المولي فكان له ان يستوفيه بتمامه
سوا كان الدين حالا او موجلا لما قلنا وقيل ان كان الدين حالا فكذلك فاما اذا كان
موجلا فلا يسعي الا في قدر قيمته ويكون رهنا مكانه وهكذا ذكر القاضي في
شرحه مختصر الطحاوي ووجه الفرق على هذا القول ان الدين اذا كان حالا
كان واجب القضا للحال على سبيل التضييق وهو مال المولي فيقضي منه دينه
على الكمال واذا كان موجلا لا يجب قضاوه للحال اصلا او لا يجب على سبيل التضييق
الا ان الراهن بالتدبير فوت حق المرتهن فيجب اعادة حقه اليه بعوض يقوم
مقامه جبرا للفايت فيتقدر الجابر بقدر الفايت فيستسعيه في قدر قيمته
ويكون رهنا مكانه والله اعلم ولا يرجع المدبر بما سعي على الراهن بخلاف المعتق
فوقع الفرق بين التدبير والاعتاق في موضعين احدهما ان المدبر يسعي
في جميع الدين بالغا ما بلغ ولا ينظر الي القيمة والمعتق يسعي في الاقل من قيمته
ومن الدين والثاني ان المدبر لا يرجع بما سعي على المولي والمعتق يرجع والفرق
بينهما يرجع الي حرف واحد وهو ان سعاية المدبر ملك مولاه لكون المدبر
ملكه اذ الفايت بالتدبير ليس الا منفعة البيع فكان الاستسعا استيفا
الدين من مال المولي فله ان يستوفيه على التمام والكمال ولا يرجع بما سعي على
المولي لانه قضي دين المولي من مال المولي فكيف يرجع عليه بخلاف المعتق لان
سعايته ملكه على الخلوص لانه حر خالص الا انه لزمه السعاية لاستخراج
ملك المرتهن من وجه المحتبس عنده وهو مال فتتقدر السعاية بقدر
الاحتباس ويرجع بالسعاية على المولي اذا كان معسرا لانه قضا دينا واجبا
عليه من مال نفسه على سبيل الاضطرار وهذا يطلق الرجوع في الشرع على ما
بينا بخلاف المدبر والله اعلم وعلي ما ذكره الكرخي يقع الفرق بينهما في
ثالث ايضا وهو ان المدبر يسعي مع ايسار المولي والمعتق لا يسعي لا سعي
مع ايساره وقد بينا وجه ذلك فيما تقدم والله اعلم هذا اذا اعتق او
دبر فاما اذا استولد بان كان الرهن جارية فحبلت عند المرتهن فادعاه الراهن
فدعوته لا تخلو اما ان كانت قبل وضع الحمل واما ان كانت بعد وضعه فان
كانت قبل وضع الحمل صحت دعوته وثبت نسب الولد منه وصارت الجارية
ام ولد له وخرجت عن الرهن اما صحة الدعوة فلان الجارية ملكه من كل وجه
اولي وثبوت النسب حكم صحة الدعوة وصيرورة الجارية ام ولد له حكم ثبوت
النسب وخروج الجارية عن الرهن حكم الاستيلاد وهو صيرورتها ام ولد له

لان

لان ام الولد لا تصلح للرهن الا تري انها لا تصلح ابتدا فكذا في حالة البقا ولا سعاية
على الولد لانه صار حرا قبل الولادة فلم يدخل في الرهن فلا يثبت حكم الرهن فيه
واما الجارية فحكمها حكم العبد المرهون اذا دبره الراهن وقد بينا ذلك كله وان
كانت الجارية وضعت الحمل ثم ادعي الراهن الحمل صحت دعوته وثبت النسب
وصار حرا وصارت الجارية ام ولد له وخرجت من الرهن بما ذكرنا في الفصل الاول
الا ان هاهنا صار الولد حرا بعد ما دخل في الرهن وصارت له حصة من الرهن
فيقسم الدين عليهما على قدر قيمتهما الا ان قيمة الجارية تعتبر يوم الرهن
وقيمة الولد تعتبر يوم الدعوة فيكون حكم الجارية في حصتها من الدين حكم المدبر
في جميع الدين وقد بينا ذلك وحكم الولد في حصته من الدين حكم المعتق في جميع
ما ذكرنا وقد بينا ذلك الا ان هناك ينظر الي ثلثة اشيا الي قيمة العبد وقت الرهن
والي قيمته وقت الاعتاق والي الدين فيستسعي في الاقل من الاشيا الثلاثة
وهاهنا ينظر فقط الي قيمة الولد وقت الدعوة والي حصته من الدين فيسعي
في اقلهما اذا كان الراهن معسرا ويرجع بما سعي عليه والله اعلم **فصل** واما
حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل فنقول وبالله التوفيق اذا كان الدين
الف درهم فاختلف الراهن والمرتهن في قدر المرهون به فقال الراهن انه
رهن بخمسماية وقال المرتهن بالف فالقول قول الراهن مع يمينه لان المرتهن
يدعي على الراهن زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله ولو اقاما البينة
فالبينة بينة المرتهن لانها تثبت زيادة ضمان ولو قال الراهن رهنتك بجميع
الدين الذي لك علي وهو الف والرهن يساوي الفا وقال المرتهن ارتهنته
بخمسماية والرهن قايم فقد روي عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان
ويترادان لانهما اختلفا في قدر ما وقع عليه العقد وهو المرهون به فاشبه اختلاف
البايع والمشتري في مقدار الثمن وهناك يتحالفان ويترادان فكذا هاهنا فان
هلك الرهن قبل ان يتحالفا كان كما قال المرتهن لان الراهن يدعي عليه زيادة ضمان
وهو ينكر وان اتفقا على ان الرهن كان بالف واختلفا في قيمة الجارية فالقول
قول المرتهن لان الراهن يدعي عليه ضمانا وهو ينكر ولهذا كان القول قول الغاصب
في مقدار الضمان كذا هذا ولو اقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت
زيادة ضمان وكذلك لو كانا ثوبين هلك احدهما فاختلفا في قيمة الهالك ان
القول قول المرتهن في قيمة الهالك والبينة بينة الراهن في زيادة القيمة لما
قلنا وكذلك لو اختلفا في قدر الرهن فقال المرتهن رهنتني هذين الثوبين ٥
بالف درهم وقال الراهن رهنت احدهما بعينه يحلف كل واحد منهما على دعوي
صاحبه لانهما اختلفا في قدر المعقود عليه وانه يوجب التحالف كما في باب البيع
ولو اقاما البينة فالبينة بينة المرتهن هكذا ذكر في الاصل لانها تثبت زيادة
ضمان ولو قال الراهن للمرتهن هلك الرهن في يدك وقال المرتهن قبضته مني
بعد الرهن فهلك في يدك فالقول قول الراهن لانهما اتفقا على دخوله في
الضمان والمرتهن يدعي البراة والراهن ينكرها فكان القول قوله ولو اقاما
البينة فالبينة بينة الراهن ايضا لانها تثبت استيفا الدين وبينة المرتهن تنفي
ذلك فالمثبتة اولي ولو قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقبضه فالقول قوله

لان الراهن يدعي دخوله في الضمان وهو ينكر ولو اقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت الضمان ولو كان الراهن عبدا فاعور فاختلفا فقال الراهن كانت القيمة يوم الرهن الفا فذهب بالاعورار النصف خمسماية وقال المرتهن لا بل كانت قيمته يوم الرهن خمسماية وانما ازداد بعد ذلك فانما ذهب من حقي الربع مايتان وخمسون فالقول قول الراهن لانه يستدل بالحال على الماضي فكان الظاهر شاهدا له وان اقاما البينة فالبينة بينته ايضا لانها تثبت زيادة ضمان فكانت اولى بالقبول والله اعلم وان كان الدين ماية والرهن في يد عدل فباعه فاختلفوا فقال الراهن باعه بماية وقال المرتهن بخمسين ودفع الي وصدق العدل الراهن فالقول قول المرتهن مع يمينه لان المرهون خرج عن كونه مضمونا بنفسه لخروجه عن كونه رهنا بالبيع وتحول الضمان الى الثمن فالراهن يدعي تحول زيادة ضمان وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا اختلفا في مقدار قيمة الرهن بعد هلاكه وان اقاما البينة فالبينة بينة الراهن لانها تثبت زيادة ضمان وبينة المرتهن تنفي تلك الزيادة فالمثبتة اولى لان اتفاقهما على الرهن اتفاق منهما على الدخول في الضمان فالمرتهن بدعوى البيع يدعي خروجه عن الضمان وتحول الضمان الى الثمن والراهن ينكر فكان القول قوله مع يمينه وكذلك قال ابو حنيفة رحمه الله اذا كان الرهن مثل الدين في القيمة والمرتهن مسلط على بيعه بان ادعى انه باعه بمثل الثمن وهو الف فالقول قوله وان قال بعته بتسعماية لم يقبل قوله فصار كانه ضاع ولا يرجع على الراهن بالنقصان الى ان يجئ ببينته او يصدقه لما ذكرنا انه كان مضمونا فلا يقبل قوله في انتقال الضمان وكذلك العدل الا اذا قال بعت بتسعماية ولا يعلم الا بقوله لم يكن على العدل الا تسعماية ويصير الرهن ذاهبا بما فيه ولا يرجع المرتهن على الراهن بالماية المفاضلة لان قول العدل مقبول في براة نفسه غير مقبول في اسقاط الضمان عن بعض ما تعلق به ولا في الرجوع على الراهن وذكر في الاصل اذا كان المرتهن مسلطا على البيع فاقام بينة انه باع بتسعماية واقام الراهن بينة انه مات في يد المرتهن وقال ابو يوسف يوخذ ببينة الراهن وجه قوله ان بينة الراهن تثبت زيادة ضمان بنفيها بينة المرتهن فكانت المثبتة اولى وجه رواية الاصل ان بينة المرتهن تثبت امرا لم يكن وهو تحول الضمان من العين الى الثمن وبينة الراهن تقرر ضمانا كان ثابتا قبل الموت فكانت المثبتة اولى والله اعلم بالصواب

كتاب المزارعة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع • في بيان معنى المزارعة لغة وشرعا • وفي بيان انها مشروعة ام لا • وفي بيان ركن المزارعة • وفي بيان الشرايط المصححة للركن والمفسدة • وفي بيان حكم المزارعة الصحيحة • وفي بيان حكم المزارعة الفاسدة • وفي بيان ما هو عذر في فسخ المزارعة • وفي بيان ما يبطل به عقد المزارعة وفي حكمه اذا بطل • اما الاول فالمزارعة في اللغة مفاعلة من الزرع وهو الاثبات المضاف الى العبد وفعل اجري الله العادة بحصول النبات عقيبه لا بتخليقه وايجاده وفي عرف الشرع عبارة عن العقد على المزارعة ببعض الخارج وشرايطه الموضوعة له شرعا فان قيل باب المزارعة من باب المفاعلة فيقتضي وجود الفعل من اثنين كالمقابلة والمضاربة

ونحوهما

ونحوهما وفعل الزرع يوجد من العامل دون غيره بدليل انه يسمى هو مزارعا دون رب الارض والبذر ومن لا عمل له من جهته فكيف سمي هذا العقد مزارعة فالجواب من وجهين احدهما ان المفاعلة جاز ان يستعمل فيما لا يوجد الفعل الا من واحد كالمداواة والمعالجة مع ان الفعل لا يوجد الا من الطبيب والمعالج قال الله تعالى قاتلهم الله انى يوفكون ولا احد يقصد مقاتلة الله تعالى فكذلك المزارعة جاز ان تكون كذلك والثاني ان كان اصل الباب ما ذكر فقد وجد الفعل هنا من اثنين لان المزارعة مفاعلة من الزرع والزرع هو الاثبات لغة وشرعا والاثبات المتصور من العبد هو التسبيب لحصول النبات وفعل التسبيب وجد من كل واحد منهما الا ان التسبيب من احدهما بالعمل ومن الاخر بالتمكين من العمل باعطا الالات والاسباب التي لا يحصل العمل بدونها عادة فكان كل واحد منهما مزارعا حقيقة لوجود فعل الزرع منه بطريق التسبيب الا انه اختص العامل بهذا الاسم في العرف ومثل هذا جايز كاسم الدابة ونحو ذلك على ما عرف في اصول الفقه

فصل واما شرعية المزارعة فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة انها غير مشروعة وبه اخذ الشافعي وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله انها مشروعة وجه قولهما ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع نخل خيبر معاملة وارضها مزارعة وادنى درجات فعله عليه الصلاة والسلام الجواز وكذا هو شريعة متوارثة لتعامل السلف من غير انكار وجه قول ابي حنيفة ان عقد المزارعة عقد استيجار ببعض الخارج وانه منهي عنه بالنص والمعقول اما النص فما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لرافع ابن خديج رضي الله عنه في حايطه لا تستاجره بشي منه وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن قفيز الطحان والاستيجار ببعض الخارج في معنى قفيز الطحان والمنهي غير مشروع واما المعقول فهو ان الاستيجار ببعض الخارج من النصف والثلث والربع ونحو ذلك استيجار ببدل مجهول وانه لا يجوز كما في الاجارة وبه تبين ان حديث خيبر محمول على الجزية دون المزارعة صيانة لدلايل الشرع عن التناقض والدليل عليه انه لا يمكن حمله على المزارعة انه صلى الله عليه وسلم قال فيه اقركم ما اقركم الله تعالى وهذا منه صلى الله عليه وسلم تجهيل للمدة وجهالة المدة تمنع صحة المزارعة بلا خلاف بقي ترك الانكار على التعامل وذا يحتمل ان يكون للجواز ويحتمل ان يكون لكونه محل الاجتهاد فلا يدل على الجواز مع الاحتمال والله اعلم

فصل واما ركن المزارعة فهو الايجاب والقبول وهو ان يقول صاحب الارض للعامل دفعت اليك هذه الارض مزارعة بكذا ويقول العامل قبلت او رضيت او ما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجدا تم العقد بينهما والله اعلم

فصل واما الشرايط فهي في الاصل نوعان شرايط مصححة للعقد على قول من يجيز المزارعة وشرايط مفسدة له اما المصححة فانواع بعضها يرجع الى المزارع وبعضها يرجع الى ما عقد عليه المزارعة وبعضها يرجع الى الزراعة وبعضها يرجع الى الخارج من الزرع وبعضها يرجع الى المزروع فيه وبعضها يرجع الى المزروع وبعضها يرجع الى مدة الزراعة • اما الذي يرجع الى المزارع فنوعان احدهما ان يكون

عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة دفعا واخذا
لان العقل شرط اهلية التصرفات اما البلوغ فليس بشرط لجواز المزارعة حتى
تجوز مزارعة الصبي الماذون دفعا واخذا لان المزارعة استيجار ببعض
الخارج والصبي الماذون يملك الاجارة لانها تجارة فيملك المزارعة وكذا
الحرية ليست بشرط لصحة المزارعه فتصح المزارعة من العبد الماذون دفعا
واخذا لما ذكرنا في الصبي الماذون والثاني ان لا يكون مرتدا على قياس قول
ابي حنيفة في قياس قول من اجاز المزارعة فلا تنفذ مزارعته للحال بل هي
موقوفة وعندهما هذا ليس بشرط لجواز المزارعة ومزارعة المرتد نافذة
للحال وبيان ذلك انه اذا دفع المرتد ارضا الي رجل مزارعة بالنصف او بالثلث
او بالربع فعمل الرجل واخرجت الارض زرعا ثم قتل المرتد او مات على الردة او لحق
بدار الحرب وقضي بلحاقه بدار الحرب فهذا على وجهين اما ان دفع الارض والبذر
جميعا مزارعة او دفع الارض دون البذر فان دفعهم جميعا مزارعة فالخارج
كله للزارع ولا شي لورثة المرتد لان مزارعته كانت موقوفة فاذا مات
او لحق تبين انه لم يصح اصلا فصار كان العاقل بذر ارضه ببذر مغصوب ومن
غصب من اخر وبذر به ارضه فاخرجت كان الخارج له دون صاحب البذر وعلى
العامل مثل ذلك البذر لانه مغصوب استهلكه وله مثل فيلزمه مثل ثم ينظر
ان كانت الارض نقصتها المزارعة فعليه ضمان النقصان لانه اتلف مال الغير
بغير اذنه فيجب عليه الضمان ويتصدق بما وراء قدر البذر ونقصان الاجر
لانه حصل بسبب خبيث فكان سبيله التصدق وان كانت لم تنقصها فلا
ضمان عليه لانعدام الاتلاف وان اسلم فالخارج بينهما على الشرط سوا اسلم
قبل ان يستحصد الزرع او بعد ما استحصد لانه لما اسلم لما تبين ان المزارعة
وقعت صحيحة وعند ابي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كيف ما كان لان تصرفات
المرتد نافذة عندهما بمنزلة تصرفات المسلم فتكون حصته له فاذا مات
ولحق بدار الحرب يكون لورثته وان دفع اليه الارض دون البذر فالخارج
له ايضا لانه لما ظهر انه لم تصح صار كانه غصب ارضا وبذرها ببذر نفسه
فاخرجت ولو كان كذلك كان الخارج له كذا هاهنا الا انه ياخذ من ذلك قدر
بذره ونفقته وضمان النقصان ان كانت المزارعة نقصتها ويتصدق بالفضل
لما ذكرنا وان كانت لم تنقصها فقياس قول ابي حنيفة على قياس قول من اجاز
المزارعة ان يكون الخارج كله للعامل ولا يلزمه نقصان الارض ولا غيره
وفي الاستحسان الخارج بين العامل وبين ورثة المرتد على الشرط وجه
القياس ما ذكرنا انه يصير بمنزلة الغاصب ومن غصب من اخر ارضا
فزرعها ببذر نفسه ولم تنقصها المزارعة كان الخارج كله له ولا يلزمه شي
كذلك هاهنا وجه الاستحسان ان انعدام تصرف المرتد بعد الموت
واللحاق ليس لمكان انعدام اهليته لان الردة لا تنافي عماد الاهلية بل التعلق
حق ورثته بماله لوجود امارة الاستغنا بالردة لان الظاهر انه لا يسلم
بل يقتل او يلحق بدار الحرب فيستغني عن ماله فيثبت التعلق نظرا لهم ونظرهم
هاهنا في تصحيح التصرف لا في ابطاله ليصل اليهم شي فاشبه العبد المحجور اذا

اجر نفسه وسلم من العبد انه لا يبطل تصرفه بل يصح وتجب الاجرة لان الحكم
ببطلان تصرفه لنظر المولى ونظره هاهنا في التصحيح دون الابطال كذلك هاهنا وان
اسلم المرتد فالخارج على الشرط سوا اسلم قبل انقضا المزارعة او بعد انقضايها
نقصت الزراعة الارض او لم تنقصها لما ذكرنا في الوجه الاول وعلى قولهما الخارج
على الشرط كيف ما كان اسلم او قتل او لحق لان تصرفاته نافذة بمنزلة تصرفات
المسلم هذا اذا دفع مرتد ارضه مزارعة الي مسلم فاما اذا دفع مسلم ارضه
مزارعة الي مرتد فهذا على وجهين اما ان دفع الارض والبذر جميعا او دفع
الارض دون البذر فان دفعهما جميعا مزارعة فعمل المرتد فاخرجت الارض
زرعا كثيرا ثم قتل المرتد او مات او لحق بدار الحرب فالخارج كله بين المسلم
وبين ورثة المرتد على الشرط بلا خلاف لانعدام صحة تصرف المرتد لا لعين
ردته بل لتضمنه ابطال حق الورثة لتعلق حقهم بماله على ما مر وعمل المرتد
هاهنا ليس تصرفا في ماله بل على نفسه بايفا المنافع ولا حق لورثته في نفسه
فصحت مزارعته فكان الخارج على الشرط المذكور وان دفع الارض دون البذر
فعمل المرتد واخرجت الارض زرعا ففي قياس قول ابي حنيفة على قياس قول
من اجاز المزارعة ان الخارج كله لورثة المرتد ولا يجب نقصان الارض لان
عنده تصرفات المرتد موقوفة غير نافذة للحال فلم تنفذ مزارعته فكان
الخارج حادثا على ملكه لكونه نما ملكه فكان لورثته وفيه اشكال وهو ان
هذا الخارج من اكساب ردته وكسب الردة فيء عند ابي حنيفة فكيف يكون
لورثته والجواب انه حين بذر كان حق الورثة متعلق ببذره متعلقا بالبذر
لما مر من قبل فالحاصل منه يحدث على ملكهم فلا يكون كسب الردة ولا يجب نقصان
الارض لان ضمان النقصان يعتمد نقصان العين ولم يوجد اذ المزارعة حصلت
باذن المالك وعند ابي يوسف ومحمد الخارج على الشرط كما اذا كان مسلما لما ذكرنا
وان اسلم فالخارج على الشرط بلا خلاف سوا اسلم قبل ان يستحصد او بعد
ما استحصد لما ذكرنا هذا اذا كانت المزارعة بين مسلم ومرتد واما اذا
كانت بين مسلمين ثم ارتدا او ارتد احدهما فالخارج على الشرط بلا خلاف
لانه لما كان مسلما وقت العقد صح التصرف فاعتراض الردة عليه بعد ذلك
لا تبطله واما المرتدة فتصح مزارعتها دفعا واخذا بالاجماع لان تصرفاتها
نافذة بمنزلة تصرفات المسلمة فتصح المزارعة منها دفعا واخذا بمنزلة
مزارعة المسلمة والله اعلم **فصل** واما الذي يرجع الي الزرع فنوع واحد
وهو ان يكون معلوما بان يبين ما يزرع لان حال المزروع فيه يختلف
باختلاف الزرع بالزيادة والنقصان فرب زرع يزيد في الارض ورب
زرع ينقصها وقد يقل النقصان وقد يكثر فلا بد من البيان ليكون لزوم
الضرر مضافا الي التزامه الا اذا قال له ازرع فيها ما شيت فيجوز له ان
يزرع فيها ما شا لانه لما فوض اليه فقد رضي بالضرر الا انه لا يملك الغرس لان
الداخل تحت العقد الزرع دون الغرس والله اعلم **فصل** واما الذي يرجع
الي الزرع فهو ان يكون قابلا لعمل الزراعة وهو ان يوثر فيه العمل بالزيادة
بمجرى العادة لان ما لا يوثر فيه العمل بالزيادة عادة لا يتحقق فيه عمل الزراعة

حتى لو دفع ارضا فيها زرع قد استحصد مزارعة لم يجز كذا قالوا لان الزرع اذا
استحصد لا يوثر فيه عمل المزارعة بالزيادة فلا يكون قابلا لعمل المزارعة
فصل واما الذي يرجع الي الخارج من الزرع فانواع منها ان يكون مذكورا في
العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد لان المزارعة استيجار والسكوت
عن ذكر الاجرة يفسد الاجارة ومنها ان يكون لهما حتى لو شرطا ان يكون الخارج
لاحدهما يفسد العقد لان معنى الشركة لازم هذا العقد وكل شرط يكون
قاطعا للشركة يكون مفسدا للعقد ومنها ان تكون حصة كل واحد من المزارعين
بعض الخارج حتى لو شرطا ان يكون من غيره لا يصح العقد لان المزارعة استيجار
ببعض الخارج به ينفصل عن الاجارة المطلقة ومنها ان يكون ذلك البعض
من الخارج معلوم القدر من النصف والثلث والربع ونحو ذلك لان ترك
التقدير يودي الي الجهالة المفضية الي المنازعة ولهذا شرط بيان مقدار
الاجرة في الاجارات كذا هاهنا ومنها ان يكون جزوا شايعا من الجملة حتى لو
شرطا لاحدهما قفزانا مسماة لا يصح العقد لان المزارعة فيها معنى الاجارة
والشركة تنعقد ثم تتم شركة اما معنى الاجارة فلان الاجارة تمليك
المنفعة بعوض والمزارعة كذلك لان البذر ان كان من رب الارض فالعامل
يملك منفعة نفسه من رب الارض بعوض وهو نما بذره وان كان البذر
من قبل العامل فرب الارض يملك منفعة ارضه من العامل بعوض وهو
نما بذره فكانت المزارعة استيجارا اما للعامل واما للارض لكن ببعض
الخارج واما معنى الشركة فلان الخارج يكون مشتركا بينهما على الشرط المذكور
واذا ثبت ان معنى الاجارة والشركة لازم هذا العقد فاشتراط جزو معلوم
ينفي لزوم معنى الشركة لاحتمال ان الارض لا تخرج زيادة على القدر المعلوم
ولهذا اذا شرط في المضاربة سهم معلوم من الربح لا يصح كذا هاهنا وكذا اذا
شرط جزا شايعا وشرط معه زيادة اقفزة معلومة لا يصح لما قلنا وعلى
هذا اذا شرط احدهما البذر لنفسه وان يكون الباقي بينهما لا تصح المزارعة
لجواز ان لا تخرج الارض الا قدر البذر فيكون كل الخارج له فلا يوجد معنى
الشركة ولهذا ولان هذا في الحقيقة شرط قدر البذر ان يكون له لا عين
البذر لان عينه تهلك في التراب وذا لا يصح لما ذكرنا وهذا بخلاف المضاربة
ان قدر راس المال يرفع ويقسم الباقي على الشرط لان المضاربة تقتضي
الشركة في الربح فاما المزارعة فتقتضي الشركة في كل الخارج واشتراط قدر
معلوم من الخارج يمنع تحقق الشركة في كله وهو الفرق بين الفصلين
وكذلك اذا شرطا ما على الماذيانات والسواقي لا يصح لان ما على الماذيانات
والسواقي شي معلوم فشرطه يمنع لزوم الشركة في العقد وقد روي انهم
كانوا يشترطون في عقد المزارعة لاحدهما ما على الماذيانات والسواقي فلما
بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ابطله فصل واما الذي يرجع الي المزروع
فيه وهو الارض فانواع منها ان تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة
او نزة لا يجوز العقد لان المزارعة عقد استيجار لكن ببعض الخارج والارض
السبخة والنزة لا تجوز اجارتها فلا تجوز مزارعتها فاما اذا كانت صالحة

للزراعة في المدة لكن لا يمكن زراعتها وقت العقد لعارض من انقطاع الما
وزمان الشتا ونحو ذلك من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز
مزارعتها كما يجوز اجارتها ومنها ان تكون معلومة فان كانت مجهولة لا تصح المزارعة
لانه يودي الي المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على ان ما زرع منها حنطة فكذا
او ما زرع منها شعيرا فكذا يفسد العقد لان المزروع فيه مجهول لان كلمة
من للتبعيض فيقع على بعض الارض وانه غير معلوم وكذلك لو قال على ان
تزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا لان التنصيص تنصيص على التجهيل
ولو قال على ان ما زرع فيها حنطة فكذا او ما زرع فيها شعيرا فكذا جاز لانه
جعل الارض كلها ظرفا لزرع الحنطة او لزرع الشعير فانعدم التجهيل
ولو قال على ان ما زرع منها بغير كراب فكذا ذكر في الاصل انه جايز وهذا
مشكل لان المزروع فيه من الارض مجهول فاشبه ما اذا قال ما زرع منها
حنطة فكذا وما زرع منها شعيرا فكذا وبعضهم اشتغلوا بتصحيح جواب
الكتاب والفرق بين الفصلين على لم يتضح ولو قال ان زرع حنطة فكذا
وان زرع سمسما فكذا ولم يذكر منها فهو جايز لانعدام جهالة المزروع فيه
وجهالة الزرع للحال ليس بضاير لانه فوض الاختيار اليه فاي ذلك
اختاره يتعين ذلك للعقد باختياره فعلا كما قلنا في الكفارات الثلاث ولو
زرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا جاز لانه لو زرع الكل حنطة او الكل شعيرا
فاذا زرع البعض حنطة والبعض شعيرا اولي ومنها ان تكون مسلمة الي
العامل مخلاة وهو ان يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض وبين
العامل حتى لو شرط العمل على رب الارض لا تصح المزارعة لانعدام التخلية وكذا
اذا شرط عملهما جميعا لما قلنا ولهذا اذا شرط رب المال في عقد المضاربة
العمل مع المضارب لا تصح المضاربة لانه شرط يمنع وجود ما هو شرط
لصحة العقد وهو التخلية فيمنع التخلية كذا هذا وعلى هذا اذا دفع ارضا
وبذرا وبقرا على ان يعمل العامل وعبد رب الارض وللعامل الثلث
ولرب الارض الثلث ولعبده الثلث فهو جايز لان صاحب الارض صار
مستاجرا للعامل ببعض الخارج الذي هو نما ملكه فصح وشرط العمل على عبده
لا يكون شرطا على نفسه لان العبد الماذون له يد نفسه على كسبه لا يد
النيابة عن مولاه فيصير بمنزلة الاجنبي فلا يمنع تحقق التخلية فلا يمنع
الصحة ويكون نصيب العبد لمولاه وان كان البذر من العامل لا تصح المزارعة
لانه يصير مستاجرا الارض والبقر والعبد ببعض الخارج الذي هو نما
ملكه واذا لا تصح على ما ذكر ويكون الخارج له وعليه اجر مثل الارض والبقر والعبد
لان هذا حكم المزارعة الفاسدة على ما نذكر في موضعه وكذلك لو كان شرط
عمل رب الارض مع ذلك كان له اجر مثل عمله لان هذا شرط مفسد للعقد
والله اعلم فصل واما الذي يرجع الي المعقود عليه المزارعة فهو ان يكون
المعقود عليه المزارعة مقصودا من حيث انها اجارة احد امرين اما
منفعة العامل بان كان البذر من قبل رب الارض واما منفعة الارض بان كان
البذر من العامل لان البذر اذا كان من قبل رب الارض يصير مستاجرا للعامل

واذا كان من قبل العامل يصير مستاجرا للارض واذا اجتمعا في الاستيجار فسدت
المزارعة فاما منفعة البقر فان حصلت تابعة صحت المزارعة وان حصلت مقصودة
فسدت وبيان هذه الجملة ببيان انواع المزارعة فنقول وبالتوفيق المزارعة انواع
منها ان يكون الارض والبذر والبقر والالة من جانب والعمل من جانب وهذا جايز
لان صاحب الارض يصير مستاجرا للعامل لاغير ليعمل له في ارضه ببعض الخارج الذي
هو نما ملكه وهو البذر ٭ ومنها ان تكون الارض من جانب والباقي كله من جانب
وهذا جايز ايضا لان العامل يصير مستاجرا للارض لاغير ببعض الخارج الذي هو نما
ملكه وهو البذر ٭ ومنها ان يكون الارض من جانب والبقر والالة والعمل من
جانب وهذا ايضا جايز لان هذا استيجار للعامل لاغير مقصودا فاما البقر فغير
مستاجر مقصودا بمقابلته شي ولا له قسط من العوض وهو الاجرة بل هي تابعة
للمعقود عليه وهو منفعة العامل لانه الة العمل فلا يقابله شي كمن استاجر خياطا ليخاط بابرة
نفسه جاز ولا يقابلها شي من الاجرة لانه لما كان تابعا للمعقود عليه فكان جاريا مجرى
الصفة للعمل كان العقد عقدا على عمل جيد والاوصاف لا قسط لها من العوض فامكن
ان ينعقد اجارة ثم يتم شركة بين منفعة الارض وبين العامل ٭ ومنها ان تكون
الارض والبقر من جانب والبذر والعامل من جانب وهذا لا يجوز في ظاهر الرواية
وروي عن ابي يوسف انه يجوز وجه قوله انه لو كان الارض والبذر من جانب جاز
وجعلت منفعة البقر تابعة لمنفعة العامل فكذا اذا كان الارض والبقر من جانب
يجب ان يجوز وجعل منفعة البقر تابعة لمنفعة الارض وجه ظاهر الرواية ان العامل
هاهنا يصير مستاجرا للارض والبقر جميعا مقصودا ببعض الخارج لانه لا يمكن
تحقيق معنى التبعية هاهنا لاختلاف جنس المنفعة لان منفعة البقر ليست من
جنس منفعة الارض فبقيت اصلا بنفسها فكان استيجار البقر ببعض الخارج لا
يجوز لوجهين احدهما ما ذكرنا ان المزارعة تنعقد اجارة ثم تتم شركة ولا يتصور
انعقاد الشركة بين منفعة البقر وبين منفعة العامل بخلاف الفصل الاول لانه
يتصور انعقاد الشركة بين منفعة الارض وبين منفعة العامل والثاني ان جواز
المزارعة ثبت بالنص مخالفا للقياس لان الاجرة معدومة وهي مع انعدامها مجهولة
فيقتصر جوازها على المحل الذي ورد النص فيه وذلك فيما اذا كانت الالة تابعة
فاذا جعلت مقصودة ترد الى القياس ٭ ومنها ان يكون البذر والبقر من جانب
والارض والعمل من جانب وهذا لا يجوز ايضا لان صاحب البذر يصير مستاجرا
الارض والعامل جميعا ببعض الخارج والجمع بينهما يمنع صحة المزارعة ٭ ومنها
ان يكون البذر من جانب والباقي كله من جانب وهذا لا يجوز ايضا لما قلنا وروي عن
ابي يوسف في هذين الفصلين ايضا انه يجوز لان استيجار كل واحد منهما جايز
عند الانفراد فكذا عند الاجتماع والجواب ما ذكرنا ان الجواز كان على خلاف القياس
ثبت عند الانفراد فبقي حالة الاجتماع على اصل القياس وطريق الجواز في هذين
الفصلين بالاتفاق ان ياخذ صاحب البذر الارض مزارعة ثم يستعير من صاحبها
ليعمل له فيجوز والخارج بينهما يكون على الشرط ٭ ومنها ان يشترك جماعة من احدهم
الارض ومن الاخر البذر ومن الاخر البقر ومن الرابع العمل وهذا لا يجوز ايضا
وفي عين هذا ورد الخبر بالفساد فانه روي ان اربعة اشتركوا على عهد رسول الله

صلى الله

صلى الله عليه وسلم على هذا الوجه فابطل مزارعتهم وعلى قياس ما روي عن ابي يوسف
يجوز ٭ ومنها ان تشترط في عقد المزارعة ان يكون بعض البذر من احدهما
والبعض من الاخر وهذا لا يجوز لان كل واحد منهما يصير مستاجرا صاحبه في
قدر بذره فيجتمع استيجار الارض والعامل من جانب واحد وانه مفسد ٭ ومنها
ان تكون الارض من جانب والبذر والبقر من جانب دفع صاحب الارض ارضه
اليه على ان يزرعها ببذره ويقرة مع هذا الرجل الاخر على ان ما خرج من شي فثلثه
لصاحب الارض وثلثاه لصاحب البذر والبقر وثلثه لهذا لذلك العامل وهذا
صحيح في حق صاحب الارض والعامل الاول فاسد في حق العامل الثاني فيكون ثلث
الخارج لصاحب الارض وثلثاه للعامل الاول وللعامل الثاني اجر مثل عمله وكان
ينبغي ان تفسد المزارعة في حق الكل لان صاحب البذر وهو العامل الاول جمع
بين استيجار الارض والعامل وقد ذكرنا ان الجمع مفسد للعقد لكونه مورد خلاف
الشرع بالمزارعة ومع ذلك حكم بصحتها في حق صاحب الارض والعامل الاول وانما
كان كذلك لان العقد فيما بين صاحب الارض والعامل الاول وقع استيجارا للارض
لاغير وانه صحيح وفيما بين العاملين وقع استيجارا للارض والعامل جميعا وانه غير صحيح
ويجوز ان يكون العقد الواحد له جهات جهة الصحة وجهة الفساد خصوصا
في حق شخصين فيكون صحيحا في حق احدهما فاسدا في حق الاخر ولو كان البذر في
هذه المسالة من صاحب الارض صحت المزارعة في حق الكل والخارج بينهم على الشرط
لان صاحب البذر في هذه الصورة يصير مستاجرا للعاملين جميعا والجمع بين
استيجار العاملين لا يقدح في صحة العقد واذا صح العقد كان الخارج على الشرط

فصل واما الذي يرجع الى الة الزراعة فهو ان يكون البقر في العقد تابعا فان
جعل مقصودا في العقد تفسد المزارعة وقد مر بيانه في الفصل المتقدم
والله اعلم

فصل واما الذي يرجع الى مدة المزارعة فهو ان تكون المدة معلومة
فلا تصح المزارعة الا بعد بيان المدة لانها استيجار ببعض الخارج ولا تصح الاجارة
مع جهالة المدة وهذا هو القياس في المعاملة ان لا يصح الا بعد بيان المدة
لانها استيجار العامل ببعض الخارج فكانت اجارة بمنزلة الزراعة الا انها
جازت في الاستحسان لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ويقع على اول جزء
يخرج من الثمرة في اول السنة ولان وقت ابتداء المعاملة معلوم فاما وقت
ابتداء المزارعة فمتفاوت حتى انه لو كان في موضع لا يتفاوت يجوز من غير بيان
المدة وهو اول زرع يخرج كذا قاله محمد بن سلمة ان بيان المدة في ديارنا ليس
بشرط كما في المعاملة

فصل واما الشرايط المفسدة للزراعة فانواع وقد
دخل بعضها في بيان الشرايط المصححة منها شرط كون الخارج لاحدهما لانه شرط
يقطع الشركة التي هي من معاني العقد ومنها شرط العمل على صاحب الارض لان
ذلك يمنع التسليم وهو التخلية ومنها شرط البقر عليه لان جعل منفعة البقر
معقودا عليها مقصودا في باب المزارعة ولا سبيل اليه ومنها شرط العمل والارض
جميعا من جانب واحد لان ذلك خلاف مورد الشرع الذي هو خلاف القياس
على ما مر في الفصول المتقدمة ومنها شرط الحمل والحفظ على المزارع بعد القسمة
لانه ليس من عمل المزارعة ومنها شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس

والتذرية لان الزرع لا يحتاج لا عليه اذ لا يتعلق به صلاحه والاصل ان كل عمل يحتاج اليه الزرع قبل تناهيه وادراكه وجفافه مما يرجع الى اصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الانهار وتسوية المسنيات ونحوها فعلى المزارع لان ما هو المقصود من الزرع وهو النماء لا يحصل بدونه عادة فكان من توابع المعقود عليه فكان من عمل المزارعة فيكون من عمل المزارع وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وادراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص الحب وتنقيته يكون بينهما على شرط الخارج لانه ليس من عمل المزارعة ولهذا قالوا لو دفع ارضا مزارعة وفيها زرع قد استحصد لا يجوز لانقضاء وقت المزارعة اذ العمل فيه بعد الادراك مما يزيده وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحراز المقسوم فعلى كل واحد منهما في نصيبه لان ذلك مؤنة ملكه فيلزمه دون غيره وروي عن ابي يوسف انه اجاز شرط الحصاد ورفع البيدر والدياس والتذرية على المزارع للتعامل وبعض مشايخنا بما وراء النهر يفتون به ايضا وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان والجذاذ في باب المعاملة لا يلزم العامل بلا خلاف اما في ظاهر الرواية فلا يشكل واما على رواية ابي يوسف فلانعدام التعامل فيه ولو باع الزرع قصيلا فاجمعا على ان يقصلاه كان القصل على كل واحد منهما قدر حصته لانه بمنزلة الحصاد ومنها شرط التبن لمن لا يكون البذر من قبله ومن جملته ان هذا لا يخلو من ثلاثة اوجه اما ان شرطا ان يكون التبن بينهما او سكتا عنه او شرطا ان يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطا ان يكون بينهما لا شك انه يجوز لانه شرط مقرر معنى العقد لان الشركة في الخارج من معاني هذا العقد على ما مر وان سكتا عنه يفسد عند ابي يوسف وعند محمد يكون لصاحب البذر منهما وذكر الطحاوي ان محمدا رجع الى قول ابي يوسف وجه قول محمد ان صاحب البذر يستحقه ببذره لا بالشرط فكان شرط التبن والسكوت عنه بمنزلة واحدة وجه قول ابي يوسف ان كل واحد منهما اعني الحب والتبن مقصود من العقد فكان السكوت عن التبن بمنزلة السكوت عن الحب وذا مفسد بالاجماع فكذا هذا وان شرطا ان يكون لاحدهما دون الآخر فان شرطاه لصاحب البذر جاز ويكون له لان صاحب البذر يستحقه من غير شرط لكونه نماء ملكه فالشرط لا يزيده الا تاكيدا وان شرطاه لمن لا بذر من قبله فسدت المزارعة لان استحقاق صاحب البذر التبن بالبذر لا بالشرط لانه نماء ملكه ونماء ملك الانسان ملكه فصار شرط كون التبن لمن لا بذر من قبله بمنزلة شرط كون الحب له وذا مفسد كذا هذا ومنها ان يشترط صاحب الارض على المزارع عملا يبقى اثره ومنفعته بعد مدة المزارعة كبناء الحائط والسرقنة واستحداث حفر النهر ووضع المسناة ونحو ذلك مما يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء المدة لانه شرط لا يقتضيه واما الكراب فلا يخلو في الاصل من وجهين اما ان شرطاه

في العقد واما ان سكتا عنه فان سكتا عنه هل يدخل تحت عقد المزارعة حتى يجبر المزارع لو امتنع فسنذكره في حكم المزارعة الصحيحة ان شاء الله تعالى وان شرطاه في العقد فلا يخلو ايضا من وجهين اما ان شرطاه في العقد مطلقا عن صفة التثنية واما ان شرطاه مقيدا بها فان شرطاه مطلقا عن الصفة فقال بعضهم انه يفسد العقد لان اثره يبقى الى ما بعد المدة وقال عامتهم لا يفسد وهو الصحيح لان الكراب بدون التثنية مما يبطله السقي على وجه لا يبقى له اثر ومنفعة بعد المدة فلم يكن شرطه مفسدا للعقد وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية اما ان تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكروبة وهذا شرط مفسد لا شك فيه لما ذكرنا انه شرط عمل ليس هو من عمل المزارعة في هذه السنة واما ان يكون عبارة عن فعل الكراب مرتين قبل الزراعة وانه عمل يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان في موضع لا يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسدا حتى انه لو كان في موضع لا يفسد كذا قال بعض اصحابنا ولو دفع الارض مزارعة على انه ان زرعها بغير كراب فللمزارع الربع وان زرعها بكراب فله الثلث وان كربها وثناها فله النصف فهو جائز على ما شرطا كذا ذكر في الاصل وهو مشكل في شرط الكراب مع التثنية لانه شرط مفسد فينبغي ان يفسد هذا الشرط واذا عمل ان يكون له اجر مثل عمله واما شرط الكراب وعدمه فصحيح على الشرط المذكور لانه غير مفسد وبعضهم صححوا جواب الكتاب وفرقوا بين هذا الشرط وبين شرط التثنية بفرق لم يتضح وفرع في الاصل ولو زرع بعض الارض بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بثنيان فهو جائز والشرط بينهما في كل الارض نافذ على ما شرطا كذا ذكر في الاصل وهذا بناء على الاول لانه ان شرط التثنية في كل الارض عند اختياره ذلك يصح في البعض بالطريق الاول

فصل

واما بيان حكم المزارعة الصحيحة على قول من يجيزها فنقول وبالله التوفيق ان للمزارعة الصحيحة احكاما • منها ان كل ما كان من عمل المزارعة مما يحتاج الزرع اليه لاصلاحه فعلى المزارع لان العقد تناوله وقد بيناه • ومنها ان كل ما كان من باب النفقة على الزرع من السرقين وقلع الحشاوة ونحو ذلك فعليهما على قدر حقيهما وكذلك الحصاد والحمل الى البيدر والدياس والتذرية لما ذكرنا ان ذلك ليس من عمل المزارعة حتى يختص به المزارع • ومنها ان يكون الخارج بينهما على الشرط المذكور لان الشرط قد صح فيلزم الوفاء به لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم • ومنها انه اذا لم تخرج الارض شيئا فلا شيء لواحد منهما لا اجر العمل ولا اجر الارض سواء كان البذر من قبل العامل او من قبل رب الارض بخلاف المزارعة الفاسدة انه يجب فيها اجر المثل وان لم تخرج الارض شيئا والفرق ان الواجب في العقد الصحيح هو المسمى وهو بعض الخارج فلم يوجد الخارج فلا يجب شيء والواجب في المزارعة الفاسدة اجر مثل العمل في الذمة لا من الخارج ولم يوجد الخارج فلا يجب شيء فانعدام الخارج لا يمنع وجوبه في

عمل صح

لا يبقى صح

٢

الذمة فهو الفرق ۞ ومنها ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر لازم في جانب صاحبه حتى لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة على الصحة وقال لا اريد زراعة الارض له ذلك سوا كان له عذر او لم يكن ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر وعقد المعاملة لازم ليس لواحد منهما ان يمتنع الا من عذر والفرق بين هذه الجملة ان صاحب البذر لا يمكنه المضي في العقد الا باتلاف ملكه وهو البذر لان البذر يهلك في التراب فلا يكون الشروع فيه ملزما في حقه اذ الانسان لا يجبر على اتلاف ملكه ولا كذلك من ليس البذر من قبله والمعاملات لانه ليس في لزوم المضي ايهم اتلاف ملكهم فكان الشروع ملزما في حقهم ولا يفسخ الا من عذر كما في ساير الاجارات وسوا كان المزارع كرب الارض او لم يكربها لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بينهما ولا شي للعامل في عمل الكراب على ما نذكره في حكم المزارعة المنفسخة ان شا الله تعالى ۞ ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب وعدمها وهذا على وجهين اما ان شرطا الكراب في العقد واما ان سكتا عن شرطه فان شرطاه يجبر عليه لانه شرط صحيح فيجب الوفا به وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما تخرج الزرع بدون الكراب زرعا معتادا يقصد مثله في عرف الناس لا يجبر المزارع وان كانت لا تخرج اصلا او تخرج ولكن شيا قليلا لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب لان عقد المزارعة يقع على الزراعة المعتادة وعلى هذا اذا امتنع المزارع من السقي وقال ادعها حتى تسقيها السما فهو على مثال هذا التفصيل انه ان كان الزرع مما يكتفي بما السما ويخرج زرعا معتادا بدون لا يجبر على السقي لما قلنا ومنها جواز الزيادة على الشرط المذكور من الخارج والحط عنه وعدم الجواز والاصل فيه ان كل ما احتمل انشا العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا والحط جايز في الحالين جميعا كما في الزيادة في الزيادة في باب البيع واذا عرف هذا فنقول الزيادة في المزارعة والحط على وجهين اما ان تكون من المزارع واما ان تكون من صاحب الارض ولا يخلو اما ان يكون البذر من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض بعد ما استحصد الزرع او قبل ان يستحصد فان كان بعدما استحصد والبذر من عند العامل وكانت المزارعة على النصف مثلا فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الارض لا يجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط نصفان وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا فالزيادة جايزة لان الاول زيادة على الاجرة بعد انتها عمل المزارعة باستيفا المعقود وهو المنفعة وانه لا يجوز الا ترى انهما لو انشا العقد بعد الحصادة لا يجوز فكذا الزيادة والثاني حط من الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه كما في باب البيع هذا اذا كان البذر من قبل العامل فان كان من قبل صاحب الارض لا يجوز وان زاد المزارع زاد لما قلنا هذا اذا زاد احدهما بعد ما استحصد الزرع فاما اذا زاده قبل ان يستحصد جاز ايهما كان لان الوقت يحتمل انشا العقد فيحتمل الزيا

مطلق صح

ايضا

ايضا بخلاف الفصل الاول

فصل

واما حكم المزارعة الفاسدة فانواع منها انه لا يجب على المزارع شي من عمل المزارعة لان وجوبه بالعقد ولم يصح ومنها ان الخارج كله يكون لصاحب البذر سوا كان لصاحب او العامل المزارع لان استحقاق صاحب البذر الخارج لكونه نما ملكه لا بالشرط لوقوع الاستغنا بالملك عن الشرط واستحقاق الاجر الخارج بالشرط وهو العقد فاذا لم يصح الشرط استحقه صاحب الملك ولا يلزمه التصدق بشي لانه نما ملكه ومنها ان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه اجر مثل عمله لان البذر اذا كان من قبل الارض كان هو مستاجرا للعامل فاذا فسدت الاجارة وجب اجر مثل عمله واذا كان البذر من قبل العامل كان عليه لرب الارض اجر مثل ارضه لان البذر اذا كان من قبل العامل يكون هو مستاجرا للارض فاذا فسدت الاجارة يجب عليه اجر مثل ارضه ۞ ومنها ان البذر اذا كان من قبل رب الارض واستحق الخارج وغرم للعامل اجر مثل عمله فالخارج كله طيب لانه حاصل من ملكه وهو البذر في ملكه وهو الارض واذا كان من قبل العامل واستحق الخارج وغرم لصاحب الارض اجر مثل ارضه فالخارج كله لا يطيب له بل ياخذ من الزرع قدر بذره وقدر اجر مثل ارضه ويطيب ذلك له لانه سلم له بعوض ويتصدق بالفضل على ذلك لانه وان تولد من بذره لكن في ارض غيره بعقد فاسد فتمكنت فيه شبهة الخبث فكان سبيله التصدق ۞ ومنها ان اجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد استعمال الارض لان المزارعة عقد اجارة والاجرة لم في الاجارة الفاسدة لا تجب الا بحقيقة الاستعمال ولا يجب بالتخلية لانعدام التخلية فيها حقيقة اذ هي عبارة عن رفع الموانع والتمكن من الانتفاع من الانتفاع حقيقة وشرعا ولم يوجد بخلاف الاجارة الصحيحة على ما عرف في الاجارات ۞ ومنها اجر المثل يجب في المزارعة الفاسدة وان لم تخرج الارض شيا بعد ان استعملها المزارع وفي المزارعة الصحيحة اذا لم تخرج لا يجب شي لواحد منهما وقد مر الفرق ۞ ومنها ان اجر المثل في المزارعة الفاسدة يجب مقدرا بالمسمى عند ابي يوسف وعند محمد يجب تاما وهذا اذا كانت الاجرة وهو حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فاذا لم يكن يجب اجر المثل تاما بالاجماع وجه قول محمد ان الاصل في الاجارة وجوب اجر المثل لانها عقد معاوضة وهو تمليك المنفعة بعوض ومبنى المعاوضات على المساواة بين البدلين وذلك في وجوب اجر المثل لانه المثل الممكن في الباب اذ هو قدر قيمة المنافع المستوفاة الا ان فيه ضرب جهالة وجهالة المعقود عليه تمنع فلا بد من تسمية البدل تصحيحا للعقد فوجب المسمى على قدر قيمة المنافع ايضا واذا لم يصح العقد لو الفوات شرط من شرايطه وجب المصير الى البدل الاصلي للمنافع وهو اجر المثل ولهذا لم يسم البدل اصلا في العقد وجب اجر المثل بالغا ما بلغ وجه قول ابي يوسف ان الاصل ما قاله محمد وهو وجوب المثل بدلا عن المنافع قيمة لها لانه هو المثل بالقدر الممكن لكن مقدرا بالمسمى

لانه كما يجب اعتبار المماثلة في البدل في عقد المعاوضة بالقدر الممكن يجب
اعتبار التسمية بالقدر الممكن لان اعتبار تصرف العاقل واجب ما امكن
وامكن ذلك بتقدير اجر المثل بالمسمى لان المستاجر ما رضي بالزيادة على
المسمى والاجر ما رضي بالنقصان عنه فكان اعتبار المسمى في تقدير اجر المثل
به عملا بالدليلين ورعاية للجانبين بالقدر الممكن فكان اولى بخلاف ما اذا
لم يكن البدل مسمى في العقد لان البدل اذا لم يكن مسمى اصلا لا حاجة الى
اعتبار التسمية فوجب اعتبار اجر المثل فهو الفرق **فصل** واما
التي هي عذر في فسخ المزارعة فانواع بعضها يرجع الى صاحب الارض
وبعضها يرجع الى المزارع اما الذي يرجع الى صاحب الارض فهو الدين الفادح
الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض تباع في الدين ويفسخ العقد بهذا
العذر واذا امكن الفسخ بان كان قبل الزراعة او بعدها اذا سمن الزرع
وبلغ مبلغ الحصاد لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلحقه فلا
يلزمه تحمل الضرر فيبيع القاضي الارض بدينه اولا ثم يفسخ المزارعة
ولا ينفسخ بنفس العذر واذا لم يمكن الفسخ بان كان الزرع لم يدرك
ولم يبلغ مبلغ الحصاد لا يباع في الدين ولا يفسخ الا ان يدرك الزرع لان في
البيع ابطال حق العامل وفي الانتظار الى وقت الادراك تاخير حق صاحب
الدين وفيه رعاية الجانبين فكان اولى ويطلق من الحبس لو كان محبوسا
الى غاية الادراك لان الحبس جزاء الظلم وهو المطل وانه غير مماطل قبل الادراك
لكونه ممنوعا عن بيع الارض شرعا والممنوع معذور فاذا ادرك الزرع
يرد الى الحبس ثانيا ليبيع ارضه ويؤدي دينه بنفسه والا فيبيع القاضي
عليه واما الذي يرجع الى المزارع فنحو المرض لانه معجز عن العمل
والسفر لانه يحتاج اليه وترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا
يغني من جوع فيحتاج الى الانتقال الى غيره ومانع يمنعه من
العمل على ما مر في كتاب الاجارات **فصل** واما الذي ينفسخ به عقد
المزارعة بعد وجوده فانواع منها الفسخ وهو نوعان صريح ودلالة
اما الصريح فهو ان يكون بلفظ الفسخ والاقالة لان المزارعة على الاجارة
والشركة وكل واحد منهما قابل لصريح الفسخ والاقالة واما الدلالة
فنوعان احدهما امتناع صاحب البذر عن المضي في العقد بان قال لا اريد
زراعة الارض ينفسخ العقد لما ذكرنا ان العقد غير لازم في حقه فكان
بسبيل من الامتناع عن المضي فيه من غير عذر ويكون ذلك فسخا منه
دلالة والثاني حجر المولى على العبد الماذون بعد ما دفع الارض والبذر
مزارعة فحجره المولى قبل الزراعة ينفسخ العقد حتى يملك منع المزارع
من الزراعة لان العقد لم يقع لازما من جهة العبد لان صاحب البذر
فيملك المولى منعه عن الزراعة بالحجر كما كان يملك العبد منعه قبل الحجر
ولو كان البذر من جهة المزارع لا ينفسخ العقد حتى لا يملك المولى
ولا العبد منع المزارع عن الزراعة لان العقد لازم من قبل صاحب البذر
ولهذا لا يملك العبد منعه عن الزراعة قبل الحجر فلا يملك المولى منعه

بالحجر ايضا والله اعلم هذا اذا دفع الارض مزارعة فاما اذا اخذها مزارعة
فان كان البذر من قبله انفسخ العقد لانه اذا حجر عليه فقد عجز عن العمل
وانه يوجب انفساخ العقد لفوات المعقود عليه وان كان البذر والارض
من قبل صاحب الارض لا ينفسخ العقد بالحجر لانه بالحجر لم يعجز عن العمل الا
ان للمولى منعه عن العمل لما فيه من اتلاف ملكه وهو البذر فله ان يفسخ اما
لا ينفسخ بالحجر هذا اذا حجر العبد الماذون فاما اذا لم يحجر عليه ولكن نهاه
عن الزراعة او فسخ العقد بعد الزراعة او نهى قبل ذلك الا انه لم يحجر
عليه فالنهي باطل وكذلك نهي الاب الصبي الماذون قبل عقد المزارعة او بعده
لا يصح لان النهي عن الزراعة والفسخ بعدها من باب تخصيص الاذن بالتجارة
والاذن بالتجارة مما لا يحتمل التخصيص والله اعلم ومنها انقضاء مدة المزارعة
لانها اذا انقضت فقد انتهى العقد وهو معنى الانفساخ ومنها موت
صاحب الارض سواء مات قبل الزراعة او بعدها وسواء ادرك الزرع او
هو بقل لان العقد افاد الحكم له دون وارثه لانه عاقد لنفسه والاصل
ان من عقد لنفسه بطريق الاصالة فحكم تصرفه يقع له لا لغيره الا لضرورة
فصل واما بيان حكم المزارعة المنفسخة فنقول وبالله التوفيق لا يخلوا
من وجهين اما ان انفسخت قبل الزراعة او بعدها فان انفسخت قبل
الزراعة لا شيء للعامل وان كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسنيات
باي طريق انفسخ سواء انفسخ بصريح الفسخ او بدلالته او بانقضاء المدة
او بموت احد المتعاقدين لان الفسخ يظهر اثره في المستقبل بانتهاء حكمه
لا في الماضي فلا يتبين ان العقد لم يكن صحيحا والواجب في العقد الصحيح
المسمى وهو بعض الخارج ولم يوجد فلا يجب شيء وقيل ان هذا جواب الحكم
فاما فيما بينه وبين الله تعالى عليه ان يرضي العامل فيما اذا امتنع عن
المضي في العقد قبل الزراعة ولا يحل له الامتناع شرعا وانه يشبه
التغرير وانه حرام وان انفسخت بعد الزراعة فان كان الزرع قد ادرك
وبلغ الحصاد فالحصاد والخارج بينهما على الشرط وان كان لم يدرك
فكذلك الجواب في صريح الفسخ ودلالته وانقضاء المدة وان الزرع
بينهما على الشرط والعمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما وعلى المزارع اجر
مثل نصف الارض اما الزرع بينهما على الشرط فلما مر ان انفساخ العقد
يظهر اثره في المستقبل لا في الماضي فيبقى الزرع بينهما على ما كان قبل الانفساخ
فاما العمل فيما بقي الى وقت الحصاد عليهما لانه عمل في مال مشترك لم
يشترط العمل فيه على احدهما فيكون عليهما وعلى المزارع اجر مثل نصف الارض
لصاحب الارض لان العقد قد انفسخ وفي القلع ضرر بالمزارع وفي
الترك بغير اجر ضرر بصاحب الارض فكان الترك باجر المثل
نظرا من الجانبين بخلاف ما اذا مات صاحب الارض والزرع بقل
ان العمل يكون على المزارع خاصة لان هناك انفسخ العقد ايضا
حقيقة لوجود سبب الانفساخ وهو الموت الا انا ابقيناه تقديرا دفعا
للضرر عن المزارع لانه لو انفسخ لثبت لصاحب الارض حق القلع وفيه

ضرر بالمزارع فجعل هذا عذرا في ابقا العقد تقديرا واذا بقي العقد كان العمل على المزارع خاصة كما كان قبل الموت وهذا لا يتضح فان انفق احدهما من غير اذن القاضي فهو متطوع وان اراد صاحب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لان فيه ضررا بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا فصاحب الارض بين خيارات ثلاث ان شا قلع الزرع فيكون بينهما وان شا اعطى المزارع قيمة نصيبه من الزرع وان شا انفق هو على الزرع من ماله ثم يرجع على المزارع بحصته لان فيه رعاية من الجانبين واما في موت احد المتعاقدين فاما اذا مات رب الارض بعدما دفع الارض مزارعة ثلاث سنين ونبت الزرع وصار بقلا نترك الارض في يد المزارع الى وقت الحصاد ويقسم على الشرط المذكور لان في الترك الى وقت الحصاد نظرا من الجانبين وفي القلع اضرارا باحدهما وهو المزارع ويكون العمل على المزارع خاصة لبقا العقد تقديرا في هذه السنة في هذا الزرع وان مات المزارع والزرع بقل فقال ورثته نحن نعمل على شرط المزارعة وابى ذلك صاحب الارض فالامر الى ورثة المزارع لان في القلع ضررا بالمزارع ولا ضرر بصاحب الارض في الترك الى وقت الادراك واذا ترك لا اجر للورثة فيما يعملون لانهم يعملون على حكم عقد ابيهم تقديرا فكانه يعمل ابوهم وان اراد الورثة قلع الزرع لم يجبروا على العمل لان العقد منفسخ حقيقة الا انا بقيناه باختيارهم نظرا لهم فاذا امتنعوا عن العمل لكن الزرع مشترك فاما ان يقسم بينهم بالحصص او يعطيهم صاحب الارض قيمة حصتهم من الزرع البقل او ينفق من مال نفسه الى وقت الحصاد ثم يرجع عليهم بحصتهم لان فيه رعاية الجانبين والله اعلم بالصواب

كتاب المعاملة

وقد يسمى كتاب المساقاة والكلام في هذا الكتاب في المواضع التي ذكرناها في كتاب المزارعة اما معنى المعاملة فهو مفاعلة من العمل وفي عرف الشرع عن العقد على العمل ببعض الخارج مع ساير شرايط الجواز واما شرعيتها فقد اختلف العلما فيها قال ابو حنيفة انها غير مشروعة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي مشروعة احتجوا بحديث خيبر انه صلى الله عليه وسلم دفع نخيلهم معاملة ولابي حنيفة ان هذا استيجار ببعض الخارج وانه منهي على ما ذكرنا في كتاب المزارعة وقد مر الجواب فيه عن الاستدلال بحديث خيبر فلا نعيده واما ركنه فهو الايجاب والقبول واما الشرايط المصححة لها فما ذكرناها في كتاب المزارعة منها ان يكون العاقدان عاقلين فلا يجوز عقد من لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية على ما مر في المزارعة ومنها ان لا يكونا مرتدين في قول ابي حنيفة على قياس قول من اجاز المعاملة حتى لو كان احدهما مرتدا وقفت المعاملة ثم ان كان المرتد هو الدافع فان اسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل او مات او لحق فالخارج كله للدافع لانه نما ملكه وللاخذ اجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل والمسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان اسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل او مات على الردة اولحق

فالخارج

فالخارج كله للدافع لانه نما ملكه وللاخذ اجر المثل اذا عمل وعندهما الخارج بين العامل والمسلم وبين ورثة الدافع على الشرط في الحالين كما اذا كانا مسلمين وان كان المرتد هو العامل فان اسلم فالخارج بينهما على الشرط وان قتل او مات على الردة اولحق فالخارج بين الدافع والمسلم وبين ورثة العامل المرتد على الشرط بالاجماع لما مر في المزارعة هذا اذا كانت المعاملة بين مسلم ومرتد فاما اذا كانت بين مسلمين ثم ارتدا او ارتد فالخارج بينهما على الشرط لما ذكرنا في المزارعة وتجوز معاملة المرتد دفعا واخذا بالاجماع ومنها ان يكون المدفوع من الشجر الذي فيه ثمرة معاملة مما يزيد ثمره بالعمل فان كان المدفوع نخلا فيه طلع او بسر اخضر او احمر او اخضر الا انه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تناهى عظمه الا انه لم يرطب فالمعاملة فاسدة لانه اذا تناهى عظمه لا يوثر فيه العمل بالزيادة عادة فلم يوجد العمل المشروط عليه فلا يستحق الخارج بل يكون كله لصاحب النخل ومنها ان يكون الخارج لهما فلو شرطا ان يكون لاحدهما فسدت ومنها ان يكون حصة كل واحد منهما من بعض الخارج معلوم القدر ومنها ان يكون محل العمل وهو الشجر معلوما لما ذكرنا في المزارعة ومنها التسليم الى العامل وهو التخلية حتى لو شرطا العمل عليهما فسدت لانعدام التخلية فاما بيان المدة فليس بشرط لجواز المعاملة استحسانا ويقع على اول ثمرة تخرج في اول سنة بخلاف المزارعة والقياس ان يكون شرطا لان ترك البيان يودي الى الجهالة كما في المزارعة الا انه ترك القياس لتعامل الناس ذلك من غير بيان المدة ولم يوجد ذلك في المزارعة حتى انه لو وجد التعامل في موضع يجوز من غير بيان المدة وبه كان يفتي محمد بن سلمة على ما مر في المزارعة ولو دفع ارضا ليزرع فيها الرطاب او دفع ارضا فيها اصول رطبة نابتة ولم يسم المدة فان كان شيا ليس لابتدا نباته ولا لانتهاه اخر وقت معلوم فالمعاملة فاسدة وان كان وقت جزه معلوما يجوز ويقع على الجزة الاولى كما في الشجرة المثمرة

فصل

واما الشرايط المفسدة للمعاملة فانواع دخل بعضها في الشرايط المصححة للعقد لان ما كان وجوده شرطا للصحة كان انعدامه شرطا للفساد ومنها شرط كون الخارج كله لاحدهما ومنها شرط ان يكون لاحدهما قفزانا مسماة ومنها شرط العمل على صاحب الارض ومنها شرط الحمل والحفظ بعد القسمة على العامل لما ذكرنا في كتاب المزارعة ومنها شرط الجذاذ والقطاف على العامل بلا اختلاف لانه ليس من المعاملة في شي ولانعدام التعامل به ايضا فكان من باب مونة الملك والملك مشترك بينهما فكانت مونته عليهما على قدر الملك ومنها شرط عمل يبقى منفعته بعد انقضا مدة المعاملة نحو السرقنة ونصب العرايش وغرس الاشجار وتقليب الارض وما اشبه ذلك لانه لا يقتضيه العقد ولا هو من ضرورات المعقود عليه ومقاصده ومنها شركة العامل فيما يعمل فيه لان العامل اجير رب الارض واستيجار الانسان للعمل في شي هو شريك المستاجر لا يجوز حتى ان النخل لو كان بين رجلين فدفعه احدهما الى صاحبه معاملة مدة معلومة على ان الخارج بينهما اثلاث ثلثاه للشريك العامل وثلثه للشريك الساكت فالمعاملة فاسدة والخارج بينهما على قدر الملك ولا اجر للعامل على شريكه لما

مر ان في المعاملة معنى الاجارة ولا يجوز الاستيجار لعمل فيه الاجير شريك
واذا عمل لا يستحق الاجر على شريكه لما عرف في الاجارات ولا يشبه هذا في
المزارعة ان الارض اذا كانت مشتركة بين اثنين دفعها احدهما الى صاحبه
مزارعة على ان يزرعها ببذره وله ثلثا الخارج انه تجوز المزارعة لان هناك
لا يتحقق الاستيجار للعمل في شيء اخر غير فيه شريك المستاجر لانعدام الشركة
في البذر وهاهنا تحقق لثبوت الشركة في النخل فهو الفرق ولا يتصدق واحد
منهما بشيء من الخارج لانه خارج من ماله لكونه نماء ملكه ولو شرطا ان يكون الخارج
لهما على قدر ملكيهما جازت المعاملة لان استحقاق كل واحد منهما اعني من الشريكين
الخارج لكونه نماء ملكه لا بالعمل بل العامل منهما معين لصاحبه في العمل من غير
عوض فلم يتحقق الاستيجار ولو امر الشريك الساكت الشريك العامل ان
يشتري ما يلقح النخل فاشتراه رجع عليه بنصفه لانه اشترى متفقو ما على
الشركة بامره فيرجع عليه وسواء كان العامل في عقد المعاملة او اكثر حتى لو
دفع رجل نخله الى رجلين معاملة بالنصف او بالثلث جاز وسواء سوى بينهما
في الاستحقاق او جعل لاحدهما فضلا لان كل واحد منهما اجير صاحب الارض
فكان استحقاق كل واحد منهما بالشرط فيتقدر بقدر الشرط ولو شرط
لاحد العاملين مائة درهم على رب الاخر وللاخر ثلث الخارج ولرب الارض
الثلثان جاز لان الواجب لكل واحد منهما لغة مشروطة فيجب على حسب
ما يقتضيه الشرط ولو شرطا لصاحب النخل الثلث ولاحد العاملين الثلثين
وللاخر اجر مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثان فهو فاسد ولا يشبه
هذا المزارعة ان من دفع ارضه مزارعة على ان لرب الارض الثلث وللمزارع
الثلثان وعلى ان يعمل فلان معه بثلث الخارج ان المزارعة جائزة بين رب
الارض والمزارع فاسدة في حق الثالث لان المعاملة لان المعاملة استيجار
العامل والاجرة تجب على المستاجر دون الاجير لان الاجرة بمقابلة العمل والعمل
للمستاجر فكانت الاجرة عليه فاذا شرطها على الاجير فقد استاجره ليعمل
له على ان يكون الاجر على غيره ولا سبيل اليه فيفسد العقد وهذا هو الموجب
للفساد في حق الثالث في باب المزارعة الا انه صح فيما بين رب الارض والمزارع
لانه جعل بمنزلة عقدين ففساد احدهما لا يوجب الاخر وهذا مع هذا
التكلف غير واضح ويتضح ان شاء الله تعالى

فصل

واما حكم المعاملة الصحيحة
على قول من يجيزها فانواع منها ان كل ما كان من عمل المعاملة مما يحتاج اليه
الشجر والكرم والرطاب واصول الباذنجان من السقي واصلاح النهر والحفظ
والتلقيح للنخل فعلى العامل لانها من توابع المعقود عليه فيتناوله العقد
وكل ما كان من باب النفقة على الشجر والكرم والارض من السرقنة وتقليب
الارض التي فيها الكرم والشجر ونصب العرايش وغير ذلك فعليهما على قدر
حقهما لان العقد لم يتناوله لا مقصودا ولا ضرورة وكذلك الجذاذ
والقطاف لان ذلك يكون بعد انتهاء العمل فلا يكون من حكم عقد المعاملة
ومنها ان يكون الخارج بينهما على الشرط لما مر ومنها انه اذا لم يخرج الشجر
شيئا فلا شيء لواحد منهما بخلاف المزارعة الفاسدة وقد مر الفرق في كتاب

المزارعة

المزارعة ومنها ان هذا العقد لازم من الجانبين حتى لا يملك احدهما الامتناع
والفسخ من غير رضا صاحبه الا من عذر بخلاف المزارعة فانها غير لازمة
في جانب صاحب البذر وقد مر الفرق ومنها ولاية جبر العامل على العمل الا
من عذر ومنها جواز الزيادة على الشرط والحط عنه وانعدام الجواز والاصل
فيه ما مر في كتاب المزارعة ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة
والا فلا والحط جائز في الموضعين واصله في الزيادة في الثمن والمثمن فاذا دفع
نخلا بالنصف معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما
ايهما كان لان انشاء العقد في هذه الحالة جائز فكانت الزيادة جائزة ولو
تناهى عظم البسر جازت الزيادة من العامل لرب الارض شيئا ولا تجوز الزيادة
من رب الارض للعامل لان هذه زيادة في الاجرة واحتمال الانسان ليس
لصحة الحط من احكام المعاملة ان العامل لا يملك ان يدفع الى غيره معاملة
الا اذا قال له رب الارض اعمل فيه برايك لان الدفع الى غيره اثبات الشركة
في مال غيره بغير اذنه فلا يصح فاذا قال له اعمل برايك فقد اذن له فصح ولو
لم يقل له اعمل فيه برايك فدفع العامل الى رجل اخر معاملة فعمل فيه فما خرج
فهو لصاحب النخل ولا اجر للعامل الاول لان استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل
ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره ايضا لان عقده معه لم يصح فلم يكن عمله
مضافا اليه وله على العامل الاول اجر مثل عمله لانه عمل له بامره فيستحق اجر
ولو هلك الثمر في يد العامل الاخير من غير عمله وهو في دون النخل فلا ضمان
على واحد منهما لانعدام الغصب من واحد منهما وهو تفويت يد المالك ولو
هلك من عمله في امر خالف فيه امر العامل الاول فالضمان لصاحب النخل على
العامل الاخير دون الاول لان الخلاف قطع نسبة عمله اليه فبقي متلفا على
المالك ماله فكان الضمان عليه ولو هلك في يده من عمله في امر لم يخالف فيه
امر العامل الاول فلصاحب النخيل ان يضمن ايهما شاء لانه اذا لم يوجد
منه الخلاف بقي عمله مضافا اليه فانه عمل بنفسه فكان له ان يضمنه وله
ان يضمن الثاني لانه في معنى الغاصب فكان له خيار تضمين الاول لم يرجع
على الاخر لانه عمل بامر الاول فلو رجع عليه لرجع بعمله عليه ايضا فلا يفيد وان
اختار تضمين الاخر يرجع على الاول لانه غره في هذا العقد فيرجع عليه
بضمان الغرور وهو ضمان السلامة هذا اذا لم يقل له اعمل فيه برايك
فاما اذا قال وشرط له النصف فدفعه الى رجل اخر بثلث الخارج فهو جائز
لما ذكرنا فما خرج من الثمر فنصفه لرب النخل والسدس للعامل الاول لانه
شرط الثلث يرجع الى نصيبه خاصة لان العمل واجب عليه فيبقى له السدس
ضرورة وذكر محمد في الاصل انه اذا لم يقل اعمل برايك وشرط له شيئا معلوما
وشرط الاول للثاني مثل ذلك فهما فاسدان ولا ضمان على العامل الاول

فصل

واما حكم المعاملة الفاسدة فانواع ذكرناها في المزارعة منها انه لا
يجبر العامل على العمل لان الجبر بحكم العقد لم يصح ومنها ان الخارج كله لصاحب
الارض لان استحقاقه الخارج لكونه نماء ملكه واستحقاق العامل بالشرط
ولم يصح فيكون لصاحب الملك ولا يتصدق بشيء منه لانه حصل عن خالص ملكه

غاصب ثم

ومنها ان اجر المثل لا يجب في المعاملة الفاسدة ما لم يوجد العمل لما ذكرنا في المزارعة
ومنها ان وجوب اجر المثل لا يقف على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئا
بخلاف المعاملة الصحيحة وقد مر الفرق في كتاب المزارعة ومنها ان اجر المثل
فيها لا يجب مقدرا بالمسمى لا بجا وزعنه عند ابي يوسف وعند محمد يجب
تاما وهذا الخلاف فيما اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان
لم تكن مسماة يجب اجر المثل تاما بلا خلاف وقد مرت المسالة في المزارعة

فصل واما المعاني التي هي عذر في فسخ المعاملة فما ذكرنا في كتاب المزارعة
ومن الاعذار التي في جانب العامل ان يكون سارقا معروفا بالسرقة فيخاف
على الثمر والسعف

فصل واما الذي ينفسخ به عقد المعاملة فمنها صريح
الفسخ ومنها الاقالة ومنها انقضا المدة ومنها موت المتعاقدين وقد مر
في كتاب المزارعة

فصل واما حكم المعاملة المنفسخة فعلى نحو حكم المزارعة
المنفسخة والله اعلم

كتاب الاكراه

الكلام في هذا الكتاب
في مواضع • في بيان معنى الاكراه لغة وشرعا • وفي بيان انواع الاكراه
وفي بيان شرايط الاكراه • وفي بيان ما يقع عليه الاكراه • وفي بيان
حكم ما يقع عليه الاكراه اذا اتى به المكره • وفي بيان ما عدل المكره
الى غير ما وقع عليه الاكراه او زاد على ما وقع عليه الاكراه او نقص عنه
اما الاول فالاكراه في اللغة عبارة عن اثبات المكره والكره معنى
قايم بالمكره ينافي المحبة والرضا ولهذا يستعمل كل واحد منهما مقابل
الاخر قال الله تعالى وعسى ان تكرهوا شيا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيا
وهو شر لكم ولهذا قال اهل السنة ان الله يكره الكفر والمعاصي اي لا يحبها
ولا يرضى بها وان كانت الطاعات والمعاصي بارادة الله تعالى وفي الشرع عبارة
عن الدعا الى الفعل بالايعاد والتهديد مع وجود شرايطها التي نذكرها في
مواضعها ان شا الله تعالى

فصل واما بيان انواع الاكراه فنقول انه
نوعان نوع يوجب الالجا والاضطرار طبعا كالقتل والقطع والضرب الذي
يخاف فيه تلف النفس او العضو قل الضرب او كثر ومنهم من قدره بعدد
ضربات الحد وانه غير سديد لان المعول عليه تحقق الضرورة فاذا تحققت
فلا معنى لصورة العدد وهو النوع من الاكراه يسمى اكراها تاما ونوع لا يوجب
الالجا والاضطرار وهو الحبس والقيد والضرب الذي لا يخاف منه التلف
وليس فيه تقدير لازم سوى ان يلحقه منه الاغتمام البين من هذه الاشيا
اعني الحبس والقيد والضرب وهذا النوع من الاكراه يسمى اكراها ناقصا
واما شرايط الاكراه فنوعان نوع يرجع الى المكره ونوع يرجع
الى المكره اما الذي يرجع الى المكره فهو ان يكون قادرا على تحقيق ما اوعد
ما اوعد لان الضرورة لا تتحقق الا عند القدرة وعلى هذا قال ابو حنيفة
ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان وقال ابو يوسف ومحمد انه يتحقق من
السلطان وغيره وجه قولهما ان الاكراه ليس الا ايعاد بالحاق المكروه وهذا
يتحقق في كل مسلط وابو حنيفة يقول غير السلطان لا يقدر على تحقيق ما
اوعد لان المكره يستغيث بالسلطان فيغيثه واذا كان المكره هو السلطان

فهو

فلا يجد عونا وقيل انه لا خلاف بينهم في المعنى انما هو خلاف زمان ففي زمن ابي حنيفة
رحمه الله لم يكن لغير السلطان قدرة الاكراه ثم تغير الحال في زمانهما فتغير
الفتوى على حسب الحال والله اعلم • فاما البلوغ فليس بشرط لتحقق الاكراه حتى
يتحقق من الصبي العاقل اذا كان مطاعا مسلطا وكذلك العقل والتمييز المطلق
ليس بشرط فيتحقق الاكراه من البالغ المختلط العقل بعد ان كان مطاعا مسلطا
والله اعلم • واما النوع الذي يرجع الى المكره فهو ان يقع في غالب رايه واكبر
ظنه انه لو لم يجب الى ما دعي اليه تحقق ما اوعد به لان غالب الراي حجة خصوصا
عند تعذر الوصول الى اليقين حتى انه لو كان في اكبر راي المكره ان المكره
لا يحقق ما اوعده لا يثبت حكم الاكراه شرعا وان وجد صورة الايعاد لان
الضرورة لم تتحقق وبمثله لو امره بفعل ولم يوعده عليه ولكن في اكبر راي المكره
انه لو لم يفعل لحقق ما اوعد يثبت حكم الاكراه لتحقق الضرورة
ولهذا انه لو كان في اكبر رايه انه لو امتنع عن تناول الميتة وصبر الى ان يلحقه
الجوع المهلك لا يزيل عنه الاكراه لا يباح له ان يتناول ولها الحال دل ان العبرة
لغالب الراي واكبر الظن دون صورة الايعاد والله اعلم

فصل واما بيان
ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق ما يقع عليه الاكراه في الاصل
نوعان حسي وشرعي وكل واحد منهما على ضربين معين ومخير فيه اما
الحسي المعين في كونه مكرها عليه فالاكل والشرب والكفر والشتم والاتلاف
والقطع عينا واما الشرعي فالعتاق والطلاق والتدبير والنكاح والرجعة
واليمين والنذر والظهار والايلا والفي في الايلا والبيع والشرا والهبة والاجارة
والابرا عن الحقوق والكفالة بالنفس وتسليم السلعة وترك طلبها ونحوها

فصل واما بيان حكم ما يقع عليه الاكراه فنقول وبالله التوفيق اما التصرفات
الحسية فيتعلق بها حكمان احدهما يرجع الى الاخرة والثاني يرجع الى الدنيا
اما الذي يرجع الى الاخرة فنقول وبالله التوفيق التصرفات الحسية التي
يقع عليها الاكراه في حق احكام الاخرة ثلثة انواع نوع هو مباح ونوع هو
مرخص ونوع هو حرام ليس بمباح ولا مرخص اما النوع الذي هو مباح
فهو اكل الميتة والدم ولحم الخنزير وشرب الخمر اذا كان الاكراه تاما بان كان
بوعيد تلف لان هذه الاشيا مما يباح عند الاضطرار قال الله تعالى الا ما
اضطررتم اليه اي دعاكم شدة المجاعة الى اكلها والاستثنا من التحريم اباحة
وقد تحقق الاضطرار بالاكراه فيباح له التناول بل لا يباح له الامتناع عنه
ولو امتنع عنه حتى قتل يواخذ به كما في حالة المخمصة لانه بالامتناع صار
ملقيا نفسه في التهلكة والله تعالى نهانا عن ذلك بقوله تعالى ولا تلقوا
بايديكم الى التهلكة وان كان الاكراه ناقصا لا يحل له الاقدام عليه ولا
يرخص ايضا لانه لا يفعله لضرورة بل لدفع الغم عن نفسه فكانت الحرمة
بحكمها قايمة وكذلك لو كان الاكراه بالاجاعة بان قال لتفعلن كذا والا اجيعنك
لا يحل له ان يفعل حتى يجيئه من الجوع ما يخاف بعض منه تلف النفس او
العضو لان الضرورة الا في تلك الحالة واما النوع الذي هو مرخص
فهو اجرا كلمة الكفر على اللسان مع اطمينان القلب بالايمان اذا كان

الاكراه تاما وهو محرم في نفسه مع ثبوت الرخصة فاثر الرخصة في تغير
حكم الفعل وهو المواخذة لا في تغير وصفه وهو الحرمة لان كلمة الكفر مما لا
يحتمل الاباحة بحال فكانت الحرمة قايمة الا انه سقطت المواخذة لعذر
الاكراه قال الله تعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمين
بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب
عظيم الا من اكره وقلبه مطمين بالايمان على التقديم والتاخير في الكلام
والله اعلم به والامتناع افضل من الاقدام عليه حتى لو امتنع فقتل كان
ماجورا لانه جاد بنفسه في سبيل الله فنرجوا ان يكون له ثواب المجاهدين
بالنفس وقال صلى الله عليه وسلم من قتل مجبرا في نفسه فهو في ظل العرش
يوم القيمة وكذلك التكلم بشتم محمد صلى الله عليه وسلم مع اطمينان القلب
بالايمان والاصل فيه ما روي ان عمار بن ياسر رضي الله عنه لما اكرهه
الكفار رجع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له ما وراك يا عمار
فقال شر يا رسول الله صلى الله عليك ما تركوني حتى نلت منك فقال صلى الله
عليه وسلم ان عادوا فعد فقد رخص له في اتيان الكلمة بشريطة اطمينان
القلب بالايمان حيث امره بالعود الى ما وجد منه لكن الامتناع عنه
افضل لما مر ومن هذا النوع شتم مسلم لان عرض المسلم حرام التعرض في
كل حال قال النبي صلى الله عليه وسلم كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه
وماله الا انه رخص لعذر الاكراه واثر الرخصة في سقوط المواخذة دون
الحرمة والامتناع عنه حفظا لحرمة المسلم وايثارا له على نفسه افضل ومن
هذا النوع اتلاف مال المسلم لان حرمة مال المسلم كحرمة دمه على لسان
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يحتمل السقوط بحال الا انه رخص له الاتلاف
لعذر الاكراه حال المخمصة على ما نذكر ولو امتنع حتى قتل لا ياثم بل يثاب لان
الحرمة قايمة فهو بالامتناع قضى حق الحرمة فكان ماجورا لا مازورا وكذلك
اتلاف مال نفسه مرخص بالاكراه لكن مع قيام الحرمة حتى انه لو امتنع فقتل لا
ياثم بل يثاب لان حرمة ماله لا تسقط بالاكراه الا ترى انه ابيح له الدفع قال
النبي صلى الله عليه وسلم قاتل دون مالك وكذا من اصابته المخمصة فسال
صاحبه الطعام فمنعه فامتنع من التناول حتى مات انه لا ياثم لما ذكرنا
انه بالامتناع راعى حق الحرمة هذا اذا كان الاكراه تاما فان كان ناقصا من الحبس
والقيد والضرب الذي لا يخاف منه تلف النفس والعضو لا يرخص له اصلا
ويحكم بكفره وان قال كان قلبي مطمين بالايمان لا يصدق في الحكم على ما
نذكر ويا ثم بشتم المسلم واتلاف ماله لان الضرورة لم تتحقق وهذا اذا
كان الاكراه تاما ولكن في اكبر راي المكره ان المكره لا يحقق ما اوعده لا يرخص
له الفعل اصلا ولو فعل ياثم لانعدام تحقق الضرورة لانعدام الاكراه شرعا
والله اعلم ۞ واما النوع الذي لا يباح ولا يرخص بالاكراه فهو قتل المسلم بغير
حق سوا كان الاكراه ناقصا او تاما لان قتل المسلم بغير حق مما لا يحتمل الاباحة
بحال قال الله تعالى ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق وكذا قطع عضو
من اعضايه والضرب المهلك قال الله تعالى والذين يوذون المومنين والمومنات

بغير

بغير ما اكتسبوا فقد احتملوا بهتانا واثما مبينا وكذا ضرب الوالدين قل او
كثر قال الله تعالى ولا تقل لهما اف والنهي عن التافيف نهي عن الضرب دلالة
بالطريق الاولى فكانت الحرمة قايمة عكيا فلا يرخص الاقدام عليه ولو اقدم
ياثم واما ضرب غير الوالدين اذا كان مما لا يخاف منه التلف كضرب سوط ونحوه
فيرجى ان لا يواخذ به وكذا الحبس والقيد لان ضرره دون ضرر المكره
فالظاهر انه يرضى بهذا القدر من الضرر لاحيا اخيه ولو اذن له المكره عليه
او قطعه او ضربه فقال للمكره افعل لا يباح له ان يفعل لان هذا مما لا يباح
بالاباحة فلو فعل فهو اثم الا ترى انه لو فعل بنفسه اثم فبغيره اولى وكذا الزنا
من هذا القبيل انه لا يباح ولا يرخص للرجل بالاكراه وان كان تاما ولو فعل
باثم لان حرمة الزنا ثابتة في العقول قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان
فاحشة في العقل قبل ورود الشرع فلا يحتمل الرخصة بحال كقتل المسلم ولو
اذنت المراة به لا يباح ابضا حرة كانت او امة اذن له مولاها او لم
ياذن لان الفرج لا يباح بالاباحة واما المراة فيرخص لها لان الذي يتصور منها
ليس الا التمكين وهي مع ذلك مدفوعة اليه وهذا عندي فيه نظر لان
فعل الزنا كما يتصور من الرجل يتصور من المراة الا ترى ان الله تعالى سماها
زانية الا ان زنا الرجل بالايلاج وزناها بالتمكين والتمكين فعل منها لكنه
فعل سكوت فاحتمل الوصف بالحظر والحرمة فينبغي ان لا يختلف فيه حكم الرجل
والمراة فلا يرخص للمراة كما لا يرخص للرجل والله اعلم ۞ واما الحكم الذي
يرجع الى الدنيا في الانواع الثلثة اما النوع الاول فالمكره على الشرب لا يجب
عليه الحد اذا كان الاكراه تاما لان الحد شرع للزجر عن الجناية في المستقبل
والشرب خرج من ان يكون جناية بالاكراه وصار مباحا بل واجبا على ما مر
وان كان ناقصا يجب لان الاكراه الناقص لم يوجب تغير الفعل عما كان
قبل الاكراه بوجه ما فلا يجب يوجب تغير حكمه والله اعلم ۞ واما النوع
الثاني فالمكره على الكفر لا يحكم بكفره اذا كان قلبه مطمين بالايمان بخلاف
المكره على الايمان انه يحكم بايمانه والفرق من وجهين احدهما ان الايمان
في الحقيقة تصديق والكفر في الحقيقة تكذيب وكل ذلك عمل القلب والاكراه
لا يعمل على القلب فان كان مصدقا بقلبه كان مومنا لوجود حقيقة الايمان
وان كان مكذبا بقلبه كان كافرا لوجود حقيقة الكفر الا ان عبارة اللسان
جعل دليلا على التصديق والتكذيب ظاهرا حالة التطوع وقد بطلت هذه
الدلالة بالاكراه فبقي الايمان والكفر منه محتملا فكان ينبغي ان لا يحكم
بالاسلام حالة الاكراه مع الاحتمال كما لم يحكم بالكفر فيها بالاحتمال الا
انه حكم بذلك لوجهين احدهما انا انما قبلنا ظاهر ايمانه مع الاكراه ليخالط
المسلمين فيرى محاسن الاسلام فيوول امره الى الحقيقة وان كان لا نعلم
بايمانه لا قطعا ولا غالبا وهذا جايز الا ترى ان الله تعالى امرنا في النساء
المومنات بامتحانهن بعد وجود ظاهر الكلمة منهن بقوله تعالى يا ايها
الذين امنوا اذا جاءكم المومنات فامتحنوهن ليظهر لنا ايمانهن بالدليل
الغالب بقوله تعالى فان علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن الى الكفار كذا

هاهنا وهذا المعنى لا يتحقق في الاكراه على الكفر والثاني ان اعتبار الدليل
المحتمل في باب الاسلام يرجع الى اعلاء الدين الحق واعتبار الغالب يرجع الى ضده
واعلاء الدين الحق واجب قال النبي صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى
فوجب اعتبار المحتمل دون الغالب اعلاء للدين الحق وذلك في الحكم بايمان المكره
على الايمان والحكم بعدم كفر المكره على الكفر والله الموفق ولو اكره على الاسلام
فاسلم ثم رجع يجبر على الاسلام ولا يقتل اي يحبس ولكن لا يقتل والقياس
ان يقتل لوجود الردة منه وهي الرجوع عن الاسلام وجه الاستحسان انا
انما قبلنا كلمة الاسلام منه ظاهرا طمعا في الحقيقة ليخالط المسلمين فيرى
محاسن الاسلام فينجع التصديق في قلبه على ما مر فاذا رجع تبين انه لا مطمع
لحقيقة الاسلام فيه وانه على اعتقاده الاول فلم يكن هذا رجوعا عن الاسلام
بل اظهارا لما كان في قلبه من التكذيب فلا يقتل وكذلك الكافر اذا اسلم
وله اولاد صغار حتى يحكم باسلامهم تبعا الى ابيهم فبلغوا كفارا ويجبرون
على الاسلام ولا يقتلون لانه لم يوجد منهم الاسلام حقيقة فلم يتحقق
الرجوع عنه والله اعلم ولو اكره على انه يقر انه اسلم امس فاقر لا يحكم باسلامه
لان الاكراه يمنع صحة الاقرار لما نذكر في موضعه واذا لم يحكم بكفره باجراء
الكلمة لا يثبت احكام الكفر حتى لا تبين منه امراته والقياس ان تثبت
البينونة لوجود سبب الفرقة وهو الكلمة اذ هي من اسباب الفرقة بمنزلة
كلمة الطلاق ثم حكم تلك لا يختلف بالطوع والكره فكذا حكم هذه وجه
الاستحسان ان سبب الفرقة الردة دون نفس الكلمة وانما الكلمة دلالة
عليها حالة الطوع ولم يبق دليلا حالة الاكراه فلم تثبت الردة دون نفس
الكلمة ولو قال المكره خطر ببالي في قوله كفرت بالله انه اخبر عن الماضي
كاذبا لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره لانه دعا الى انشاء الكفر وقد اخبر انه
اتى بالاخبار وهو غير مكره على الاخبار بل هو طايع فيه ولو قال طايعا كفرت
بالله ثم قال عنيت به الاخبار كاذبا ولم اكن فعلت لا يصدق في القضا
كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف
الظاهر ولو اكره على الاخبار فيما مضى ثم قال ما اردت به الخبر عن الماضي
كاذبا ولم اكن فعلت لا يصدق في القضا كذا هذا ويصدق فيما بينه
وبين الله تعالى لانه يحتمله كلامه وان كان خلاف الظاهر ولو اكره على الاخبار
فيما مضى ثم قال ما اردت به الخبر عن الماضي فهو كافر في القضا وفيما بينه وبين
الله تعالى لانه لم يجبه الى ما دعاه اليه بل اخبر انه انشا الكفر طوعا ولو قال
لم يخطر ببالي شي يحكم بكفره لانه اذا لم يرد به شيا اخر يحمل على الاجابة الى الظاهر
الكلمة ثم اطمينان القلب بالايمان فلا يحكم بكفره وكذلك لو اكره على الصلاة
للصليب فقام يصلي فخطر بباله انه يصلي لله وهو مستقبل القبلة او غير
مستقبل القبلة فينبغي ان ينوي بالصلاة ان تكون لله تعالى فاذا قال
نويت به ذلك لم يصدق في القضا ويحكم بكفره لانه اتى بغير ما ادعى
اليه فكان طايعا والطايع اذا فعل ذلك وقال نويت به ذلك لا يصدق
في القضا كذا هذا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما يحتمله

فعله

فعله ولو صلى للصليب ولم يصل لله تعالى وقد خطر بباله ذلك فهو كافر
في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى لانه صلى للصليب طايعا مع امكان الصلاة
لله وان كان مستقبل الصليب وان لم يخطر بباله شي وصلى للصليب
ظاهرا وقلبه مطمين بالايمان لا يحكم بكفره ويحمل على الاجابة الى ظاهر ما
دعي اليه مع سكون قلبه بالايمان وكذلك لو اكره على سب محمد صلى الله عليه وسلم
فخطر بباله رجل اسمه محمد واخبر بذلك لا يصدق في الحكم ويحكم بكفره
لانه اذا اخطر بباله رجل اخر فهذا طايع سب محمدا صلى الله عليه وسلم ثم قال
عنيت به غيره فلا يصدق في الحكم ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى
لانه يحتمله كلامه ولو لم يقصد بالسب رجلا اخر فسب النبي صلى الله عليه
وسلم فهو كافر في القضا وفيما بينه وبين الله تعالى ولم يخطر بباله شي لا
يحكم بكفره ويحمل على جهة الاكراه على ما مر والله اعلم هذا اذا كان الاكراه
على الكفر تاما فاما اذا كان ناقصا يحكم بكفره لانه ليس بمكره في الحقيقة لانه ما
فعله للضرورة بل لدفع الغم عن نفسه ولو قال قلبي مطمين بالايمان لا يصدق
في الحكم لانه خلاف الظاهر كالطايع اذا اجرى الكلمة ثم قال كان قلبي مطمينا
بالايمان ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى واما المكره على اتلاف مال
الغير اذا اتلف يجب الضمان على المكره دون المكره اذا كان الاكراه تاما
لان المتلف هو المكره من حيث المعنى وانما المكره بمنزلة الالة على
معنى انه مسلوب الاختيار ايثارا وارتضا وهذا النوع من الفعل مما
يمكن تحصيله باله غيره بان ياخذ المكره فيضرب به على المال فامكن جعله
الة المكره فكان التلف حاصلا باكراهه فكان الضمان عليه وان كان الاكراه
ناقصا فالضمان على المكره لان الاكراه الناقص لا يجعل المكره الة المكره
لانه لا يسلب الاختيار اصلا فكان الاتلاف من المكره فكان الضمان
عليه وكذلك لو اكره على ان ياكل مال غيره فالضمان عليه لان هذا النوع
من الفعل وهو الاكل مما لا يحمل عليه الاكراه لانه لا يتصور تحصيله باله
غيره فكان طايعا فيه فكان الضمان عليه ولو اكره على ان ياكل طعام نفسه
فاكل او على ان يلبس ثوب نفسه فلبس حتى تخرق لا يجب الضمان على المكره
لان الاكراه على اكل مال الغير لما لم يوجب الضمان على المكره فعلى مال
نفسه اولى معناه ان اكل مال نفسه ولبس ثوب نفسه ليس من باب
الاتلاف بل هو صرف مال نفسه الى مصلحة بقايه ومن صرف مال نفسه
الى مصلحته لا ضمان على احد ولو اذن صاحب المال المكره باتلاف ماله
من غير اكراه فاتلفه لا ضمان على احد لان الاذن باتلاف يعمل في الاموال
لان المال مما يباح في الاباحة والاتلاف مال ماذون فيه لا يوجب الضمان
واما النوع الثالث اما المكره على القتل فان كان الاكراه تاما فلا
قصاص عليه عند ابي حنيفة ومحمد لكن يعزر ويجب على المكره وعند
ابي يوسف لا يجب القصاص عليهما ولكن تجب الدية على المكره وعند
زفر يجب القصاص على المكره دون المكره وعند الشافعي يجب عليهما
وجه قول الشافعي ان القتل اسم لفعل مفضي الى زهوق الحيوة

عادة وقد وجد من كل واحد منهما الا انه حصل من المكرَه مباشرة ومن المكرِه
تسبيبا فيجب القصاص عليهما جميعا وجه قول زفر ان القتل وجد من المكرَه
حقيقة اذ الاصل اعتبار الحقيقة لا يجوز العدول عنها الا بدليل وجه
قول ابي يوسف ان المكرِه ليس بقاتل حقيقة بل هو مسبب للقتل وانما
القاتل هو المكرَه حقيقة ثم لما لم يجب القصاص عليه فلان لا يجب على المكرِه
اولى وجه قول ابي حنيفة ومحمد ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال عفوت عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه وعفو الشي
عفو موجبه فكان موجب المستكره عليه معفوا بظاهر الحديث ولان
القاتل هو المكرِه من حيث المعنى وانما الموجود من المكرَه صورة القتل
فاشبه الالة او القتل مما يمكن اكتسابه باله الغير كاتلاف المال ثم المتلف
هو المكرِه حتى كان الضمان عليه فكذا القاتل الا ترى انه اذا اكره على قطع يد
نفسه له ان يقتص من المكرِه ولو كان هو القاطع حقيقة لما اقتص ولا
معنى الحيوة امر لا بد منه في كتاب القصاص قال الله تعالى ولكم في القصاص
حيوة ومعنى الحيوة شرعا واستيفاء لا يحصل بشرع القصاص في حق المكرِه
واستيفايه منه على ما مر في مسايل الخلاف كذلك وجب على المكرِه دون
المكرَه وان كان الاكراه ناقصا فالقصاص على المكرَه بلا خلاف لان الاكراه
الناقص لا يسلب الاختيار اصلا فلا يمنع وجوب القصاص وكذلك لو
كان المكرَه صبيا او معتوها فيفعل ما امر به فالقصاص على المكره عند
ابي يوسف ومحمد لما ذكرنا ولو كان المكره صبيا يعقل وهو مطاع او بالغ مختلط
العقل وهو مسلط لا قصاص عليه وعلى عاقلته الدية لان عمد الصبي خطا
ولو قال المكرَه على قتله للمكرِه اقتلني من غير اكراه فقتله لا قصاص عليه
عند اصحابنا الثلاثة لانه اذا قتله من غير اذن لا يجب عليه فهذا اولى وعند
زفر يجب عليه القصاص وكذا لا قصاص على المكره عندنا وفي وجوب الدية
روايتان وموضع المسلة كتاب الديات ومن الاحكام التي تتعلق بالاكراه
على القتل ان المكره على قتل مورثه لا يحرم الميراث عند اصحابنا الثلاثة
لما ذكرنا ان الموجود من المكره صورة القتل لا حقيقة بل هو في معنى الالة فكان
القتل مضافا الى المكرِه ولانه قتل لا يتعلق به وجوب القصاص ولا وجوب
الكفارة فلا يوجب حرمان الميراث وعلى قياس قول زفر والشافعي يحرم
الميراث لانه يتعلق به وجوب القصاص واما المكرِه فيحرم الميراث
عند ابي حنيفة ومحمد والشافعي لوجوب القصاص عليه وعند زفر وابي
يوسف لا يحرم لانعدام وجوب القصاص عليه والكفارة والله اعلم
هذا اذا كان المكره بالغا فان كان صبيا وهو وارث المقتول لا يحرم الميراث
لان من شرط القتل جازما ان يكون حراما وفعل الصبي لا يوصف بالحرمة
ولهذا اذا قتله بيد نفسه لا يحرم فاذا قتله بيد غيره اولى وكذلك المكره
على قطع يد انسان اذا قطع فهو على هذا الاختلاف الذي ذكرنا في القتل غير ان
صاحب اليد اذا اذن المكره بقطع يده من غير اكراه فقطع لا ضمان على احد وفي
باب القتل اذا اذن المكرَه على قتله المكره بالقتل فقتل فهو اختلاف الرواية

في وجوب

في وجوب الدية على المكره والفرق ان الاطراف يسلك بها مسالك الاطراف
في بعض الاحوال والاذن باتلاف المال المحض مبيح فالاذن باتلاف ما له حكم
المال في الجملة يورث شبهة الاباحة فيمنع وجوب الضمان بخلاف النفس
يدل على التفرقة بينهما انه اذا قال له لتقطعن يدك والا لاقتلنك كان في
سعة من ذلك ان شا الله ولا يسعه ذلك في النفس والله اعلم واما المكره على
الزنا فقد كان ابو حنيفة رحمه الله يقول اولا اذا اكره الرجل على الزنا يجب
عليه الحد وهو القياس ان الزنا من الرجل لا يتحقق الا بانتشار الالة والاكراه
لا يوثر فيه فكان طايعا في الزنا فكان عليه الحد ثم رجع وقال اذا كان الاكراه
من السلطان لا يجب بنا على ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان عنده وعندهما
يتحقق من السلطان وغيره فاذا جا من غير السلطان ما يجي من السلطان لا يجب
والفرق لابي حنيفة ما ذكرنا من قبل ان المكره يلحقه الغوث اذا كان الاكراه
من غير السلطان ولا يجد عونا اذا كان الاكراه منه واما قوله ان الزنا لا يتحقق
الا بانتشار الالة فنعم لكن ليس من ينتشر الته يفعل فكان فعله بنا على اكراهه
فيعمل فيه ليصير ورنه مدفوعا اليه خوفا من القتل فيمنع وجوب الحد ولكن
يجب العقر على المكره لان الزنا في دار الاسلام لا يخلو عن احد الغرامتين
وانما وجب العقر على المكره دون المكرِه لان الزنا لا يتصور تحصيله بالة
غيره والاصل ان كل ما لا يتصور تحصيله باله الغير فضمانه على المكرَه وما
يتصور تحصيله باله الغير فضمانه على المكرِه وكذلك المراة اذا اكرهت
على الزنا لا حد عليها لانها بالاكراه صارت محمولة على التمكين خوفا من معرة السيف
فيمنع وجوب الحد عليها في جانب الرجل بل اولى لان الموجود منها ليس الا التمكين
ثم الاكراه لما اثر في جانب الرجل فلان يوثر في جانبها اولى هذا اذا كان اكراه
الرجل تاما فاما اذا كان ناقصا بحبس او قيد او ضرب لا يخاف منه التلف
يجب عليه الحد لما ان الاكراه الناقص لا يجعل المكره مدفوعا الى فعل
ما اكره عليه فيبقى مختارا مطلقا فيواخذ بحكم فعله واما في حق المراة
فلا فرق بين الاكراه التام والناقص ويدرا الحد عنها في نوعي الاكراه
لانه لم يوجد منها فعل الزنا بل الموجود هو التمكين وقد خرج من ان
يكون دليل الرضا بالاكراه فيدرا عنها الحد هذا الذي ذكرنا اذا كان المكره
عليه معينا فاما اذا كان مخيرا فيه بان اكره على احد فعلين من الانواع الثلاثة
غير عين فنقول وبالله التوفيق اما الحكم الذي يرجع الى الاخرة وهو ما
ذكرنا من الاباحة والرخصة والحرمة المطلقة فلا يختلف بالتخيير بين المباح
وبين المرخص انه يبطل حكم الرخصة اعني به ان كل ما يباح حالة التعيين
يباح حالة التخيير وكل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين لا يباح ولا يرخص
حالة التعيين وكل ما يرخص حالة التعيين يرخص حالة التخيير الا اذا
كان التخيير بين المباح وبين المرخص وبيان هذه الجملة اذا اكره على اكل ميتة
او كل ما لا يباح ولا يرخص حالة التعيين من قطع اليد وشتم المسلم والزنا
يباح له الاكل ولا يباح له شي من ذلك ولا يرخص كما في حالة التعيين ولو
امتنع عن القتل حتى قتل يأثم كما في حالة التعيين ولو اكره على القتل

او الزنا لا يرخص ان يفعل احدهما ولو امتنع عن احدهما حتى قتل لا ياثم بل يثاب
كما في حالة التعيين ولو اكره على القتل او اتلاف مال انسان رخص له الاتلاف ولو
لم يفعل احدهما حتى قتل لا ياثم بل يثاب كما في حالة التعيين وكذا اذا اكره على
قتل انسان واتلاف مال نفسه يرخص له الاتلاف دون القتل كما في حالة التعيين
ولو امتنع عنهما حتى قتل لا ياثم وكذا لو اكره على القتل او الكفر يرخص له ان
يجري كلمة الكفر اذا كان قلبه مطمينا بالايمان ولا يرخص له القتل ولو امتنع حتى
قتل فهو ماجور كما في حالة التعيين واما اذا اكره على اكل ميتة او الكفر لم يذكر
هذا الفصل في الكتاب وينبغي ان لا يرخص له كلمة الكفر اصلا كما لا يرخص له
القتل لان الرخصة في اجرا الكلمة لمكان الضرورة ويمكنه دفع الضرورة
بالمباح المطلق وهو الاكل فكان اجرا الكلمة حاصلا باختياره مطلقا فلا يرخص
له والله اعلم واما الحكم الذي يرجع الى الدنيا فقد يختلف بالتخيير حتى انه
لو اكره على اكل الميتة او قتل المسلم فلم ياكل وقتل يجب القصاص على المكره لانه
يمكنه دفع الضرورة بتناول المباح فكان القتل حاصلا باختياره من غير ضرورة
فيواخذ بالقصاص ولو اكره على القتل او الكفر فلم يات بالكلمة حتى قتل القياس
ان يجب القصاص على المكره لانه مختار في القتل حيث اثر الحرام المطلق على المرخص
فيه وفي الاستحسان انه لا قصاص عليه ولكن تجب الدية في ماله ان لم يكن
عالما ان لفظ الكفر مرخص له منهم من استدل بهذه اللفظة على انه لو كان عالما
ومع ذلك تركه وقتل يجب القصاص على المكره لانه اخرجها مخرج الشرط ومنهم
من قال لا يجب علم او لم يعلم ووجه استحسان ما ذكر في الكتاب ان امر هذا الرجل
محمول على انه ظن ان اجرا كلمة الكفر على اللسان اعظم حرمة من القتل فاورث
شبهة الرخصة في القتل والقصاص لا يجب مع الشبهات حتى لو كان عالما يجب القصاص
عند بعضهم لانعدام الظن المورث للشبهة وعند بعضهم لا يجب لانه وان
علم بالرخصة فقد استعظم حرمة الكفر بالامتناع عنه فجعل استعظامه شبهة
دارية للقصاص والله اعلم واما وجبت الدية في ماله لا على العاقلة لانه
عمد وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا يرجع على المكره لان
القتل حصل باختياره فلا يملك الرجوع عليه ولو اكره على القتل او الزنا فزنا القياس
ان يجب عليه الحد وفي الاستحسان يدرا عنه لما مر ولو قتل لا يجب القصاص على
المكره ولكن يودب بالحبس والتعزير ويقتص من المكره كما في حالة التعيين على
ما مر والله اعلم هذا كله اذا كان على الافعال الحسية فاما اذا كان على التصرفات
الشرعية فنقول وبالله التوفيق التصرفات الشرعية في الاصل نوعان انشا واقرار
والانشا نوعان نوع لا يحتمل الفسخ ونوع يحتمله اما الذي لا يحتمل الفسخ فالطلاق
والعتاق والنكاح والرجعة واليمين والنذر والظهار والايلا والفي في
الايلا والتدبير والعفو عن القصاص وهذه التصرفات جايزة مع الاكراه عند
وعند الشافعي لا يجوز واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال
عفوت عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا عليه فلزم ان يكون حكم كل ما
ما استكرهوا عليه عفوا ولان القصد الى ما وضع له التصرف شرط جوازه
ولهذا لا يصح تصرف الصبي والمجنون وهذا الشرط يفوت بالاكراه لان المكره

لا يقصد بالتصرف ما وضع له وانما يقصد دفع معرة السيف عن نفسه ولنا ان
عمومات النصوص واطلاقها تقتضي شرعية هذه التصرفات من غير تخصيص وتقييد
اما الطلاق فلقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن ولقوله صلى الله عليه وسلم كل طلاق
جايز الا طلاق الصبي والمعتوه ولان الفايت بالاكراه ليس الا الرضا طبعا وانه ليس
بشرط لوقوع الطلاق فان طلاق الهازل واقع وليس براض به طبعا وكذلك الرجل قد يطلق
امراته الفايقة حسنا وجمالا الرايقة تغنجا ودلالا لخلل في دينها وان كان لا يرضى به
طبعا ويقع الطلاق عليها واما الحديث فقد قيل ان المراد منه الاكراه على الكفر لان
القوم كانوا حديثي العهد بالاسلام وكان الاكراه على الكفر ظاهرا يوميذ وكان يجري
على السنتهم كلمات الكفر خطا وسهوا فعفا الله ذلك من فضله عن هذه الامة على
لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم مع انا نقول بموجب الحديث ان كل مستكره
عليه معفو عن هذه الامة لكنا لا نسلم ان الطلاق وكل تصرف قولي مستكره عليه
وهذا لان الاكراه لا يعمل على الاقوال كما لا يعمل على الاعتقادات لان احدا لا يقدر
على استعمال لسان غيره بالكلام ما يعتقده بقلبه خيرا فكان كل متكلم مختارا فيما
يتكلم به فلا يكون مستكرها عليه حقيقة فلا يتناوله الحديث وقوله القصد الى
ما وضع له التصرف قلنا هذا باطل بطلاق الهازل ثم ان كان شرطا فهو موجود هاهنا
لانه قاصد دفع الهلاك على نفسه ولا يندفع عنه الا بالقصد الى ما وضع له فكان
قاصدا اليه ضرورة ثم لا يخلوا اما ان اكره على تنجيز الطلاق او على تعليقه بشرط
او على تحصيل الشرط الذي علق به وقوع الطلاق وحكم الجواز لا يختلف في نوعي التنجيز
والتعليق وحكم الضمان يتفق مرة ويختلف اخرى وسنذكر تفصيل هذه الجملة في فصل
الاكراه على الاعتاق ان شا الله تعالى وانما نذكر هاهنا حكم جواز التطليق المنجز
فنقول وبالله التوفيق اذا جاز طلاق المكره فان كان قبل الدخول بها يجب عليه
نصف المفروض ان كان المهر مفروضا والمتعة اذا لم تكن مفروضا الان هذا حكم الطلاق
قبل الدخول ويرجع به لانه هو الذي دفعه الى مباشرة سببه وهو الطلاق فكان
قرار الضمان عليه وان كان بعد الدخول بها يجب عليه كمال المهر ولا سبيل له على المكره
لان المهر تاكد باستيفا منفعة البضع على وجه لا يحتمل السقوط وهو الذي استوفى
المبدل باختياره فعليه تسليم البدل والله اعلم وكذلك اذا كان الاكراه ناقصا
لا سبيل على المكره لانه لا يخل باختيار المكره اصلا على ما مر هذا اذا كان الاكراه على الطلاق
فاما اذا كان الاكراه على التوكيل بالطلاق ففعله الوكيل فحكمه يذكر في فصل الاكراه على
الاعتاق ان شا الله تعالى واما العتاق فلما روي ان رجلا جا الى النبي صلى الله عليه وسلم
وقال علمني عملا يدخلني الجنة قال اعتق النسمة وفك الرقبة فقال اليسا واحدا فقال
لا عتق النسمة ان يفرد بعتقها وفك الرقبة ان يعين في عتقها وغيرها من الاحاديث
التي فيها ندب الى الاعتاق من غير فصل بين المكره والطايع ولان الاعتاق تصرف قولي
فلا يوثر فيه الاكراه كالطلاق ثم لا يخلوا ان كان الطلاق الاكراه على تنجيز العتق او على
تعليقه بشرط او على شرط العتق المعلق به اما اذا اكرهه على تنجيز العتق فاعتق يضمن
المكره قيمة العبد موسرا كان او معسرا ولا يرجع المكره على العبد بالضمان ولا سعاية
على العبد والولا للمولاه اما وجوب الضمان على المكره فلان العبد ادمي هو مال والاعتاق
اتلاف المالية والاموال مضمونة على المكره بالاتلاف فكان الضمان على المكره كما في ساير

على المكره صح

الاموال ويستوي فيه يساره واعساره لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار
والاعسار ولا يرجع على العبد بالضمان لان سبب وجوب الضمان منه باختياره
فلا معنى للرجوع الى غيره والولا للمكره لان الاعتاق من حيث هو كلام مضاف
الى المكره لاستحالة ورود الاكراه على الاقوال فكان الولا له ولا سعاية على العبد
لان العبد انما يستسعى اما لتخريجه الى العتق تكميلا له واما لتعلق حق الغير
به فلا حاجة الى التكميل وكذا لا حق تعلق به ولا سعاية عليه ولو اكره على شرا ذي
رحم محرم منه عتق عليه لان شرا القريب اعتاق بالنص والاكراه لا يمنع جواز
الاعتاق لكن لا يرجع المكره هاهنا بقيمة العبد الى المكره لانه حصل له عوض
وهو صلة الرحم ولو كان العبد مشتركا بين اثنين فاكره احدهما على اعتاقه
فاعتقه جاز لما ذكرنا ان الاكراه لا يمنع جواز الاعتاق لكن يعتق نصفه عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يعتق كله بنا على ان الاعتاق يتجزى عنده وعندهما
لا يتجزى ولا يضمن الشريك المكره للشريك الاخر نصيبه ولكن يضمن
المكره نصيب المكره لان الاعتاق من حيث هو اتلاف المال مضاف الى
المكره فكان المتلف من حيث المعنى هو المكره فكان الضمان عليه سوا كان موسرا
او معسرا وهذا بخلاف حالة الاختيار اذا اعتقه احد الشريكين انه لا يضمن
لشريكه الساكت اذا كان المعتق معسرا وهاهنا يضمن موسرا كان او معسرا
لان الضمان الواجب على المكره ضمان اتلاف على ما مر والاصل ان ضمان الاتلاف
لا يختلف باليسار والاعسار والواجب على احد الشريكين حالة الاختيار
ليس بضمان اتلاف لانعدام الاتلاف منه في نصيب شريكه اما على اصل
ابي حنيفة فظاهر لانه لا يعتق نصيب شريكه وعلى اصلهما وان عتق لكن
لا باعتاقه لان اعتاقه تصرف في ملك نفسه الا انه عتق نصيب شريكه
عند تصرفه لا بتصرفه فلا يكون مضافا اليه كمن حفر بيرا في دار نفسه
فوقع فيها غيره او سقى ارض نفسه ففسدت ارض غيره حتى لا يجب عليه
الضمان الا ان وجوب الضمان على احد الشريكين حالة الاختيار عرف شرعا
والشرع ورد به على الموسر فيقتصر على مورد الشرع وشريك المكره بالخيار
ان شا اعتق نصيبه وان شا دبره وان شا كاتبه وان شا استسعاه موسرا
كان المكره او معسرا وان شا ضمن المكره ان كان موسرا فان اختار تضمين المكره
فالولا بين المكره والمكره لانه انتقل نصيبه اليه باختيار الضمان وان
اختار الاعتاق او السعاية فالولا بينه وبين شريكه وهذا قول ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما ان كان المكره موسرا فلشريك المكره ان يضمنه لا غير
وان كان معسرا فله ان يستسعي العبد لا غير كما في حالة الاختيار وموضع
المسالة كتاب العتاق وانما ذكرنا بعض ما يختص بالاكراه والله اعلم
واما التدبير فلان التدبير تحرير قال النبي صلى الله عليه وسلم المدبر
لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث الا انه للحال تحرير من وجه
والاكراه لا يمنع نفاذ التحرير من كل وجه فلا يمنع نفاذ التحرير من
وجه بالطريق الاولى ويرجع على المكره للحال بما نقصه التدبير وبعد
موته يرجع ورثته على المكره ببقية قيمته لان التدبير للحال اثبات

الحرمة من وجه وانما تثبت الحرمة من كل وجه في اخر جزء من اجزاء حيوته فكان
الاكراه على التدبير اتلافا لمال المكره للحال من وجه فيضمن بقدره من النقصان
ثم يتكامل الاتلاف في اخر جزء من اجزاء حيوته فتكامل الضمان عند ذلك وذلك
ببقية قيمته فاذا مات المكره صار ذلك ميراثا لورثته فكان لهم ان يرجعوا
به على المكره والله اعلم هذا اذا اكره على تنجيز العتق فاما اذا اكره على تعليقه
بشرط اما حكم الجواز فلا يختلف في النوعين لما ذكرنا واما حكم الضمان فقد
يختلف بيان ذلك اذا اكره على تعليق العتق بفعل نفسه فانه ينظر فان كان
فعلا لا بد منه بان كان مفروضا عليه او يخاف من تركه الهلاك على نفسه كالاكل
والشرب ففعله حتى عتق يرجع بالضمان على المكره لان الاكراه على تعليق العتق
بفعل لا بد له منه اكراه على ذلك الفعل فكان مضافا الى المكره وان كان فعلا
له منه بد كتقاضي دين الغريم او نحوه وله منه بد ففعل حتى عتق لا يرجع
بالضمان على المكره لانه اذا كان له منه بد لا يكون مضطرا الى تحصيله اذ لا يلحقه
بتركه كبير ضرر فاشبه الاكراه الناقص فلا يكون الاكراه على تعليق العتق
به اكراها عليه فلا يكون تلف المال مضافا الى المكره فلا يرجع عليه بالضمان
ولو اكره على ان يقول كل مملوك املكه فيما يستقبل فهو حر فقال ذلك ثم ملك
مملوكا حتى عتق عليه فان ملكه بشرا او هبة او صدقة او وصية لا ضمان
على المكره لانه انما ملكه باختياره فتنقطع اضافة الاتلاف الى المكره وان ملك
بارث فكذلك في القياس وفي الاستحسان يضمن لانه لا صنع للمكره في الارث
فبقي الاتلاف مضافا الى المكره ولو اكره على ان يقول لعبده ان شئت فانت
حر فقال شئت حتى عتق ضمن المكره لان مشية العتق توجد غالبا فاشبه
التعليق بفعل لا بد منه فكان الاكراه على الاعتاق اكراها عليه هذا اذا اكره
على تعليق العتق بالشرط فاما اذا اكره على تحصيل الشرط الذي علق به العتق
عن طوع بان قال رجل لعبده ان ملكتك فانت حر فاكره على الشرا فاشتراه
حتى عتق لا يرجع على المكره بشي لان العتق لم يثبت بالشرط وهو الشرا وانما
يثبت بالكلام السابق وهو طايع فيه وكذا اذا قال لعبده ان دخلت الدار
فانت حر فاكره على الدخول حتى عتق لا ضمان على المكره لما ذكرنا ثم انما يضمن المكره
في جميع ما وصفنا اذا كان الاكراه تاما فاما اذا كان ناقصا فلا ضمان لما مر ان
الاكراه الناقص لا يقطع على الاضافة عن المكره بوجه فلا يوجب الضمان على المكره
والله اعلم هذا الذي ذكرنا اذا اكره على الاعتاق المطلق عينا فاما اذا اكره على احدهما
غير عين بان اكره على ان يعتق عبده او يطلق امراته فان لم تكن المراة
مدخولا بها ففعل المكره احدهما غرم المكره الاقل من قيمة العبد ومن
نصف مهر المراة اما اذا فعل اقلهما ضمانا فظاهر لانه ما اتلف عليه الا هذا القدر
وكذلك اذا فعل اكثرهما ضمانا لانه امكنه دفع الضرورة باقل الفعلين ضمانا
فاذا فعل اكثرهما ضمانا كان مختارا في الزيادة لانعدام الاضطرار في هذا
القدر فلا يكون تلف هذا القدر مضافا الى المكره وان كانت المراة مدخولا
بها ففعل المكره احدهما لا شي على المكره اما اذا طلق فظاهر لان الطلاق
بعد الدخول لا يوجب الضمان على المكره لما ذكرنا من قبل وكذلك اذا اعتق

لانه امكنه دفع الضرورة بما لا يتعلق به ضمان اصلا وهو الطلاق فكان مختارا
فكان مختارا في الاعتاق فلا يكون الاتلاف مضافا الى المكره فلا يضمن وكذلك
اذا كانت المراة غير مدخول بها ولكن الاكراه ناقص فيفعل المكره احدهما لا ضمان
على المكره لما مر ان الاكراه الناقص لا يقطع اضافة الفعل الى المكره لان الضرورة
لا تتحقق به فكان مختارا مطلقا فيه فلا يواخذ به المكره هذا اذا اكره على الاعتاق
فاما اذا اكره بالتوكيل في الاعتاق على التوكيل بالاعتاق فوكل غيره به ففعل الوكيل
فالقياس ان لا يصح التوكيل ولا يجوز اعتاق الوكيل لان الوكيل تصرف يحتمل الفسخ
فاشبه البيع ولهذا يبطله الهزل كالبيع فلا يصح مع الاكراه كما لا يصح في البيع
وفي الاستحسان يجوز لان الاكراه لا يمنع صحة الاكراه الاعتاق فلا يمنع
صحة التوكيل بالاعتاق بخلاف البيع فان الاكراه يمنع صحة البيع فيمنع صحة
التوكيل به واما قوله انه يحتمل الفسخ والهزل فنعم لكن تصرف قولي فلا يعمل
عليه الاكراه كما لا يعمل على الاعتاق والطلاق والنكاح ونحوها بخلاف البيع
فانه اسم للمبادلة حقيقة وحقيقة المبادلة بالتعاطي وانما الايجاب
والقبول دليل عليه حالة الطوع فيعمل عليه الاكراه على ما نذكره في موضعه
ان شاء الله تعالى واذا نفذ اعتاق الوكيل يرجع المكره على المكره بقيمة
العبد استحسانا والقياس ان لا يرجع لان الموجود من المكره الاكراه على
التوكيل بالاعتاق لا على الاعتاق وانما الاعتاق حصل باختيار الوكيل ورضاه
فلا يكون مضافا الى المكره كشهود التوكيل بالاعتاق اذا لا يضمنون
لانهم شهدوا بالوكالة لا بالاعتاق كذا هاهنا وجه الاستحسان ان الاكراه
على التوكيل بالاعتاق اكراه على الاعتاق لانه اذا وكل بالاعتاق ملك الوكيل
اعتاقه عقيب التوكيل بلا فصل فيعتقه فيتلف ماله فكان الاتلاف
مضافا الى المكره فيواخذ بضمانه ولا ضمان على الوكيل لانه فعله بامر امرا
صحيحا وان كان الاكراه ناقصا فلا ضمان على المكره لما مر غير مرة واما النكاح
فلعموم قوله تعالى فانكحوا الايامى منكم وغيره من عموم النكاح من غير
تخصيص ولان النكاح تصرف قولي ولا يوثر فيه الاكراه كالطلاق والعتاق
ثم اذا جاز النكاح مع الاكراه فلا يخلو اما ان اكره الزوج او المراة فان
اكره الزوج فلا يخلو اما ان يكون المسمى في النكاح مقدار مهر المثل واما
ان يكون اقل من مهر المثل واما ان يكون اكثر منه فان كان المسمى قدر
مهر المثل او اقل منه يجب المسمى ولا يرجع على المكره لانه ما اتلف عليه ماله
حيث عوضه بمثله لان منافع البضع جعلت اموالا متقومة عند
دخولها في ملك الزوج لكونها سببا لحصول الادمي تعظيما للادمي صيانة
له عن الابتذال واذا لم يوجد الاتلاف فلا يجب عليه الضمان وان كان
المسمى اكثر من مهر المثل قدر مهر المثل وتبطل الزيادة لان تسمية الزيادة
على قدر مهر المثل لم تصح مع الاكراه فبطلت وجعل كانه لم يفرض الا قدر
المثل وهذا لان الاكراه وقع على النكاح وعلى ايجاب المال الا ان الاكراه
لا يوثر في النكاح ويوثر في ايجاب المال كما يوثر في الاقرار بالمال
فكان ينبغي ان لا تصح تسمية المهر اصلا الا انها صحت في قدر مهر المثل

شرعا

شرعا لان الشرع لو ابطل هذا القدر لاثبته ثانيا فلم يكن الابطال مفيدا فلم
يبطل لئلا يخرج الابطال مخرج العبث ولا ضرورة في الزيادة فلا تصح تسميتها
هذا اذا اكره الزوج على النكاح فاما اذا اكرهت المراة فان كان المسمى في النكاح
قدر مهر المثل او اكثر منه جاز النكاح ولزم وان كان المسمى اقل من مهر المثل
بان اكرهت على النكاح بالف درهم ومهر مثلها عشرة الاف فزوجها اولياؤها
وهم مكرهون جاز النكاح لما ذكرنا وليس للمراة على المكره من مهر مثلها شيء الا
لان المكره ما اتلف عليها مالا لان منافع البضع ليست متقومة بانفسها وانما
تصير متقومة بالعقد والعقد قومها بالقدر المسمى فلم يوجد من المكره اتلاف
مال متقوم عليها فلا يجب عليه الضمان ولا يجب الضمان على الشهود ايضا لانه
لما لم يجب على المكره فلان لا يجب على الشهود اولى ثم ينظر ان كان الزوج كفوا
يقال للزوج ان شئت فكمل لها مهر مثلها والا فيفرق بينكما فان فعل لزم
النكاح وان ابى تكميل مهر المثل يفرق بينهما ان لم ترض بالنقصان لان لها
في كمال مهر مثلها حقا لانها تتعير بنقصان مهر المثل فيلحقها ضرر العار
واذا فرق بينهما قبل الدخول بها ولو رضيت بالنقصان صريحا او دلالة
بان دخل بها عن طوع منها فلها المسمى وبطل حقها في التفريق لكن بقي حق الاولياء
فيه عند ابي حنيفة رحمه الله فلهم ان يفرقوا وعندهما ليس للاولياء حق
التفريق لنقصان المهر على ما عرف في كتاب النكاح ولو دخل بها على كره منها
لزمه تكميل مهر المثل لان ذلك دلالة اختيار التكميل وان لم يكن الزوج
كفوا فللمراة خيار التفريق لانعدام الكفاءة ولنقصان مهر المثل ايضا
وكذا للاولياء عند ابي حنيفة وعندهما لهم خيار عدم الكفاءة اما الاخيار
لهم لنقصان مهر المثل فان سقط احد الخيارين عنها يبقى لها حق التفريق
لبقاء الخيار الاخر وان سقط الخياران جميعا فلا فللاولياء خيار عدم الكفاءة
بالاجماع وفي خيار نقصان المهر خلاف على ما عرف حتى ان الزوج اذا دخل
بها قبل التفريق على كره منها حتى لزمه التكميل خيار النقصان وبقي لها خيار
عدم الكفاءة ولو رضيت بعدم الكفاءة ايضا صريحا او دلالة بان دخل بها
الزوج على طوع منها سقط الخياران جميعا وبطل حقها في التفريق اصلا لكن
للاولياء الخياران جميعا وعندهما احدهما دون الاخر ولو فرق بينهما
قبل الدخول بها لا شيء على الزوج لان الفرقة ما جاءت من قبله بل من قبل غيره
فلا يلزمه شيء واما الرجعة فلعموم قوله تعالى وبعولتهن احق بردهن عاما
من غير تخصيص ولان الرجعة لا تخلو من ان تكون بالقول او بالفعل وهو
الوطي واللمس عن شهوة والنظر الى الفرج عن شهوة والاكراه لا يعمل على النوعين
فلا يمنع جوازها واما اليمين والنذر بان اكره على ان يوجب على نفسه
صدقة او حجا او شيئا من وجوه القرب والظهار والفيء في الايلاء
فللعمومات الواردة في هذه الابواب من غير تخصيص لتطابع قال
الله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم
الايمان فكفارته وقال تعالى وليوفوا نذورهم وقال تعالى يا ايها
الذين امنوا اوفوا بالعقود اي بالعهود ولان النذر يمين وكفارته

كفارة اليمين على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال تعالى والذين
يظاهرون من نسايهم وقال تعالى للذين يولون من نسايهم تربص اربعة اشهر
فان فاوا فان الله غفور رحيم وان عزموا الطلاق فان الله سميع ولان هذه
تصرفات قولية وقد مر ان الاكراه لا يعمل على الاقوال والفي في الايلا في حق القادر
بالجماع وفي حق العاجز بالقول والاكراه لا يوثر في النوعين جميعا فكان طايعا
في الفي فيلزمه الكفارة ولا يرجع المكره بما لزمه في هذه التصرفات من الكفارة
والقربة المنذور بها على المكره لان الكفارة وجبت على المكره على سبيل التوسع
وكذا المنذور به لان الامر بهما مطلق عن الوقت وهما لا يجبر على فعلهما ايضا
فلو وجب على المكره لكان لا يخلوا من ان يجب عليه على الوجه الذي وجب على
المكره او لا على الوجه الذي وجب عليه ولا سبيل الى الاول لان الايجاب
على هذا الوجه لا يفيد المكره شيا فلا معنى لرجوعه عليه ولا سبيل الى
الثاني لانه يودي الى تغيير المشروع من وجهين احدهما جعل الموسع ضيقا
والثاني جعل ما لا يجبر على فعله وكل ذلك تغيير ولا يجوز تغيير المشروع من
وجه فكيف يجوز من وجهين وكذا في الايلا اذا لم يقربها حتى بانت بتطليقة
لا يرجع بما لزمه على المكره لانه انما لزمه ترك القربان وهو مختار في تركه
لانه يمكنه ان يقربها في المدة حتى لا تبين ولا يلزمه فاذا لم يقرب كان
ترك القربان حاصلا باختياره فلا يكون مضافا الى المكره والله اعلم
ولو اكره على كفارة اليمين لم يرجع على المكره لانها لزمته بفعله ولو اكره على ان
يعتق عبده عن ظهارة ينظر ان كانت قيمته قيمة عبد وسط لا يرجع على المكره
بشي لان ذلك وجب عليه بفعله فلا يرجع به عليه وان كانت قيمته اكثر من ذلك
يرجع عليه بالزيادة لانه ذلك القدر عليه لان الزيادة على عبد وسط لا يجب
عليه بالظهار ولا يجزيه عن الظهار لانه اعتاق دخله عوض والاعتاق
بعوض لا يجزي عن التكفير واما العفو عن دم العمد فلعموم قوله تعالى فمن تصدق
به فهو كفارة له وقوله به اي بالقصاص لانه اقرب المذكور والتصدق بالقصاص
هو العفو وقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم فقد
ندب الى العفو عاما ولانه تصرف قولي فلا يوثر فيه الاكراه ولا ضمان على المكره
لانه لم يوجد منه اتلاف المال لان القصاص ليس بمال ولهذا لا يجب الضمان
على شهود العفو اذا رجعوا والله اعلم واما النوع الذي يحتمل الفسخ كالبيع
والشرا والهبة والاجارة ونحوها فالاكراه يوجب فساد هذه التصرفات
عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يوجب توقفها على الاجازة كبيع الفضولي وعند
الشافعي يوجب بطلانها اصلا ووجه قولهما ان الرضا شرط البيع شرعا قال
الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه يسلب الرضا يدل عليه انه
لو اجاز المالك يجوز والبيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالاجازة كساير البياعات
الفاسدة فاشبه بيع الفضولي وهذه شبهة زفر ولنا ظواهر نصوص البيع
عاما مطلقا من غير تخصيص وتقييد ولان ركن البيع وهو المبادلة صدر مطلقا
من اهل البيع في محل هو مال مملوك البايع فيفيد الملك عند التسليم كما في ساير
البياعات الفاسدة ولا فرق سوى ان المفسد هناك لا مكان الجهالة او الربوا

وغير ذلك وهنا الفساد لعدم الرضى طبعا فكان الرضى طبعا شرط الصحة لا شرط الحكم وانعدام
شرط الصحة لا يوجب الحكم كما في ساير البياعات الفاسدة الا ان ساير البياعات
لا يلحقها الاجازة لان فسادها لحق الشرع من حرمة الربوا ونحو ذلك ولا يزول
برضا العبد وهاهنا الفساد لحق العبد وهو عدم رضاه فيزول باجازته
ورضاه واذا فسد البيع والشرا بالاكراه فلا بد من بيان ما يتعلق به من الاحكام
في الجملة والجملة فيه ان الامر لا يخلوا من ثلثة اوجه اما ان كان المكره هو البايع واما
ان كان المشتري واما ان كانا جميعا مكرهين فان كان المكره هو البايع فلا
يخلوا الامر فيه من وجهين اما ان كان مكرها على البيع طايعا في التسليم فباع
مكرها وسلم طايعا جاز لان البيع في الحقيقة اسم للمبادلة فاذا سلم طايعا
فقد اتى بحقيقة البيع باختياره فيجوز بطريق التعاطي وكلما اتى به من لفظ
البيع بالاكراه وجوده وعدمه بمنزلة واحدة الا ان يكون التسليم منه
طايعا اجازة لذلك البيع بل يكون هذا بيعا مبتدا بطريق التعاطي والثاني
ان التسليم منه اجازة لذلك البيع لانه ليس من شرط صحة البيع التسليم
حتى يكون الاكراه على البيع اكراها على ما لا صحة له بدونه اذ البيع يصح بدون
التسليم فكان طايعا في التسليم فصلح ان يكون دليل الاجازة بخلاف المكره
على الهبة او الصدقة اذا سلم طايعا انه لا يجوز ولا يكون التسليم اجازة
لان القبض شرط لصحتها الا ترى انهما لا يصحان بدون القبض فكان الاكراه
عليهما اكراها على القبض فلم يصلح التسليم دليلا على الاجازة فهو الفرق هذا اذا
كان مكرها على البيع طايعا في التسليم فاما اذا كان مكرها عليهما جميعا فباع مكرها
وسلم مكرها كان البيع فاسدا لان حقيقة البيع هو المبادلة والاكراه يوثر فيها
بالفساد ويثبت الملك للمشتري لما قلنا حتى لو كان المشتري فاعتقه نفذ
اعتاقه وعليه قيمة العبد لان الاعتاق تعذر عليه الفسخ اذ الاعتاق مما
لا يحتمل الفسخ فتقرر الهلاك فتقرر عليه القيمة فكان له ان يرجع بقيمة العبد
عليه كالبايع والمكره بالخيار ان شا رجع على المكره بقيمته ثم المكره يرجع على
المشتري وان شا رجع على المشتري اما حق الرجوع على المكره فلانه اتلف
عليه ماله بازالة يده عنه فاشبه الغاصب فيرجع عليه بضمان ما اتلفه
كالغاصب ثم يرجع بما ضمنه على المشتري لانه ملكه باداء الضمان فنزل
منزلة البايع واما حق الرجوع على المشتري فلانه في حق البايع بمنزلة غاصب
الغاصب وللمالك ولاية تضمين غاصب الغاصب كذا هذا ولو اعتق المشتري
قبل القبض لا ينفذ اعتاقه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض
والاعتاق لا ينفذ في غير الملك فان اجاز البايع البيع بعد الاعتاق نفذ البيع
ولم ينفذ الاعتاق وهذه المسلة من حيث الظاهر تدل على ان الملك يثبت
بالاجازة فكانت الاجارة في حكم الانشا ولكنا نقول ان الملك الظاهر يثبت
بالبيع السابق عند الاجازة بطريق الاستناد والمستند مقتصر من وجه ظاهر
من وجه فجاز ان لا يظهر في حق المعلق بل يقتصر وللبايع خيار الفسخ والاجازة
في هذا البيع قبل القبض وبعده لان الملك وان ثبت بعد القبض لكنه غير
لازم لاجل الفساد فيثبت له خيار الفسخ والاجازة قبل القبض وبعده رفعا

انعدام صح

المكره

للفساد واما المشتري فله حق الفسخ قبل القبض لانه لاحكم لهذا البيع قبل القبض
وليس له حق الفسخ بعد القبض لانه تابع في الشرا فكان لازما في جانبه لكن انما يملك
البايع فسخ هذا العقد اذا كان يحل الفسخ فاما اذا لم يكن بان تصرف المشتري
تصرفا لا يحتمل الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد ولا يملك الفسخ وتلزمه
القيمة وان تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع والاجارة والكتابة ونحوها
يملك الفسخ بخلاف ساير البياعات الفاسدة ان تصرف المشتري بازالة
الملك يوجب بطلان حق الفسخ اي تصرف كان ووجه الفرق ان حق الفسخ هناك
ثبت لمعني يرجع الي المملوك من الربا والزيادة والجهالة ونحو ذلك وقد زال ذلك
المعني بزوال المملوك عن ملك المشتري فبطل حق الفسخ فاما هاهنا فحق الفسخ
انما ثبت لمعني يرجع الي المالك وهو كرامته وفوات رضاه وانه قايم فكان حق
الفسخ ثابتا وكذلك لو باعه المشتري حتي تداولته الايدي له ان يفسخ العقود
كلها لما ذكرنا وكذلك انما يملك الاجازة اذا كان يحل الاجازة فاما اذا لم يكن
بان تصرف المشتري تصرفا لا يحتمل الفسخ لا تجوز اجازته حتي لا يجب الثمن على
المشتري بل يجب عليه قيمة العبد لان قيام المحل وقت الاجازة شرط لجواز الاجازة
لان الحكم يثبت في المحل ثم يستند والهالك لا يحتمل الملك فلا يحتمل الاجازة والمحل
بالاعتاق صار في حكم الهالك وتقرر هلاكه لانه لا يحتمل الفسخ فيستقر على المشتري
قيمته وان تصرف تصرفا يحتمل الفسخ كالبيع ونحوه يملك الاجازة وان تداولته
الايدي واذا اجاز واحدا من العقود جازت العقود كلها ما بعد هذا العقد
وما قبله ايضا بخلاف الغاصب اذا باع المغصوب ثم باعه المشتري هكذا حتي
تداولته الايدي وتوقفت العقود كلها فاجاز المالك واحدا منها انما كان يجوز
العقد خاصة دون غيره ولم يجز المالك شيا من العقود ولكنه ضمن واحدا
منهم يجوز ما بعد عقده دون ما قبله والفرق ان في باب الغصب لم ينعقد شي
من العقود بل توقف نفاذ الكل على الاجازة فكانت الاجازة شرط النفاذ
فينفذ ما الحقه الشرط دون غيره اما هاهنا فالعقود ما توقف نفاذها
على الاجازة لوقوعها نافذة قبل الاجازة اذ الفساد لا يمنع النفاذ فكانت
الاجازة ازالة الاكراه من الاصل ومتي زال الاكراه من الاصل جاز العقد
العقد الاول فتجوز العقود كلها فهو الفرق وبخلاف ما اذا ضمن المغصوب
منه احدهم لانه ملك المغصوب عند اختيار اخذ الضمان منه من وقت جنايته
وهو القبض اما بطريق الظهور واما بطريق الاستناد على ما عرف في مسايل
الخلاف فلا يظهر فيما قبله من العقود وهاهنا بخلافه على ما مر واذا قال البايع
اجزت جاز البيع لان المانع من الجواز هو الاكراه والاجازة ازالة الاكراه وكذا
اذا قبض الثمن لان قبض الثمن دليل الاجازة كالفضولي اذا باع مال غيره
فقبض المالك الثمن ولو لم يعتقه المشتري الاول ولكنه اعتقه المشتري
قبل الاجازة نفذ اعتاقه لان الملك ثابت له بالشرا وسوا كان قبض العبد
اولا لان شراه صحيح فيفيد الملك بنفسه بخلاف اعتاق المشتري الاول
قبل القبض لان البيع الفاسد لا يفيد الملك بنفسه بل بواسطة القبض
ولو اعتقه المشتري الاخير ثم اجاز البايع العقد الاول لم تجز اجازته

ذلك صح

حتى

حتي لا يملك المطالبة بالثمن بل تجب القيمة وهو بالخيار ان شا رجع بها على المكره
والمكره يرجع على المشتري الاول وان شا رجع على احد المشتريين ايهما كان
اما الرجوع على المكره فلما ذكرنا في اعتاق المشتري الاول لانه اتلف عليه ملكه
معني فله ان ياخذ منه ضمان الاتلاف وللمكره ان يرجع بذلك على المشتري الاول
لانه ملك المضمون باداء الضمان فنزل منزلة البايع وكان للبايع ان يرجع
عليه بالضمان فكذا ويصح كل عقد وجد بعد ذلك وان شا المكره رجع على
احد المشتريين ايهما شا لان كل واحد منهما في حق البايع بمنزلة غاصب الغاصب
فان اختار تضمين المشتري الاول بري المكره وصحت البياعات كلها لانه
ملكه المشتري الاول باختيار تضمينه فتبين انه باع ملك نفسه فصح
فيصح كل بيع وجد بعد ذلك وان اختار تضمين المشتري الاخر صح كل بيع
وجد بعد ذلك وبطل كل بيع كان قبله لانه لما اختار تضمينه فقد خصه
بملك المضمون فتبين ان كل بيع كان قبله كان بيع ما لا يملكه البايع
فبطل والله اعلم هذا اذا كان المكره هو البايع فاما اذا كان المكره هو
المشتري دون البايع فلكل منهما حق الفسخ قبل القبض وبعد القبض حق
الفسخ للمشتري دون البايع لما ذكرنا في اكراه البايع وللمشتري ان يجيز
هذا العقد كما للبايع اذا كان مكرها ولو اكره على الشرا والقبض ودفع
الثمن والمشتري عبد فاعتقه المشتري فذلك اجازة للبيع لان هذه
التصرفات لا تحتمل الفسخ بعد وجودها فكان الاقدام عليها التزاما
للملك كالمشتري بشرط الخيار اذا فعل شيا من ذلك وكذلك لو كان
المشتري امة فوطيها او قبلها بشهوة فهو اجازة للبيع لانه لو نقض
البيع لتبين ان الوطي صادف ملك الغير وذلك حرام والظاهر من
حال المسلم التحرز عن الحرام فكان اقدامه عليه التزاما للبيع دلالة
ولو لم يقبضه المشتري حتي اعتقه البايع نفذ اعتاقه لانه على ملكه
قبل التسليم وان اعتقه المشتري نفذ اعتاقه استحسانا والقياس
ان لا ينفذ وجه القياس ظاهر لانه اعتق ما لا يملكه ولا عتق فيما لا يملكه
ابن ادم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم وجه الاستحسان ان
المشتري يملك اجازة هذا البيع فاقدامه على الاعتاق اجازة له
تصحيحا لتصرفه وهذا لان تصرف العاقل يجب صيانته عن الالغا ما امكن
ولا صحة لتصرفه الا بالملك ولا يثبت قبل القبض الا بالاجازة فيقتضي
الاعتاق اجازة هذا العقد ولهذا نفذ اعتاق المشتري بشرط كذا هذا هذا
اذا اعتقه المشتري وحده ولو اعتقاه جميعا معا قبل القبض فاعتاق
البايع اولي لوجهين احدهما ان ملك البايع ثابت مقصودا وملك المشتري
يثبت ضمنا للاجازة الثابتة ضمنا للاعتاق فكان تنفيذ اعتاق البايع
اولي والثاني ان ملك البايع ثابت في الحال وملك المشتري يثبت في
الثاني فاعتبار الموجود للحال اولي هذا اذا كان المكره هو البايع او المشتري
فاما اذا كانا جميعا مكرهين على البيع والشرا فلكل واحد منهما خيار الفسخ
والاجازة لان البيع فاسد في حقهما والفاسد بالبيع الفاسد ملك غير

لازم يحتمل الفسخ والاجازة فان اجازا جميعا جاز وان اجاز احدهما دون
صاحبه جاز في جانبه وبقي الآخر الخيار في حق صاحبه ولو اعتقه المشتري
قبل وجود الاجازة من احدهما اصلا نفذ اعتاقه ولزمه القيمة لان
الاعتاق تصرف لا يحتمل النقض فكان اقدامه التزاما للبيع في جانبه
ولا يجوز اجازة البائع بعد ذلك لانه خرج من ان يكون محلا للاجازة
بالاعتاق ولما ذكرنا ان قيام المحل وقت الاجازة شرط صحة الاجازة وقد
هلك بالاعتاق ولو لم يعتقه المشتري ولكن اجاز احدهما البيع ثم اعتقاه
نفذ اعتاق البائع وبطل اعتاق المشتري لانه لا يخلو اما ان كانت الاجازة
من المشتري او من البائع فان كانت من المشتري اعتاق البائع لان اجازة
المشتري لم تعمل في جانب البائع فبقي البائع على خياره فاذا اعتق نفذ
اعتاقه وبطل اعتاق المشتري لانه ابطل خياره بالاجازة وان كانت
الاجازة من البائع فتنفيذ اعتاقه اولى ايضا لما ذكرنا من الوجهين
في اكراه المشتري ولو اجاز البائع البيع ثم اعتق المشتري ثم اعتق البائع
بعده نفذ اعتاق المشتري ولزمه الثمن ولا ينفذ اعتاق البائع اما
نفوذ اعتاق المشتري فلبقاء الخيار له واما عدم نفوذ اعتاق البائع
فلسقوط خياره بالاجازة واما لزوم الثمن المشتري فللزوم البيع في
الجانبين والله اعلم ويستوي ايضا في باب البيع والشرا الاكراه التام
والناقص لان كل ذلك يفوت الرضا ويستوي في الاكراه على البيع تسمية
المشتري وترك تسميته حتى يفسد البيع في الحالين جميعا لان غرض
المكره في الحالين جميعا واحد وهو ازالة ملك البائع وذلك يحصل بالبيع
من اي انسان كان ولو اوعده بضرب سوط او الحبس يوما او القيد يوما
فليس ذلك من الاكراه في شي لان ذلك لا يغير حالة المكره عما كان عليه
من قبل هذا اذا ورد الاكراه على البيع والتسليم فاما اذا ورد على التوكيل بالبيع
والتسليم فباع الوكيل وسلم وهو طائع والمبيع عبد فمولى العبد بالخيار
ان شا ضمن المكره وان شا ضمن الوكيل او المشتري فان ضمن الوكيل رجع
على المشتري وان ضمن المشتري لا يرجع على احد اما ولاية تضمين المكره
فلان الاكراه على التوكيل بالبيع اكراه على البيع لكن بواسطة التوكيل لان
التوكيل بالبيع تسبيب الى ازالة اليد ولانه اتلاف معنى فكان التلف بهذه
الواسطة مضافا الى المكره فكان له ولاية تضمينه واما تضمين الوكيل
فلانه قبض ماله بغير رضاه وكذلك المشتري وقبض مال الانسان بغير
رضاه سبب لوجوب الضمان فكان له ولاية تضمين ايهما شا فان ضمن الوكيل
يرجع على المشتري بقيمة العبد لانه لما ادى الضمان فقد نزل منزلة البائع
فيملك تضمينه كالبائع ولكن لا ينفذ ذلك البيع باداء الضمان لانه ما
ملكه باداء الضمان لانه لم يبعه لنفسه بل لغيره وهو المالك فيقف
نفاذه على اجازة من وقع العقد له وهو المالك لا على فعل يوجد منه وهو اداء
الضمان وهذا بخلاف ما اذا باع الغاصب المغصوب ثم ادى الضمان انه
ينفذ بيعه لان هناك باعه لنفسه لا لغيره وهو المالك لانه ملكه

باداء الضمان فجاز توقفه على فعله وهو اداء الضمان وجاز وقوعه على فعل مالكه
ايضا قبل اداء الضمان لان الغاصب انما ملكه باداء الضمان ومن الجائز ان لا
يختار المالك الضمان ولا يملكه الغاصب لذلك وقف على اجازة المالك وان
اختار تضمين المشتري لا يرجع المشتري على احد لان القيمة بدل المبيع
وقد سلم له المبدل ثم ان كان البائع قبض الثمن من المشتري يسترده منه
وان كان لم يقبضه فلا شي والله اعلم هذا اذا كان الاكراه تاما فان كان ناقصا
لا يرجع المكره على المكره بالضمان لان الاكراه الناقص لا يوجب نسبة الاتلاف
اليه على ما بينا ولكنه يرجع الى الوكيل او المشتري على ما بينا والله اعلم واما
الاكراه على الهبة فيوجب فسادها كالاكراه على البيع حتى انه لو وهب مكرها
وسلم مكرها لا يثبت الملك كما في البيع الا انهما يفترقان من وجه وهو ان في
باب البيع اذا باع مكرها وسلم طائعا يجوز وفي باب الهبة لا يجوز وسوا سلم
مكرها او طائعا وقد بينا الفرق بينهما فيما تقدم وكذا تسليم الشفعة من
هذا القبيل انه لا يصح مع الاكراه لان الشفعة في باب البيع الا ترى انه لا يتعلق
صحته باللسان كالبيع حتى تبطل الشفعة بالسكوت فاشبه البيع ثم البيع
يعمل عليه الاكراه فكذلك تسليم الشفعة ومن هذا القبيل الاكراه على الابرا
عن الحقوق لان الابرا فيه معنى التمليك ولهذا لا يحتمل التعليق بالشرط
ولا يصح في المجهول كالبيع ثم البيع يعمل عليه الاكراه فكذلك الابرا عن الحقوق
وكذلك الابرا عن الكفالة بالنفس ابرا عن حق المطالبة بتسليم النفس الذي
هو وسيلة المال فكان ملحقا بالبيع الذي هو تمليك المال فيعمل عليه الاكراه كما
يعمل في البيع والله اعلم هذا اذا كان الاكراه على الانشا فاما اذا كان الاقرار فيمنع
صحة الاقرار سوا كان المقر به محتملا للفسخ او لم يكن لان الاقرار اخبار
وصحة الاخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا على الاخبار والمخبر ههنا
يحتمل الوجود والعدم وانما يترجح جنبة الوجود على جنبة العدم بالصدق
وحال الاكراه لا يصدق لان الانسان لا يتحرج عن الكذب حالة الاكراه
فلا يثبت الرجحان ولان الاقرار من باب الشهادة قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا
كونوا قوامين بالقسط شهدا لله ولو على انفسكم والشهادة على انفسهم ليس
الا الاقرار على انفسهم والشهادة ترد بالتهمة وهو متهم حالة الاكراه ولو
اكره على الاقرار بالحدود والقصاص لما قلنا بل اولى لان الحدود والقصاص
تسقط بالشبهات فاما المال فلا يسقط بالشبهة فلما لم يصح هناك فلئن
لا يصح ههنا اولى ولو اكره على الاقرار بذلك ثم خلى سبيله قبل ان يقر به ثم اخذه
فاقر به من غير تجديد الاكراه فهذا على وجهين اما ان توارى عن بصر المكره
حين ما خلى سبيله واما ان لم يتوار عن بصره حين بعث من اخذه ورده
اليه فان كان توارى عن بصره ثم اخذه فاقر اقرارا مستقبلا جاز اقراره
لانه لما خلى سبيله حتى توارى عن بصره فقد ازال الاكراه عنه فاذا اقر
به من غير اكراه جديد فقد اقر طائعا فصح وان كان لم يتوار عن بصره
بعد حتى رده اليه فاقر به من غير تجديد الاكراه لم يصح اقراره لانه اذا
لم يتوار عن بصره فهو على الاكراه الاول ولو اكره على الاقرار بالقصاص فاقر

به فقتله حين ما اقر به من غير بينة فان كان المقر معروفا بالدعارة يدرا
عنه القصاص استحسانا فان لم يكن معروفا بها يجب القصاص
والقياس ان يجب القصاص كيف ما كان وجه القياس ان الاقرار اكراه لما
لم يصح شرعا صار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة فصار كما لو قتله ابتدا
وجه الاستحسان ان الاقرار ان كان لا يصح مع الاكراه لكن لهذا الاقرار
شبهة الصحة اذا كان المقر معروفا بالدعارة لوجود دليل الصدق في الجملة
وذا يورث شبهة في وجوب القصاص فيدرا للشبهة واذا لم يكن معروفا
بالدعارة فاقراره لا يورث شبهة في الوجوب فيجب ومثال هذا اذا دخل
على رجل في منزله فخاف صاحب المنزل انه داعر دخل عليه ليقتله ويأخذ ماله
فبادر وقتله فان كان الرجل الداخل معروفا بالدعارة لا يجب القصاص على صاحب
المنزل وان لم يكن معروفا يجب القصاص عليه كذا هذا واذا لم يجب القصاص
يجب الارش لان سقوط القصاص للشبهة وانها لا تمنع وجوب المال وروى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب الارش ايضا اذا كان معروفا
بالدعارة فصل واما بيان حكم ما عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه
او زاد على ما وقع عليه الاكراه او نقص عنه فنقول وبالله التوفيق العدول
عما وقع عليه الاكراه الى غيره لا يخلو من وجهين اما ان يكون بالعقد في الاعتقادات
او بالفعل في المعاملات اما حكم العدول عما وقع عليه الاكراه بالعقد في
الاعتقادات فقد ذكرناه فيما تقدم واما العدول الى غير ما وقع عليه الاكراه
بالفعل في المعاملات فنقول اذا عدل المكره الى غير ما وقع عليه الاكراه
بالفعل جاز ما فعل لانه طائع فيما عدل اليه حتى لو اكره على بيع جاريته فوهبها
جاز لانه عدل عما اكره عليه لتغاير البيع والهبة وكذلك لو طولب بمال وذلك
المال اصله باطل واكره على ادائه ولم يذكر له بيع الجارية فباع جاريته جاز
البيع لانه في بيع الجارية طائع ولو اكره على الاقرار بالف درهم فاقر بمائة
دينار او صنف اخر غير ما ذكره عليه جاز لانه طائع فيما اقر به وهذا بخلاف ما
اذا اكره على ان يبيع عبده من فلان بالف درهم فباعه منه بمائة دينار ان البيع
فاسد استحسانا جائز قياسا فقد اعتبر الدراهم والدنانير جنسين مختلفين
في الاقرار قياسا واستحسانا واعتبرهما جنسا واحدا في الانشا استحسانا
لانهما جنسان مختلفان حقيقة الا انهما جعلا جنسا واحدا في موضع الانشا
على مخالفة الحقيقة لمعنى هو منعدم في الاقرار وهو ان الغابت بالاكراه هو
الرضا طبعا والاكراه على البيع بالف درهم يعدم الرضا بالبيع بمائة دينار
قيمته الف لاتحاد المقصود منهما وهو الثمنية فكان انعدام الرضا
بالبيع باحدهما دليلا على انعدام الرضا بالاخر فكان الاكراه على البيع باحدهما
اكراها على البيع بالاخر بخلاف ما اذا اكره على البيع بالف فباعه بمكيل او
بموزون اخر سوى الدراهم والدنانير لان هناك المقصود مختلف فلم
يكن اكراهه البيع باحدهما كراهة البيع بالاخر وهذا المعنى لا يوجد
في الاقرار لان بطلان اقرار المكره لانعدام لا رجحان الصدق على جانب
الكذب في اخباره بدلالة الاكراه وهو الدراهم فكان صادقا في الاقرار

بالدنانير

بالدنانير لانعدام المانع من الرجحان فيه فهو الفرق واما اذا زاد على ما وقع عليه
بان اكره على الاقرار بالف درهم فاقر بالفين جاز اقراره بالف وبطل بالف لانه
في الاقرار بالالف الزائد طائع فصح ولو اكره على الاقرار لفلان فاقر له ولغيره
فان صدقه الغير في الشركة لم يجز اصلا بالاجماع وان كذبه فكذلك عند ابي
حنيفة وابي يوسف وعند محمد يجوز في نصيب الغير خاصة وجه قول محمد
ان المانع من الصحة عند التصديق وهو الشركة في مال لم يصح الاقرار بنصفه
شايعا فاذا كذبه لم تثبت الشركة فيصح اقراره للغير اذ هو فيما اقر له طائع
وجه قولهما ان الاقرار اخبار وصحة الاخبار عن الماضي بوجود المخبر به سابقا
على الاخبار والمخبر به الف مشتركة فلو صح اقراره لغير المقر له بالاكراه لم
يكن المخبر به على وصف الشركة فلم يصح اخباره عن المشترك فلم يصح اقراره
وهذه فريعة اختلافهم في المريض مرض الموت اذا اقر لوارثه ولاجنبي
بالدين انه لا يصح اقراره اصلا بالاجماع ان صدقه الاجنبي بالشركة وان كذبه
فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو اكره على هبة عبده لعبد الله فوهبه لعبد الله
وزيد فسدت في حصة عبد الله وصحت في حصة زيد لانه مكره في حصة
عبد الله لوروده الاكراه على كل العبد والاكراه على كل شي اكراه على بعضه فلم
تصح الهبة في حصته طائع في حصة زيد وانه هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة
فصحت في قسمته ولو كان مكان العبد الف فالهبة في الكل فاسدة بالاجماع بين
اصحابنا اما على اصل ابي حنيفة فظاهر لان هبة الطائع من اثنين لا تصح
عنده فهبة المكره اولى واما على اصلهما فلانه لما وهب الالف منهما والهبة
من احدهما لا تصح بحكم الاكراه كان واهبا نصف الالف من الاخر وهذه هبة
المشاع فيما يحتمل القسمة وانه لا يصح ولا خلاف بين اصحابنا بخلاف حالة
الطواعية والله اعلم هذا اذا زاد على ما وقع عليه الاكراه فاما اذا نقص
عنه بان اكره على الاقرار بالف درهم فاقر بخمسمائة فاقراره باطل لان الاكراه
على الف اكراه على خمسمائة لانها بعض الالف والاكراه على كل الشي اكراه على بعضه
فكان مكرها في الاقرار بخمسمائة فلا يصح ولو اكره على بيع جاريته بالف درهم
فباعها بالفين جاز البيع بالاجماع ولو باعها باقل منه فقد عقد عقدا اخر
اذ البيع بالف غير البيع بخمسمائة فكان طائعا فيه فجاز وجه الاستحسان
ان غرض المكره هو الاضرار بالبائع بازالة ملكه وان قل الثمن فكان الاكراه
على البيع بالف اكراها على البيع فيبطل بخلاف ما اذا باعه بالفين لان حال
المكره دليل على انه لا يامره بالبيع باوفر الثمنين فكان طائعا في البيع بالفين
فجاز والله اعلم بالصواب

كتاب القسمة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان انواع القسمة وفي بيان
شرعية كل نوع وفي بيان معنى القسمة لغة وشرعا وفي بيان شرايط
جواز القسمة وفي بيان صفات وفي بيان حكم القسمة وفي بيان ما
يوجب نقض القسمة بعد وجودها اما الاول فالقسمة في الاموال المشتركة
نوعان احدهما قسمة الاعيان والثاني قسمة المنافع وقسمة كل واحد من
النوعين مشروعة اما قسمة الاعيان فقد عرفت شرعيتها بالسنة

هو البيع بالف فاذا باع باقل صح
جاز قياسا وجه القياس ان المكره عليه
من الف فالبيع فاسد استحسانا

الجواز

واجماع الامة اما السنة فما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنايم خيبر
بين الغانمين وادنى درجات فعله الشرعية واما الاجماع فان الناس استعملوا
القسمة من لدن ادم صلوات الله عليه وسلامه الى يومنا هذا من غير
نكير فكانت شرعية متوارثة فصل واما بيان معنى القسمة لغة وشرعا
اما في اللغة فهي عبارة عن افراز النصيب وفي الشريعة عبارة عن افراز
بعض الانصبا عن بعض ومبادلة بعض ببعض لان ما من جزوين من العين
المشتركة لا يتجزا بان قبل القسمة الا واحدهما ملك احد الشريكين والاخر
ملك صاحبه غير عين فكان نصف العين غير مملوكة لهذا والنصف مملوك لذلك
على الشيوع فاذا قسمت بينهما نصفين والاجزا المملوكة لكل واحد منهما شايعة
غير معينة لحجم بالقسمة في نصيبه دون نصيب صاحبه ولا بد وان يجتمع
في نصيب كل واحد منهما اجزا بعضها مملوكة له وبعضها مملوكة لصاحبه
على الشياع فلو لم تقع القسمة مبادلة في بعض اجزا المقسوم لم يكن المقسوم
كله للمقسوم عليه بل يكون بعضه ملك صاحبه فكانت القسمة منهما بالتراضي
او بطلبها من القاضي رضا من كل واحد منهما بزوال ملكه عن نصف نصيبه
بعوض وهو نصف نصيب صاحبه وهو تفسير المبادلة فكانت القسمة في
حق الاجزا المملوكة له افرازا او تمييزا وتعيينا لها في الملك وفي حق الاجزا
المملوكة لصاحبه معاوضة وهي مبادلة بعض الاجزا المجتمعة في نصيبه
ببعض الاجزا المجتمعة في نصيب صاحبه فكان افراز بعض الانصبا ومعاوضة
البعض ضرورة هذا هو حقيقة القسمة المعهودة في الاملاك المشتركة
فكان معنى المعاوضة لازما في كل قسمة شرعية الا انه اعطي لها حكم الافراز
في ذوات الامثال في بعض الاحكام لان الماخوذ من العوض مثل المتروك
من المعوض فجعل كانه ياخذ عين حقه بمنزلة المعوض حتى كان لكل واحد منهما
ان ياخذ نصيبه من غير رضا صاحبه فكان افرازا حكما فان قيل اليس يجبر على
القسمة والمعاوضة مما يجري فيها الجبر كالبيع ونحوه فالجواب ان المعاوضة
قد يجري فيها الجبر الا ترى ان الغريم يجبر على قضا الدين وقضا الدين لا يتحقق
الا بطريق المعاوضة على ما بينا في كتاب الوكالة ان الجبر لا ينفي المعاوضة فجاز
ان يجبر على القسمة وان كانت معاوضة معها ان الجبر لا يجري في المعاوضات
المطلقة كالبيع ونحوه والقسمة ليست بمعاوضة مطلقة بل هي افراز من
وجه معاوضة من وجه فجاز ان يجري فيها الجبر وعلى هذا الاصل يخرج
قسمة المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة انها لا تجوز مجازفة كما لا
يجوز بيعها مجازفة لاعتبار معنى المبادلة وذكر في الكتاب في كر حنطة مشترك
بين رجلين ثلثون منه رديئة وعشرة جيدة قيمتها سوا فارادا ان يقتسما
فياخذ احدهما ثلثين والاخر عشرة انه لا يجوز لتمكن الربوا فيه لتحقق
معنى المعاوضة ولو زاد صاحب الزيادة ثوبا او شيا اخر جاز لان الزيادة
صارت مقابلة بالثوب فزال معنى الربوا وقال في زرع مشترك بين
رجلين في ارض مملوكة لهما فارادا قسمة الزرع دون الارض انه لا
يجوز قسمته لان قسمته بطريق المجازفة لا تجوز والمعاوضة بطريق

المجازفة

المجازفة في الاموال الربوية وكذلك لو اوصى بصوف على ظهر غنم لرجلين او اوصى
باللبن في الضرع لهما لم تجز قسمته قبل الجز والحلب لان الصوف واللبن
من الاموال الربوية فلا يحتملان القسمة مجازفة كما لا يحتملان البيع مجازفة
وكذا خيار العيب يدخل في نوعي القسمة كما يدخل في البيع وخيار الرؤية والشرط
يدخل في احد النوعين دون الاخر لا لانعدام معنى المبادلة بل لمعنى اخر
نذكره في موضعه ان شا الله تعالى ولو اشترى رجلان من رجل كر حنطة
بماية درهم فاقتسماه فلكل واحد منهما ان يبيع نصيبه مرابحة على خمسين
وانما افترق النوعان في هذا الحكم لا لاعتبار معنى الافراز في احدهما
والمبادلة في الاخر بل لمعنى اخر وهو ان المرابحة بيع بمثل المذكور ثمنا في الاول
مع زيادة شي وانما يجوز البيع بمثل المذكور ثمنا في الاول مع زيادة شي فيما
يحتمل الزيادة اما فيما لا يحتمل الزيادة فلا كما اذا اشترى كر حنطة بكر حنطة
لا يبيعه مرابحة على الكر كذا ههنا بل اولى لان ذلك معاوضة مقصودة والمعاوضة
في القسمة ليست بمقصودة واذا كان كذلك يسقط هذا الثمن شرعا في هذا
الحكم لانه لا يحتمل الزيادة فكان له ان يبيعه مرابحة على اول ثمن يحتمل الزيادة
وهو الخمسين بخلاف قسمة الدار لان هناك يمكن البيع بالثمن الاول وهو
ثمن القسمة وزيادة شي بان يبيع نصفه من شريكه بالنصف الذي في
يده وربح درهم مثلا كما اذا اشترى دارا بدار او اشترى كر حنطة بثوب
فامكن بيعه مرابحة على الثمن الاول في الجملة فلم يجز بيعه على خمسين
الا انه اذا باعه من غير بايعه مرابحة او باعه من بايعه بالنصف الذي في
يده بربح ده يازده لا يجوز لمعنى عرف في كتاب البيوع والله اعلم فصل
واما شرايط انواع القسمة فانواع بعضها يرجع الى القاسم وبعضها يرجع
الى المقسوم له اما الذي يرجع الى القاسم فنوعان نوع هو شرط الجواز
ونوع هو شرط الاستحباب اما شرايط الجواز فانواع منها العقل فلا
تجوز قسمة المجنون والذي لا يعقل لان العقل من شرايط اهلية التصرفات
الشرعية فاما البلوغ فليس بشرط لجواز القسمة حتى تجوز قسمة الصبي
الذي يعقل القسمة باذن وليه وكذا الاسلام والذكورة والحرية فليست
بشرط لجواز القسمة فتصح قسمة الذمي والمراة والمكاتب والماذون لان
هولا من اهل فكانوا من اهل القسمة ومنها الملك والولاية لا تجوز القسمة
بدونها اما الملك فالمعنى فيه ان يكون القاسم مالكا فيقسم الشركا بالتراضي
واما الولاية فنوعان ولاية قضا وولاية قرابة الا ان شرط ولاية القضا
الطلب فيقسم القاضي وامينه على الصغير والكبير والذكر والانثى
والمسلم والذمي والحر والعبد الماذون والمكاتب عند طلب الشركا
كلهم او بعضهم على ما نذكره ان شا الله تعالى ولا يشترط ذلك في ولاية القرابة
فيقسم الاب ووصيه والجد ووصيه على الصغير والمعتوه من غير طلب
احد والاصل فيه ان كل من له ولاية البيع فله ولاية القسمة ومن لا فلا
وهولا ولاية البيع فكان لهم ولاية القسمة وكذا القاضي له ولاية بيع مال
الصغير والكبير في الجملة فكانت له ولاية القسمة وكذا القاضي له ولاية

بيع مال الصغير والكبير في الجملة فكانت له ولاية القسمة واما وصي الام
ووصي الاخ والعم فيقسم المنقول دون العقار لان له ولاية بيع المنقول
دون العقار وفي وصي المكاتب اذا مات عن وفا انه رواياتان وهذا كله
بقدر ما قلنا ان معنى المبادلة لازم في القسمة حيث جعل سبيله البيع في
الولاية والله الموفق ولا يقسم وصي الميت على الموصى له لانعدام الولاية عليه
وكذا لا يقسم الورثة عليه لان الموصا له كواحد من الورثة ولا يقسم بعض
الورثة على بعض لانعدام الولاية ولا يقسمون على الموصا له ولو اقتسموا
وهو غايب نقضت قسمتهم لكن هذا اذا كانت القسمة بالتراضي فان كانت
بقضا القاضي تنفذ ولا تنقض لما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى واما
شرايط الاستحباب فانواع منها ان يكون عدلا امينا عالما بالقسمة لانه لو
كان جاهلا بامور القسمة لانه لو كان جاهلا بامور القسمة يخاف منه الجور
في القسمة ومنها ان يكون منصوب القاضي لان قسمة غيره لا تنفذ على الصغير
والغايب ولانه اجمع لشرايط الامانة والافضل ان يرزقه من بيت المال
ليقسم للناس من غير اجر عليهم لان ذلك ارفق بالمسلمين فان لم يمكنه ان
يرزقه من بيت المال يقسم لهم باجر عليهم ولكن ينبغي للقاضي ان يقدر
له اجره كيلا يتحكم على الناس ولو اراد الناس ان يستاجروا قساما اخر
غير الذي نصبه القاضي لا يمنعهم القاضي من ذلك ولا يجبرهم على ان يستاجروا
في القسمة لما قلنا ومنها المبالغة في تعديل الانصبا والتسوية بين
السهام باقصى الامكان لئلا يدخل قصور في سهم قسمتهم وينبغي ان لا يدع
حقا بين شريكين غير مقسوم من الطريق والمسيل والشرب الا اذا لم
يمكن وينبغي ان لا يضم نصيب بعض الشركا الى بعض الا اذا رضوا بالضم
لانه يحتاج الى القسمة ثانيا وينبغي ان لا يدخل في قسمة الدار ونحوها
الا كذلك لان محل القسمة الملك المشترك ولا شركة في الدراهم فلا يدخلها
في القسمة الا عند الضرورة ومنها ان يقرع بينهم بعد الفراغ من القسمة
ويشترط عليهم فيقول من خرج سهمه اولا فله هذا السهم من هذا الجانب
من الدار ومن خرج سهمه بعده فله السهم الذي يليه هكذا ثم يقرع بينهم
لان القرعة لا يتعلق بها حكم بل لتطييب النفوس لورود السنة بها
ولان ذلك ابقى للتهمة فكان سنة والله اعلم واذا قسم باجر فاجرة القسمة
على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة وعندهما على قدر الانصبا وجه قولهما
ان اجرة القسمة من مؤونات الملك فيتقدر بقدر الملك كالنفقة وجه
قول ابي حنيفة ان الاجرة بمقابلة العمل وعمله في حق الكل على السوا فكانت
الاجرة عليهم على الاستوا وهذا لان عمله تمييز الانصبا والتمييز عمل واحد
لان عمل القليل من الكثير هو بعينه تمييز الكثير من القليل والتفاوت
في شي واحد محال واذا لم يتفاوت العمل لا تتفاوت الاجرة بخلاف النفقة
لانها مقابلة الملك والملك متفاوت فهو الفرق   واما الذي يرجع
الى المقسوم له فانواع منها ان لا يلحقه ضرر في احد نوعي القسمة دون
النوع الاخر وبيان ذلك ان القسمة نوعان قسمة جبر وهي التي يفعلها

الشركا

الشركا بالتراضي وكل واحد منهما على نوعين قسمة تفريق وقسمة جمع اما قسمة التفريق
فنقول وبالله التوفيق ان الذي تصادفه القسمة لا يخلوا من احد نوعين
اما ان يكون مما لا ضرر في تبعيضه بالشريكين اصلا بل لهما فيه منفعة واما
ان يكون مما في تبعيضه مضرة فان كان مما لا مضرة في تبعيضه اصلا بل فيه
منفعة للشريكين كالمكيل والعددي والموزون والعددي المتقارب
يجوز قسمة التفريق فيها قسمة جبر كما يجوز فيها قسمة الرضا لتحقق ما شرع له
القسمة وهو تكميل منافع الملك وان كان مما في تبعيضه ضرر فلا يخلوا
من احد وجهين اما ان يكون فيه ضرر بكل واحد منهما واما ان يكون ضررا
باحدهما نفع في حق الاخر فان كان في تبعيضه ضرر بكل واحد منهما فلا تجوز
قسمة الجبر فيه وذلك نحو اللولوة الواحدة والياقوتة والزمردة والثوب الواحد
والسرج والقوس والمصحف والقبا والجبة والخيمة والحايط والحمام والبيت
الصغير والحانوت الصغير والرحا والفرس والجمل والبقر والشاة لان
القسمة في هذه الاشيا قسمة اضرار بالشريكين جميعا والقاضي لا يملك الجبر
على الاضرار وكذلك النهر والعين والقناة والبير لما قلنا فان كان مع ذلك
ارض قسمت الارض وتركت البير والقناة على الشركة فاما اذا كانت انهارا
لارضين متفرقة او عيونا او ابارا قسمت الابار والعيون لانه لا ضرر في
القسمة وكذا الباب والساجة والخشبة اذا كان في قطعها فان كانت
الخشبة كبيرة يمكن تعديل القسمة فيها من غير ضرر جازت وتجوز قسمة
الرضا في هذه بان يقسمها بانفسهما بتراضيهما لانهما يملكان الاضرار
بانفسهما معهما ان ذلك لا يخلوا عن نوع نفع وما لا يجري فيه القسمة لا يجبر
واحد منهما على بيع نصيبه من صاحبه عند عامة العلما وقال مالك اذا
اختصما فيه باع القاضي وقسم الثمن بينهما والصحيح قول العامة لان الجبر
على ازالة الملك غير مشروع وعلى هذا طريق بين رجلين طلب احدهما
القسمة وابى الاخر فان كان يستقيم لكل منهما طريق نافذ بعد القسمة يجبر
على القسمة لان القسمة تقع تحصيلا لما شرعت له وهو تكميل منافع الملك
فيجبر عليها وان كان لا يستقيم لا يجبر على القسمة لانها قسمة اضرار بالشريكين
فلا يليها القاضي الا اذا كان لكل منهما في نصيبه من الدار مفتح من وجه
اخر فيقسم ايضا لان القسمة في هذه الصورة لا تقع اضرارا ولو اقتسما
بانفسهما جازت لتراضيهما بالضرر وكذلك المسيل المشترك اذا طلب
احدهما القسمة وابى الاخر وان كان بحال لو قسم نصيب كل واحد منهما
بعد القسمة قدر ما يسيل ماءه او كان له موضع اخر يمكنه التسييل فيه
يقسم وان لم يكن لم يقسم لما ذكرنا في الطريقين وعلى هذا اذا طلب احدهما
مفتح الدار من غير رفع الطريق وابى الاخر الا رفع الطريق ان كان لكل واحد
منهما مفتح اخر يفتحه في نصيبه قسم بينهما طريقا وقسم الثاني لانه اذا
لم يكن لهما مفتح كانت القسمة بغير طريق موقعا تفويتا للمنفعة لا تكميلا
لها فكانت اضرارا بهما جميعا وهذا لا يجوز الا اذا اقتسما بانفسهما بغير
طريق فيجوز لما قلنا ولو اختلفا في سعة الطريق وضيقه جعل الطريق

القرعة

اجرة القسمة

ما كان في تبعيضه ضرر

طريق بين رجلين

اذا كان في نصيب كل منهما من الدار مفتح من وجه

اذا لم يكن لهما مفتح كان القسمة بغير طريق تفويتا للمنفعة

على قدر عرض الباب الدار وطوله على ادنى ما يكفيهما لان الطريق وضع للاستطراق والباب هو الموضوع مدخلا الى ادنى ما يكفي للاستطراق فيحكم فيه والله اعلم
وعلى هذا اذا بنى رجلان في ارض رجل باذنه فطلب احدهما قسمة البنا وابى الاخر وصاحب الارض غايب لم يقسم لان الارض المبني عليها بينهما شايع بالاعارة او بالاجارة فلو قسم البنا بينهما كان لكل واحد منهما تسبيل من بعض نصيب صاحبه وفيه ضرر فلا يجبر على القسمة ولو اقتسماه بالتراضي جازت وكذا لو هدما وكان الالة بينهما وعلى هذا زرع بين رجلين في ارض مملوكة لهما طلب احدهما قسمة الزرع دون الارض فان كان الزرع قد بلغ وسنبل لا يقسم لما ذكرنا من قبل ولو طلبا جميعا لا يقسم ايضا لان المانع هو الربوا وحرمة الربوا لا تحتمل الارتفاع بالرضا وان كان الزرع بقلا فطلب احدهما لا يقسم ايضا لان الارض مملوكة لهما على الشركة فلو قسم كان كل واحد منهما بسبيل من القطع وفيه ضرر ولا جبر على الضرر ولو اقتسما بانفسهما وشرطا القطع جازت لانهما تراضيا بالضرر وان شرطا الترك لم يجز لان رقبة الارض مشتركة بينهما فكان شرط الترك منهما في القسمة لشرط الانتفاع من كل واحد منهما بملك شريكه ومثل هذا الشرط مفسد للبيع فكان مفسدا للقسمة لان فيها معنى البيع وكذلك لو لم تكن الارض مملوكة لهما وكان في ايديهما بالاعارة او بالاجارة والزرع بقل لا يقسم لما ذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جازت بشرط القطع ولا تجوز بشرط الترك كالبيع على ما ذكرنا وكذلك طلع بين رجلين طلب احدهما قسمة الطلع دون النخل والارض لم يقسم لما ذكرنا في الزرع ولو اقتسماه بالتراضي فان شرطا القطع جاز وان شرطا الترك لم يجز لما ذكرنا في الزرع ولو تركه بعد القسمة باذن صاحبه فادرك وقلع فالفضل له طيب لانه وان حصل في ملك مشترك لكنه حصل باذن شريكه فلا يكون خبيثا وان لم ياذن له يتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه فكان سبيله التصدق هذا اذا كان شيا في تبعيضه ضرر باحدهما دون الاخر كالدار المشتركة بين رجلين ولاحدهما فيها شقص قليل فان طلب صاحب الكثير القسمة قسم بالاجماع لان القسمة في حقه مفيدة لوقوعها محصلة لما شرعت له من تكميل منافع الملك وفي حق صاحب القليل يقع منعا له من الانتفاع بنصيبه اذ لا يقدر على الانتفاع بنصيبه الا بالانتفاع بنصيب صاحبه فكانت القسمة في حقه منعا له من الانتفاع بنصيب شريكه جازت وان طلب صاحب القليل القسمة فقد ذكر الحاكم الجليل في مختصره انه يقسم وذكر القدوري انه لا يقسم وجه ما ذكره الحاكم انه لا ضرر في هذه القسمة بل في حق الكثير بل له فيه منفعة فكان في الابا متعنتا فلا يعتبر اباوه وصاحب القليل قد رضي بالضرر حيث طلب القسمة فيجبر على القسمة كما اذا لم يكن في تبعيضه ضرر باحدهما اصلا بخلاف الفصل الاول لان هناك القسمة تقع اضرارا بكل واحد منهما ولم يوجد الرضا بالضرر والقاضي لا يملك الجبر على الاضرار وهو الفرق وجه ما ذكره القدوري ان صاحب القليل متعنت في طلب القسمة لكون القسمة ضررا محضا فلا يعتبر طلبه وقسمة الجبر لم تشرع بدون

الطلب

الطلب ولو اقتسما بانفسهما جازت لما ذكرنا ان صاحب القليل قد رضي بالضرر بنفسه ولا ضرر فيه بصاحب الكثير اصلا فجازت قسمتهما وعلى هذا دار بين شريكين قسمت بينهما فاصاب احدهما موضع بغير طريق شرط له في القسمة فان كان له فيما اصابه مفتح الى الطريق جازت القسمة لا مضرة له فيها اذ لا يمكنه الانتفاع بنصيبه بفتح طريق اخر وان لم يكن له فيما اصابه مفتح اخر فان ذكر الحقوق في القسمة فله حق الاختيار في نصيب صاحبه لان الطريق من الحقوق فصار مذكورا بذكر الحقوق وان لم يذكر الم تجز القسمة لانه قسمة اضرار في حق احد الشريكين وكذلك اذا قسمت بغير مسيل شرط لاحدهما ووقع المسيل في نصيب الاخر فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الطريق ولو اقتسما على ان لا طريق له ولا مسيل جازت لانه رضي بالضرر والله اعلم وعلى هذا الاصل يخرج قسمة الجمع انه لا يجبر عليها في جنسين لانها في الاجناس المختلفة تقع اضرارا في حق احدهما فلا يجبر عليها على ما سنذكره ان شا الله تعالى هذا الذي ذكرنا في قسمة التفريق وامما قسمة الجمع فهي ان يجمع نصيب كل واحد من الشريكين في عين على حدة وانها جايزة في جنس واحد ولا تجوز في جنسين لانها عند اتحاد الجنس تقع وسيلة الى ما شرعت له وهو تكميل منافع الملك وعند اختلاف الجنس تقع تفويتا للمنفعة لا تكميلا لها واذ اعرف هذا فنقول وبالله التوفيق لا خلاف في ان الامثال المتساوية وهي المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة من جنس واحد يقسم قسمة جمع لانه يمكن استيفا ما شرعت له القسمة فيها من غير ضرر لانعدام التفاوت وكذا تبر الذهب وتبر النحاس وتبر الحديد لما قلنا وكذلك الثياب اذا كانت من جنس واحد كالهروية والمروية وكذلك الابل والبقر والغنم لان التفاوت عند اتحاد الجنس المطلوب لا يتفاحش بل يقل والتفاوت القليل ملحق بالعدم او يجبر بالقيمة فيمكن تعديل القسمة وكذلك اللالي المنفردة وكذلك اليواقيت المنفردة لما قلنا وكذا لا خلاف في انه لا يقسم في جنسين من المكيل والموزون والمذروع والعددي قسمة جمع كالحنطة والشعير والقطن والحديد والجوز واللوز والثياب الهروية والمروية وكذا اللالي واليواقيت وكذا الخيل والابل والبقر والغنم وكذا اذا كان من كل جنس فرد كبرذون وجمل وبقرة وشاة وقبا وجبة وقميص ووسادة وبساط لان هذه الاشيا لو قسمت على الجمع لكان لا يخلوا من احد وجهين اما ان يقسم باعتبار اعيانها واما ان يقسم باعتبار قيمتها بان يضم الى بعضها دراهم او دنانير لا سبيل الى الاول لان فيه ضررا باحدهما لكثرة التفاوت عند اختلاف الجنس والقاضي لا يملك الجبر على الضرر ولا سبيل الى الثاني لان ذلك قسمة في محلها لان محلها الملك المشترك ولم يوجد في الدراهم ولو اقتسما بانفسهما او تراضيا على ذلك جازت القسمة حتى لو اقتسما ثوبين مختلفي القيمة وزادا مع الاوكس دراهم مسماة جاز وكذا في ساير المواضع ويكون ذلك قسمة الرضا لا قسمة القضا وكذا

دار بين شريكين قسمت بينهما فاصاب احدهما موضع بغير طريق شرط له في القسمة

الاواني سوآ اختلف اصلها او اتحد لانها بالصناعة احدث حكم جنسين حتى
حتى يجوز بيع الاواني الصغار واحدا باثنين واما الرقيق فلا يقسم عند ابي
حنيفة رحمه الله قسمة جمع وعند ابي يوسف ومحمد يقسم وجه قولهما
ان الرقيق على اختلاف اوصافها وقيمها جنس واحد فاحتمل القسمة كساير
الحيوانات من الابل والبقر والغنم وما فيها من التفاوت يمكن تعديله بالقيمة
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله انه لم يوجد شرط جواز القسمة وجواز التصرف
بدون شرط جوازه محال وبيان ذلك على نحو ما ذكرنا انا لو اقتسمنا ركانا
باعتبار اعيانها فقد اضررنا باحد لما التفاوت فاحش فيها بين عبد وعبد
في المعاني من هذا الجنس فكانا في حكم جنسين مختلفين ومن شرط منه القسمة
ان لا يتضمن ضررا بالمقسوم عليه ولو اقتسمناها باعتبار قيمها لوقعت القسمة في
غير محلها لان محلها الملك المشترك ولا شركة في القيمة والمحلية من شرايط صحة التصرف
ما ذكرنا ولو اقتسما بانفسهما جاز لتراضيهما بالضرر وكذا لو كان مع الرقيق غير قسم
كذا ذكر في كتاب القسمة لانه ان كان لا يحتمل القسمة مقصودا فيجعل تبعا لما يحتملها
فيقسم بطريق التبعية كالشرب والطريق انه لا يجوز بيعهما مقصودا ويدخلان
في البيع تبعا للنهر والارض كذا هذا وذكر الجصاص ان المذكور في الاصل محمول على قسمة
الرضا واما قسمة القضا فلا يجوز وان كان مع غيره لان غير المقسوم ليس بتبع للمقسوم
بل هو اصل بنفسه بخلاف الشرب والطريق وكذلك الدور عند ابي حنيفة لا يقسم
قسمة جمع حتى لو كان بين رجلين داران يقسم كل واحد دار على حدتها سوآ كانتا
منفصلتين او متلاصقتين وعند ابي يوسف ومحمد ينظر القاضي في ذلك ان كان الاعدل
في الجمع جمع وان كان الاعدل في التفريق فرق وكذا لو كان بينهما ارضان او كرمان فهو
على هذا الخلاف واما البيتان فيقسمان قسمة جمع بالاجماع متصلين كانا او منفصلين
وكذا المنزلان المتصلان واما المنفصلان في دار واحدة فعلى الاختلاف وجه قولهما
ان الدور كلها جنس واحد والتفاوت الذي بين الدارين يمكن تعديله بالقيمة فيفوض
الى راي القاضي ان راى الاعدل في الجمع جمع وان راى الاعدل في التفريق فرق ولابي
حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا في الرقيق ان القسمة فيها باعتبار اعيانها تقع ضررا
لتفاوت متفاحش بين دار ودار لاختلاف الدور في انفسها واختلافها باختلاف
البنا والبقاع فكانا في حكم جنسين مختلفين والقسمة فيها باعتبار القيمة يقع تصرفا
في غير محله فلا يصح ولو اقتسما بانفسهما او القاضي بتراضيهما جاز لما مر والله اعلم
واما دار وضيعة او دار وحانوت فلا يجمع بالاجماع بل يقسم كل واحد على حدته
لاختلاف الجنس والله اعلم ومنها الطلب في احد نوعي القسمة وهو قسمة الجبر حتى انه
لو لم يوجد الطلب من احد الشركا اصلا لم تجز القسمة لان القسمة من القاضي تصرف
في ملك الغير والتصرف في ملك الغير من غير اذنه محظور من الاصل الا ان عند طلب
البعض يرتفع الحظر لانه اذا طلب علم ان له في استبقاء منه الشركة ضررا اذ لو كان
الطلب لتكميل المنفعة لطلب صاحبه وكان عليه ان يمتنع من الاضرار ديانة فاذا
ابى علم انه لا يمتنع فيدفع القاضي ضرره بالقسمة فكانت القسمة في هذه الصورة من
باب دفع الضرر والقاضي نصب له ونظيره الشفعة فان الشفيع يتملك الدار على
المشتري بالشفعة من غير رضاه دفعا لضرره لانه لما طلب الشفعة علم انه يتضرر

المطلوبة صح

بجوازه

بجوازه فالشرع دفع ضرره عنها باثبات حق التملك بالشفعة جبرا عليه كذا هذا ومنها
الرضى في احد نوعي القسمة وهو رضى الشركا فيما يقتسمونه بانفسهم اذا كانوا من اهل الرضا
او رضى من يقوم مقامهم اذا لم يكونوا من اهل الرضا فاذا لم يوجد لا يصح حتى لو كان
في الورثة صغير لا وصي له او غايب كبير فاقتسموا فقسمتهم باطلة لما ذكرنا ان القسمة
فيها معنى البيع وقسمة التراضي اشبه بالبيع ثم لا يملكون البيع الا بالتراضي فكذا
القسمة الا اذا لم يكونوا من اهل كالصبيان والمجانين فيقسم الولي او الوصي اذا
كانت في القسمة منفعة لهم لانهما يملكان البيع فيملكان القسمة وكذا اذا كان فيهم
صغير وله ولي او وصي يقتسمون برضى الولي او الوصي فان لم يكن نصب القاضي عن
الصغير وصيا واقتسما برضاه وان ابى ترافعوا الى القاضي حتى يقسم بينهم ومنها
حضرة الشركا او من يقوم مقامهم في نوعي القسمة حتى لو كان كبير غايب لا يجوز قسمتهم
اصلا ولا يقسم القاضي ايضا اذا لم يكن عنه خصم حاضر ولكنه لو فعل لا ينقض قسمته
لانه صادف محل الاجتهاد فينفذ ومنها البينة في قسمة القضا في الاقرار بميراث
العقار عند ابي حنيفة وعندهما ليست بشرط ويقسم باقرارهم وجملة الكلام
في بيان هذين الشرطين ان جماعة جاؤوا الى القاضي وهم عقلا بالغون اصحا وفي
ايديهم مال فاقروا انه ملكهم وطلبوا القسمة من القاضي فهذا لا يخلوا في الاصل من
احد وجهين اما ان يقروا بالملك مطلقا عن ذكر سبب واما ان اقروا بالملك بسبب
ادعوا انتقال الملك به من احد وكل وجه على وجه اما ان يكون المال الذي في ايديهم
منقولا واما ان يكون عقارا فان اقروا بالملك مطلقا عن سبب الانتقال قسم باقرارهم
ويكتب في كتاب الصك اني قسمت باقرارهم ولم اقض فيه على احد ولا يطلب منه البينة
على اصل الملك منقولا كان المال او عقارا اذا لم يكن فيهم كبير غايب لانه وجد دليل
الملك وهو اليد والاقرار من غير منازع ولا دعوى انتقال الملك من احد اليه
فان كان فيهم غايب لم يقسم لما ذكرنا ان حضرة الشركا او من يقوم مقامهم شرط
ولم يوجد لان الحضور في هذا المواضع لا يصلحون خصما عن الغايب وان اقروا بالملك
بسبب الميراث فان قالوا هو ميراث عن فلان فان كان المال منقولا قسم بينهم باقرارهم
بالاجماع ولا يطلب منهم البينة وان كان فيهم كبير غايب بعد ان كان الحاضر اثنين
كبيرين او احدهما صغير قد نصب عنه وصي وان كان المال عقارا فلا يقسم عند
ابي حنيفة رحمه الله حتى يقيموا البينة على موت فلان وعلى عدد الورثة وعند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله يقسم بينهم باقرارهم ويشهد على ذلك في الصك وجه قولهما
ان محل القسمة الملك المشترك وقد وجد لوجود دليل الملك وهو اليد والاقرار
بالوراثة من غير منازع فصادفت محلها فيقسم ويكتب انه قسم باقرارهم كما في
المنقول ولان البينة انما تقام على منكر والكل مقرون فعلى من تقام البينة
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان هذه قسمة صادفت حق الميت بالابطال فلا
يصح الا ببينة كدعوى الاستحقاق على الميت وبيان ذلك ان الدار قبل القسمة مبقاة
على حكم الميت بدليل ان الزوايد الحادثة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت
بدليل ان الزوايد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملكه حتى لو كانت التركة شجرة
فاثمرت كان الثمر له حتى تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه فكانت القسمة
تصرفا على حقه بالابطال فلا يجوز الا ببينة بخلاف المنقول لان قسمته ليس قطعا

لحق الميت بل هو حفظ حق الميت لان المنقول محتاج الى الحفظ والقسمة نوع
حفظ له واما العقار فمستغن عن الحفظ فيبقيت قسمته قطعا لحقه فلا يملك الا
ببينة واما قولهما فعلى من تقام البينة قلنا تقام على بعض الورثة من البعض
وان كانوا مقرين وذلك جائز كالاب او الوصي اذا اقر على الصغير لا يصح اقراره
الا ببينة ولا منكر هاهنا كذا هاهنا هذا اذا اقروا بالملك بسبب الارث فاما
اذا اقروا به بسبب الشرا من فلان الغايب فان كان المال منقولا قسم باقرارهم
بلا خلاف وان كان عقارا ذكر في ظاهر الرواية انه يقسم باقرارهم ولا يطلب منهم
البينة على الشرا من فلان وفرق بين الشرا وبين الميراث وروي عن
ابي حنيفة انه لا يقسم الا ببينة كالميراث وجه هذه الرواية انهم لما
اقروا انهم ملكوه بالشرا من فلان فقد اقروا بالملك له وادعوا الانتقال
اليهم من جهته فاقرارهم مسلم ودعواهم ممنوعة محتاجة الى الدليل وهو البينة
وجه ظاهر الرواية وهو الفرق بين الشرا وبين الميراث ان امتناع القسمة
في المواريث بنفس الاقرار لما يتضمن من ابطال حق الميت وذلك منعدم في
باب البيع اذ لا يبقى حق للبايع في المبيع بعد البيع والتسليم فصادفت
القسمة محلها فصحت هذا اذا لم يكن في الورثة كبير غايب او صغير حاضر
فان كان فاقروا بالميراث فلا يشكل عند ابي حنيفة انه لا يقسم باقرارهم
لانه لا يقسم بين الكبار الحضور فكيف يقسم هاهنا واما عندهما فينظر
ان كانت الدار في يد الكبار الحضور يقسم لما بينا ويضع نصيب الغايب
على يدي عدل يحفظه لان بعض الورثة خصم عن البعض وينصب عن الصغير
وصيا فان كانت الدار في يد الغايب الكبير او في يد الحاضر الصغير او في ايديهما
منها شي لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاجماع لانه
اذا كان في يده من الدار شي فالحاجة الى استحقاق ذلك من يده فلا يصح الا
ببينة هذا اذا لم تقم البينة على ميراث العقار فاما اذا قامت البينة عليه
وطلبوا القسمة فانه ينظر ان كان الحاضر اثنين فصاعدا والغايب واحدا
او اكثر وفيهم صغير حاضر فانه يقسم ويعزل نصيب كل صغير وكبير
فيوكل وكيلا يحفظه بخلاف الملك المطلق اذا احضر شريكان وشريك
انه لا يقسم ووجه الفرق ما ذكرنا ان قسمة العقار تصرف على الميت
وقضا عليه بقطع حقه عن التركة وبكل واحد من الورثة قايم مقام
الميت فيما له وعليه ولهذا يرد كل واحد منهم بالعيب فاذا كان الحاضر
اثنين فصاعدا امكن ان يجعل احدهما خصما عن الميت في القضا والاخر
مقضيا له فتصح القسمة وان كان الحاضر واحدا والباقون غيبا لم يقسم
لانه لا يمكن ان يجعل هو خصما عن الميت حتى يسمع البينة عليه لاستحالة
كون الشخص الواحد في زمان واحد بجهة واحدة مقضيا له ومقضيا عليه
وان كان مع الحاضر وارث صغير نصب القاضي عنه وصيا وقسم لان القسمة
هاهنا ممكن لوجود متقاسمين حاضرين واذا قسم القاضي المنقول بين
الورثة باقرارهم او العقار بالبينة عند ابي حنيفة رحمه الله وفيهم كبير
غايب فعزل نصيبه ووضعه على يدي عدل ثم حضر الغايب فان اقر

كالاقر

في العقار صح

كالاقرار ولينك فقد مضى الامر وان انكر ترد القسمة في المنقول بالاجماع وكذلك
في العقار عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة لا ترد القسمة لان
القسمة المبنية على البينة قد نفذت على الغايب فلا يعتبر انكاره
والله اعلم ولو كانت الدار ميراثا وفيها وصية بالثلث وبعض الورثة
غايب فطلب الموصى له بالثلث القسمة بعد ما اقام البينة على الميراث والثلث
قسم لان الموصى له بمنزلة واحد من الورثة فاذا كان معه وارث حاضر
فكانه حضر اثنين من الورثة ولو كان كذلك قسم ولو وان كان الباقون
غيبا كذا هاهنا والله اعلم ومنها ان يكون المقسوم عليه مالكا للمقسوم وقت
القسمة وهو ان يكون له فيه ملكا فلو لم يكن لم تجز القسمة لما نستره نذكره

فصل واما الذي الى المقسوم فواحد وهو ان يكون المقسوم مملوكا
للمقسوم له وقت القسمة فان كان لا تجوز القسمة لانه افراز بعض
الانصبا ومبادلة البعض وكل ذلك لا يصح الا في المملوك وعلى هذا اذا
استحقت العين المقسومة تبطل القسمة في الظاهر وفي الحقيقة يتبين
انها لم تصح ولو استحق شي منها يبطل في القدر المستحق ثم قد تستانف
القسمة وقد لا تستانف ويثبت الخيار وقد لا يثبت وبيان هذه الجملة انه
اذا ورد الاستحقاق على المقسوم لا يخلو الامر فيه من احد وجهين
اما ان ورد على كله واما ان ورد على جزئه فان ورد على كل المقسوم تبطل القسمة
وفي الحقيقة لم يصح من الاصل لانعدام شرط الصحة وهو الملك المشترك
فتستانف القسمة وان ورد على جزء من المقسوم لا يخلو من احد وجهين
اما ان ورد على جزء شايع منه واما ان ورد على جزء معين من احد النصيبين
فان ورد على جزء شايع لا يخلو من احد وجهين ايضا اما ان ورد على جزء شايع
من النصيبين جميعا واما ان ورد على جزء شايع من احد النصيبين
دون الاخر فان ورد على جزء شايع من النصيبين جميعا كالدار المشتركة
بين رجلين نصفين اقتسماها فاخذ احدهما ثلثا من مقدمها واخذ
الاخر الثلثين من موخرها وقيمتهما سوا بان كانت قيمة كل واحد منهما
ستماية درهم مثلا فاستحق نصف الدار تستانف القسمة بالاجماع
لانه بالاستحقاق تبين ان نصف الدار شايعا ملك المستحق فتبين ان
القسمة لم تصح في النصف الشايع وذلك غير معلوم فبطلت القسمة اصلا
وان استحق نصف نصيب صاحب المقدم شايعا تستانف القسمة ايضا
عند ابي يوسف لانه ظهر ان المستحق شريكهما في الدار وظهر ان قسمتهما
لم تصح دونه فتستانف القسمة كما اذا ورد الاستحقاق على نصف الدار
شايعا وعند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله له الخيار ان شا امسك
ما في يده ورجع بربع ما في حصته وهو مثل ما استحق في نصيب الاخر وان شا
نقض القسمة لان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح في القدر المستحق
لا فيما وراه لان المانع من الصحة انعدام الملك وذلك في القدر المستحق
لا فيما وراه وليس من ضرورة انعدام الصحة في القدر المستحق انعدامها
في الباقي لان معنى القسمة وهو الافراز والمبادلة لم ينعدم باستحقاق

منها

هذا القدر في الباقي ولا تبطل القسمة في الباقي بخلاف ما اذا استحق نصف
الدار شايعا لان هناك وان ورد الاستحقاق على النصف فاوجب بطلان
القسمة فيه مقصورا لكن من ضرورته بطلان القسمة في الباقي لانعدام معنى
القسمة في الباقي اصلا وهاهنا لم يتقدم فلا يبطل لكن يثبت الخيار ان شاء رجع
بما في حصته في نصيب شريكه وذلك مثل نصف المستحق لان القدر
المستحق من النصيبين جميعا فيرجع عليه بذلك ان شاء وهو ربع نصيبه
ان شاء وان شاء فسخ القسمة لاختلال معناها ولدخول عيب الشركة اذا
الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والعيب يثبت الخيار وذكر الطحاوي
الخلاف في المسئلة بين ابي حنيفة وصاحبيه ولو كان المقتسم باع نصف
ما في يده واستحق النصف الباقي فانه يرجع على صاحبه بنصف ما في يده
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يغرم نصف قيمة ما باع لشريكه
ويضمه الى ما في يد شريكه ويقتسمان نصفين وجه قول ابي يوسف ما
بينا ان بالاستحقاق ظهر ان القسمة لم تصح اصلا وان البيع كان فاسدا
فيضمن نصف قيمة ما باع لشريكه ثم يقتسمان الباقي نصفين وجه قولهما
ما ذكرنا في المسئلة المتقدمة الا ان هاهنا لا يثبت خيار الفسخ لمانع
وهو البيع فيرجع على صاحبه بربع ما في يده ولو استحق نصف معين من
احد النصيبين لا تبطل القسمة بالاجماع لما ذكرنا في المسايل المتقدمة
بل اولى لان الاستحقاق ورد على جزء معين فلا يظهر ان المستحق كان
شريكا لهما فلا تبطل القسمة لكن يثبت الخيار للمستحق عليه ان شاء نقض
القسمة لان الاستحقاق اوجب انتقاض المعقود عليه والانتقاض في الاعيان
المجتمعة عيب فيثبت الخيار وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده لما
بينا ان القدر المستحق من النصيبين جميعا ولو استحق كل ما في يده
لرجع عليه بالنصف فاذا استحق النصف يرجع بالربع والله اعلم وعلى هذا
مائة شاة بين رجلين اقتسماها فاخذ احدهما اربعين تساوي خمسماية واخذ
الاخر ستين تساوي خمسماية درهم فاستحقت شاة من الاربعين تساوي
عشرة دراهم لم تبطل القسمة بالاجماع لانه تبين ان القسمة صادفت
المملوك فيما وراء القدر المستحق والمستحق معين فلا تظهر الشركة
هاهنا اصلا فلا تبطل القسمة ولكن يرجع على شريكه بحقه وهو خمسة
لان المستحق من النصيبين جميعا والله اعلم كر حنطة بين رجلين
نصفين عشرة منها طعام جيد وثلثون ردي فاقتسماه فاخذ احدهما
عشرة اقفزة جيدة وثوبا واخذ الاخر ثلثين رديا حتى جازت القسمة
ثم استحق من الثلثين عشرة اقفزة يرجع على صاحبه بنصف الثوب
استحسانا والقياس ما ذكر في زيادات الزيادات انه يرجع عليه
بثلث الثوب وثلث الطعام الجيد ووجهه ان الاستحقاق ورد على عشرة
شايعة في الثلثين فكان المستحق في الحقيقة من كل عشرة ثلثها وذلك
يوجب الرجوع بثلث الجيد وجه الاستحسان ان طريق جواز هذه
القسمة ان تكون العشرة بمقابلة العشرة والعشرون بمقابلة الثوب

فاذا

فاذا استحق منه وانه بمقابلة نصف الثوب فيرجع عليه بنصف الثوب وقوله المستحق
عشرة شايعة في الثلثين لا العشرة المعينة وهي التي من حصة الثوب فنعم
هذا هو الحقيقة الا انا لو عملنا بهذه الحقيقة لاحتجنا الى نقض القسمة وادارتها
ولو صرفنا الاستحقاق الى عشرة هي من حصة الثوب لم نحتج الى ذلك وتصرف العاقل
يجب صيانته عن النقض والابطال ما امكن وذلك فيما قلناه وعلى هذا ارض
بين رجلين نصفين قسمت ثم استحق احد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه
بناء او غرس غرسا فنقض البناء وقلع الغرس لم يرجع المستحق على صاحبه
بشيء من قيمة البناء والغرس والاصل فيه ان كل قسمة وقعت باجبار القاضي
او باختيار الشريكين على الوجه الذي يجبرهما القاضي لو ترافعا اليه ثم
استحق احد النصيبين وقد بنى صاحبه فيه بناء او غرس فنقض وقلع لا
يرجع بشيء من ذلك على صاحبه لان صاحبه مجبور على القسمة من جهة القاضي
فيكون مضافا الى القاضي اما اذا وقعت القسمة باجبار القاضي فلا شك فيه
وكذا اذا اقتسما بانفسهما لان ذلك قسمة جبر من حيث المعنى لدخولها تحت
جبر القاضي عند المرافعة اليه واذا كان مجبورا عليه فلم يوجد منه ضمان
السلامة فلا يؤاخذ بضمان الاستحقاق اذ هو ضمان السلامة ونظير هذا
الشفيع اخذ العقار من المشتري بالشفعة وبنى فيه او غرس ثم استحق
وقلع البناء لا يرجع بقيمة البناء على المشتري لانه ما ملكه باختياره وكذلك
قال محمد رحمه الله في الجارية المأسورة اذا اشتراها رجل من اهل الحرب
ثم اخذها المالك القديم فاستولدها ثم استحقها رجل لا يرجع بقيمة
الولد على الذي اخذها من يده لانه لم ياخذها منه باختياره بل كرها
وجبرا وكذلك الاب اذا وطئ جارية ابنه فاعلقها ثم استحقها رجل لا يرجع
بقيمة الولد على الابن لانه تملكها من غير اختيار الابن وقال ابو يوسف
رحمه الله اذا غصب جارية فابقت من يده فادى ضمانها ثم عادت الجارية
فاستولدها الغاصب ثم استحقت له ان يرجع بقيمة الولد على المولى لانه
كان مختارا في اخذ القيمة من الغاصب فكان ضامنا السلامة فيرجع عليه
بحكم الضمان وعلى هذا داران او ارضان بين رجلين اقتسما فاخذ كل
واحد منهما احديهما وبنى فيها ثم استحقت رجع بنصف قيمة البناء
عند ابي حنيفة رحمه الله لان القاضي لا يجبر على قسمة الجمع في الدار
والعقارات عنده فاذا اقتسما بانفسهما كانت القسمة فيهما مبادلة
فاشبه البيع فكان كل واحد منهما ضامنا سلامة النصف لصاحبه
فاذا لم يسلم رجع عليه بحكم الضمان كما في البيع واما عندهما فقد اختلف
المشايخ فيه فقال بعضهم لا يرجع لان القاضي يجبر على هذه القسمة عندهما
فاشبه استحقاق النصف من دار واحدة وقال بعضهم يرجع وعليه
اعتمد القدوري وهو الصحيح لان القاضي انما يجبر على قسمة الجمع هاهنا
عندهما اذا راى الجمع اعدل ولا يعرف ذلك من راي القاضي اذا فعلا
بانفسهما ولو كانتا جاريتين فاخذ كل واحد منهما جارية واستولدها
ثم استحقت رجع على شريكه عند ابي حنيفة لان القاضي لا يجبر على قسمة

الرقيق عنده فاذا اقتسما بتراضيهما اشبه البيع على ما ذكرنا واما عندهما
فينبغي ان لا يرجع كذا ذكره القدوري فرق بين الرقيق وبين الدور
وبينهما فرق لان القاضي هناك لا يجبر على الجمع عينا ولكنه يراعي الاعدل
في ذلك من التفريق والجمع وها هنا يجبر على الجمع لتعذر التفريق فلم يوجد
ضمان السلامة فلا يرجع والله اعلم وعلى هذا الاصل اذا اقتسم قوم دارا
وفيها كنيف شارع في الطريق او ظلة فان كان ذلك على طريق العامة لا يحسب
ذرع الكنيف والظلة من ذرع الدار لان رقبة الارض ليست بمملوكة
لاحد بل هو حق العامة وان كان على طريق العامة وان كان على طريق غير نافذ
يحسب ذلك في ذرع الدار لان له في ذلك ملكا فاشبه علو البيت والله اعلم

فصل واما صفات القسمة فانواع منها ان تكون عادلة غير جائرة وهي ان
تقع تعديلا للانصباء من غير زيادة على القدر المستحق من النصيب ولا
نقصان عنه لان القسمة افراز بعض الانصباء ومبادلة البعض ومبنى
المبادلات على المرضاة فاذا وقعت جائرة لم يوجد التراضي ولا افراز النصيب
بكماله لبقاء الشركة في البعض فلم تجز وتعاد وعلى هذا اذا ظهر الغلط في القسمة
المبادلة بالبينة او بالاقرار تستانف لانه ظهر انه لم يستوف حقه فظهر
ان معنى القسمة لم يتحقق بكماله ولو ادعى احد الشريكين الغلط في القسمة
فهذا لا يخلو من احد وجهين اما ان كان المدعي اقر باستيفاء حقه واما ان كان
لم يقر بذلك فان كان اقر باستيفاء حقه لا يسمع منه دعوى الغلط لكونه
مناقضا في دعواه لان الاقرار باستيفاء الحق اقرار بوصول حقه اليه بكماله
ودعوى الغلط اخبار انه لم يصل اليه حقه بكماله واذا كان لم يقر باستيفاء
حقه لا تعاد القسمة بمجرد الدعوى لان القسمة قد صحت من حيث الظاهر
فلا يجوز نقضها الا بحجة فان اقام البينة اعيدت القسمة لما قلنا واذا لم
تقم له بينة وانكر شريكه فاراد استحلافه حلفه على ما ادعى من الغلط
لانه يدعي عليه حقا هو جائز الوجود والعدم وهو ينكر فيحلف وبيان
ذلك دار بين رجلين اقتسماها واستوفى كل واحد منهما حقه ثم ادعى
احدهما غلطا في القسمة لا تعاد القسمة ولكن يسال البينة الغلط
فان اقام البينة والا فيحلف شريكه ان شاء لما قلنا فان حلف احد الشريكين
ونكل الاخر فان كان الشركاء ثلثة يجمع بين نصيب المدعي وبين نصيب
الناكل فيقسم بينهما على قدر نصيبهما لان نكوله دليل كون المدعي صادقا
في دعواه في حقه فكان حجة في حقه لا في حق الشريك الحالف فلم تصح القسمة
في حقهما فتعاد في قدر نصيبهما وكذلك لو ادعى الغلط بين القسمة
والقبض في المكيلات والموزونات والمذروعات ولو كان بين رجلين
داران اقتسماها فاخذ كل واحد منهما دارا ثم ادعى احدهما الغلط في القسمة
واقام البينة على ذلك فالقسمة باطلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يبطل ذلك ولكن يقضي للمدعي بذلك الذرع من الدار الاخرى
وبنوا هذه المسالة على بيع ذراع من دار انه لا يجوز عنده وعندهما
جائز وجه البناء ان قسمة الجمع في الدور بالتراضي جائزة بلا خلاف

اذا كانت القسمة جائرة غير عادلة

اذا اقر باستيفاء حقه

فيناقض صح

ومعنى

ومعنى المبادلة وان كان لازما في نوعي القسمة لكن هذا النوع بالمبادلات
اشبه واذا تحققت المبادلة صح البناء والله اعلم ولو اقتسما دارا بينهما
فاخذ كل واحد منهما طائفة ثم ادعى احدهما بناء في يد صاحبه انه وقع في
قسمه واقام بينة سمعت بينته وان اقاما جميعا البينة اخذت ببينة
المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد والقبض تحالفا وترادا وكذا لو
اختلفا في الحد ودوا ادعى كل واحد منهما حدا في يد صاحبه انه اصابه
واقام البينة قضي لكل واحد منهما بالحد الذي في يد صاحبه لان كل واحد
منهما مدع ما في يد صاحبه خارج وان قامت لاحدهما بينة يقضي ببينته
وان لم تقم لهما بينة تحالفا وهل ينفسخ العقد بنفس التحالف او يحتاج
فيه الى فسخ القاضي اختلف المشايخ فيه على ما عرف في البيوع ولو اقتسم
رجلان اقرحة فاخذ احدهما قراحين والاخر اربعة ثم ادعى صاحب
القراحين ان احد الاقرحة الاربعة اصابه في قسمه واقام البينة قضي
له به لما قلنا وكذلك هذا في اثواب اقتسماها فاخذ كل واحد منهما ثم
احدهما ان احد الاثواب الذي في يد صاحبه اصابه في قسمه واقام البينة
قضي له به ولو ادعى كل واحد منهما ثوبا في يده لانه اصابه في قسمه اقام
البينة يقضي لكل واحد منهما بما في يد الاخر لان كل واحد منهما مدع ما في يد
صاحبه خارج ولو اقتسما مائة شاة فاصاب احدهما خمسة وخمسون
واصاب الاخر خمسة واربعون ثم ادعى صاحب الاوكس الغلط
في القسمة او الخطا في التقويم لم يقبل منه الا ببينة ولو قال اخطانا
في العدد واصاب كل واحد منا خمسون وهذه الخمسة في قسمه
وانكر الاخر تحالف وان اقام كل واحد منهما البينة ردت القسمة
ولو قال احدهما لصاحبه اخذت انت احدى وخمسين غلطا واخذت
انا تسعة واربعين وقال الاخر ما اخذت الا خمسين فالقول قوله
مع يمينه لانه منكر لاستيفاء الزيادة على حقه والله اعلم وعلى هذا
الاصل يخرج قسمة عرصة الدار بالذرع انه يحسب في القسمة كل ذراع
من العلو بذراع من السفل عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحسب
ذراع من السفل بذراع من العلو وعند محمد يحسب على القيمة دون
الذرع زعم ان كل احد منهم ان التعديل فيما يقوله والخلاف في هذه
المسالة بين ابي حنيفة وابي يوسف مبني الخلاف في مسالة اخرى
وهي ان صاحب العلو ليس له ان يبني على العلو من غير رضا صاحب السفل
وان لم يضر بصاحب السفل من حيث الظاهر عند ابي حنيفة رحمه الله
وعند ابي يوسف له ان يبني ان لم يضر البناء به ووجه البناء ان
صاحب العلو ان صاحب العلو اذا لم يملك البناء على علوه عند ابي حنيفة
كان للعلو منفعة السكنى فحسب وللسفل منفعتان منفعة السكنى
ومنفعة البناء عليه وكذا السفل كما يصلح للسكنى يصلح لجعل الدواب
فيه فاما العلو فلا يصلح الا للسكنى خاصة فكان للسفل منفعتان
وللعلو منفعة واحدة فكانت القسمة عنده على الثلث والثلثين وعند

ابي يوسف لما ملك صاحب العلو ان يبني على علوه كانت له منفعتان ايضا
فاستوى العلو والسفل في المنفعة فوجب التعديل بالتسوية بينهما
في الذرع واما محمد رحمه الله وانما اعتبر القيمة لان احوال البلاد
واهلها في ذلك مختلفة فمنهم من يختار السفل على العلو ومنهم من يختار
العلو على السفل فكان التعديل في اعتبار القيمة والعمل على المسلة قول
محمد رحمه الله وهو اختيار الطحاوي ويحتمل ان اباحنيفة رحمه الله انما
فضل السفل على العلو بنا على عادة اهل الكوفة من اختيارهم السفل على
العلو وابو يوسف انما سوى بينهما بنا على عادة اهل بغداد لاستوا
العلو والسفل عندهم فاخرج كل واحد منهما الفتوى على عادة زمانه
ومحمد بنى الفتوى على المعلوم من اختلاف العادات باختلاف البلدان
فكان الخلاف منهم من حيث الصورة لا من حيث المعنى والله اعلم وبيان
ذلك في سفل بين رجلين وعلو من بيت اخر بينهما ارادا قسمتهما يقسم
البنا على القيمة بلا خلاف واما العرصة فتقسم بالذرع عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد بالقيمة ثم اختلف ابو حنيفة وابو يوسف
فيما بينهما في كيفية القسمة فعند ابي حنيفة رحمه الله ذراع بذراعين
على الثلث والثلثين وعند ابي يوسف ذراع بذراع ولو كان بينهما
بيت تام علو وسفل وعلو من بيت اخر فعند ابي حنيفة يقسم في القسمة
كل ذراع من العلو والسفل بثلاثة اذرع من العلو ارباعا عنده لما ذكرنا
من الاصل فكانت القسمة ارباعا وعند ابي يوسف بذراع من السفل
والعلو بذراعين من العلو لاستوا السفل والعلو عنده فكانت القسمة
اثلاثا ولو كان بينهما بيت تام سفل وعلو وسفل اخر فعند ابي حنيفة
رحمه الله يحسب كل ذراع من السفل والعلو بذراع ونصف من السفل
ذراع من سفل البيت التام بذراع من السفل من الاخر وذراع من
علوه بنصف ذراع من السفل الاخر وعند ابي يوسف ذراع من التام
بذراعين من السفل والله اعلم وعلى هذا الاصل يخرج ما اذا اقتسما
دارا وفضلا بعضها على بعض بالدراهم او الدنانير لفضل قيمة البنا او
القسمة الموضع ان القسمة جايزة لانها وقعت عادلة من حيث المعنى
لان الدار قد يفضل بعضها على بعض بالبنا والموضع فكان ذلك تفضيلا
من حيث الصورة تعديلا من حيث المعنى ولو لم يسميا قيمة فضل البنا
وقت القسمة جازت القسمة استحسانا وتجب فضل البنا وان لم يسميا
في القسمة والقياس ان لا تجوز القسمة لان هذه قسمة بعض الدار دون
بعض لان العرصة مع البنا بمنزلة شي واحد وقسمة البنا بالقيمة
فاذا لم توجد التسمية بقيت مجهولة ووقعت القسمة للعرصة دون
البنا وانها جايزة وجه الاستحسان ان قسمة العرصة قد صحت لوقوعها
في محلها وهو الملك المشترك ولا صحة لها الا بقسمة البنا وذلك بالقيمة
فيجب على صاحب الفضل قيمة فضل البنا وان لم يسم ضرورة صحة القسمة
والله اعلم وعلى هذا الاصل ايضا يخرج قسمة الجمع في الاجناس المختلفة

انها

جايزة جبرا بالاجماع للتعذر تعديل الانصبا الا بالقيمة ولا تجوز في الرقيق
والدور عند ابي حنيفة رحمه الله لانها في حكم الاجناس المختلفة ولا تقع
القسمة فيهما عادلة بل جايزة ولا تقسم الاولاد في بطون الغنم لتعذر
التعديل وعلى هذا تخرج رد المقسوم بالعيب في نوعي القسمة لانه اذا ظهر
به عيب فقد ظهر انها وقعت جايرة لا عادلة فكان له حق الرد بالعيب
كما في البيع ولو امتنع الرد بالعيب لوجود المانع منه يرجع بالنقصان
كما في البيع الا ان في العيب يرجع بتمام النقصان وفي القسمة يرجع بالنصف
لان النقصان في القسمة يرجع الى النصيبين جميعا فيرجع بنصف
النقصان من نصيب شريكه واما الرد بخيار الروية والشرط فيثبت
في قسمة الرضا لان القسمة فيها معنى المبادلة وهذا النوع اشبه بالمبادلة
لوجود الرضا من الجانبين فيثبت فيه خيار الروية كما في البيع ولا يثبت
في قسمة القضا لخلوها عن المبادلة بل العدم الغابة لانه لو ردها بخيار
الروية والشرط لاجبره القاضي ثانيا فلا يفيد والله اعلم ولا تجب الشفعة
في القسمة لان حق الشفعة تتبع المبادلة المحضة لسوتها على مخالفة
القياس والقسمة مبادلة من وجه فلا تحتمل الشفعة ولانها لو وجبت لا
تخلوا اما ان تجب للشريك او للجار لا سبيل الى الاول لان الشفعة لغير
البايع والمشتري ولا سبيل الى الثاني لان الشريك اولى من الجار والله اعلم
ومنها الوجوب عند الطلب حتى يجبر على القسمة فيما ينتفع كل واحد من الشريكين
بقسمته وكذا فيما ينتفع بها احدهما ويستضر الاخر يجبر عند طلب المنتفع
بالاجماع وعند طلب المستضر اختلاف روايتي الحاكم والقدوري وقد ذكرناه
ومنها اللزوم بعد تمامها في النوعين جميعا حتى لا يحتمل الرجوع عنها اذا تمت
واما قبل التمام فكذلك في احد نوعي القسمة وهو قسمة القضا دون النوع
الاخر وهو قسمة الشركا بيان ذلك ان الدار اذا كانت مشتركة بين قوم
نقسمها القاضي او الشركا بالتراضي فخرجت السهام كلها بالقرعة لا يجوز لهم
الرجوع وكذلك اذا خرج الكل الا سهم واحد لان بذلك خروج السهام كلها
لكون ذلك السهم متعينا لمن بقي من الشركا وان خرج بعض السهام دون
البعض فكذلك في قسمة القضا لانه لو رجع احدهم لاجبره القاضي على
القسمة ثانيا فلا يفيد رجوعه واما في قسمة التراضي فيجوز الرجوع لان
قسمة التراضي لا تتم الا بعد خروج السهام كلها وكل عاقد يستبد من الرجوع
عن العقد قبل تمامه كما في البيع ونحوه فصل واما بيان حكم القسمة فنقول
وبالله التوفيق حكم القسمة ثبوت الاختصاص بالمقسوم عينا تصرفا فيه
فيملك المقسوم له في المقسوم جميع التصرفات المختصة بالملك حتى لو وقع
في نصيب احد الشريكين ساحة لا بنا فيها ووقع البنا في نصيب الاخر
فلصاحب الساحة ان يبني في ساحته وله ان يرفع بناه وليس لصاحب البنا
ان يمنعه وان كان يسد عليه الريح والشمس لانه يتصرف في ملك نفسه
فلا يمنع عنه وكذا له ان يبني في ساحته مخرجا وتنورا او حماما او رحا
لما قلنا وكذا له ان يقعد في بنايه حدادا او قصارا وان كان يتادي به جاره

لما قلنا وله ان يفتح في بنايه بابا او كوة لما ذكرنا الا ترى ان له رفع الجدار اصلا
ففتح الباب والكوة اولى وله ان يحفر في ملكه بيرا او بالوعة او كرياسا
وان كان يهن بذلك حايط جاره وان طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل
ولو سقط الحايط من ذلك لا يضمن لانه لا صنع منه في ملك الغير والاصل
ان لا يمنع الانسان من التصرف في ملك نفسه الا ان الكف عما يوذي
الجار احسن قال الله تعالى واعبدوا الله ولا تشركوا به شيا وبالوالدين
احسانا الى قوله تعالى والجار الجنب خصه بالامر بالاحسان اليه فلين لم
يحسن اليه فلا اقل من ان يكف عنه اذاه وعلى هذا دار بين رجلين ولرجل
فيها طريق فارادا ان يقتسماها ليس لصاحب الطريق منعهما عن القسمة
لانهما بالقسمة متصرفان في ملك انفسهما فلا يمنعان عنه فيقتسمان ما ورا
الطريق ويترك الطريق على حاله على سعة عرض باب الدار لما ذكرنا من
قبل ولو باعوا الدار والطريق فان كانت رقبة الطريق مشتركة بينهم
قسموا ثمن الطريق بينهم اثلاثا وان كانت الرقبة لشريكي الدار ولصاحب
الطريق حق المرور حكى القدوري عن الكرخي ان لا شي لصاحب الطريق من
الثمن ويكون الثمن كله للشريكين وروي عن محمد ان كل واحد من الشريكين يضرب
بحقه من المنفعة ويضرب صاحب الطريق بحق المرور وطريق معرفة ذلك
ان ينظر الى قيمة العرصة بغير طريق وينظر الى قيمتها وفيها طريق فيكون لصاحب
الطريق ما بينهما ولكل واحد من الشريكين قيمة المنفعة اذا كان فيها طريق
وجه ما حكي عن الكرخي ان حق المرور لا يحتمل البيع الا ترى انه لو باعه وحده
لم يجز فاذا بيع الطريق باذنه فقد اسقط حقه اصلا فلا يقابله ثمن ووجه
ما روي عن محمد ان حق المرور لا يحتمل البيع مقصودا اما يحتمله تبعا للرقبة
وهاهنا ما بيع مقصودا بل تابعا للرقبة فيقابله الثمن لكن ثمن الحق لا ثمن الملك
وهو ما ذكرنا وكذلك دار بين رجلين ولرجل فيها مسيل الما فارادا ان يقتسماها
ليس لصاحب المسيل منعهما من القسمة لما قلنا بل تقسم الدار ويترك المسيل
على حاله كما في الطريق وكذلك لو كان في الدار منزل لرجل وطريقه في الدار
فارادا ان يقتسما الدار لا يمنعان من القسمة ولكن يترك ان طريق المنزل
على حاله على سعة عرض الباب لا على سعة باب المنزل لما ذكرنا ولو اراد صاحب
المنزل ان يفتح الى هذا الطريق بابا اخر له ذلك لانه متصرف في ملك نفسه
الا ترى ان له ان يرفع الحايط كله فهذا اولى ولو اشترى صاحب المنزل
دارا من دار المنزل وفتح بابه الى المنزل فان كان ساكن الدار والمنزل واحد
فله ان يمر من الدار الى المنزل ومن المنزل الى الطريق الذي في الدار الاولى
لان له حق المرور في هذا الطريق وان كان ساكن الدار غير ساكن المنزل فليس
لساكن ان يمر في الطريق الذي في الدار الاولى لانه لا حق له في الطريق فيمنع
من المرور فيه دار بين رجلين في سكة غير نافذة اقتسماها واخذ كل واحد
منهما طايفة منها فاراد كل واحد منهما ان يفتح بابا او كوة الى السكة له ذلك
ولا يسع اهل السكة منعهما لان كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه
فيملكه الا ترى ان له رفع الحايط اصلا فالباب والكوة اولى وعلى هذا حايط

اذا كان طريق رجل في دار رجل اخر

مذاهب

بين

بين قسيمين ولاحد القسيمين عليه جذوع والحايط للاخر فان شرطوا قطع الجذوع
في القسمة لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم وان لم يشترطوا
تركت على حالها لان الترك وان كان ضررا لكنهم لما لم يشترطوا القطع في القسمة
فقد التزم وكذلك لو كان ازج او قع على هذا الحايط او درجة او اسطوانة
وقع عليها جذوع لما قلنا وكذلك روشن وقع لصاحب العلو مشرفا على نصيب
الاخر لم يكن لصاحب السفل ان يقلع الروشن من غير شرط القطع لما قلنا ولو
كان لاحدهما اطراف خشب على حايط صاحبه فان كان مما يمكن ان يجعل سقف
لم يكلف قطعها وان كان لا يمكن كلف القطع لانه اذا امكن ان يجعل عليها سقف
امكنه الانتفاع به فيلحق بالحقوق فيبقى شاغلا هوا صاحبه بغير حق فيكلف
قطعها ولو كان لاحدهما شجرة اغصانها مظلة على نصيب الاخر هل يقطع ذكر
ابن سماعة انه لا يقطع لان في القطع ضررا بصاحبها وذكر ابن رستم انه
يقطع كما يقطع اطراف الخشب الذي لا يمكن تسقيفها ولو اختلف اهل الطريق
في الطريق فادعى كل واحد منهم انه له فهو بينهم بالسوية على عدد الروس لا على
ذرعان الدور والمنازل لانهم استووا في اليد لاستوايهم في المرور به الا
ان يقوم لاحدهم بينة فيسقط اعتبار اليد بالبينة دار لرجل وفيها طريق
بينه وبين رجل فمات صاحب الدار فاقتسمت ورثته الدار بينهم وتركوا الطريق
كان الطريق بينهم وبين الرجل نصفين لا على عدد الروس حتى لو باعوا الدار
يقسم الثمن بين الورثة وبينه نصفين لا على عدد الروس لان الورثة قاموا
مقام المورث وقد كان الطريق بينهما نصفين فكذا بينهم وبينه ولو لم
يعرف ان الدار ميراث بينهم وجحدوا ذلك فالطريق بينهم بالسوية على عدد
الروس لاستوايهم في اليد على ما مر

فصل

واما بيان ما يوجب نقض القسمة
بعد وجودها فنقول وبالله التوفيق الذي يوجب نقض القسمة بعد وجودها
انواع منها ظهور دين على الميت اذا طلبا الغرما ديونهم ولا مال للميت سواه ولا
قضاه الورثة من مال انفسهم وبيان ذلك ان الورثة اذا اقتسموا التركة
ثم ظهر على الميت دين فهذا لا يخلوا من احد وجهين اما ان يكون للميت مال
اخر سواه ولا قضاه الورثة من مال انفسهم تنتقض القسمة سوا كان الدين
محيطا بالتركة او لم يكن لان الدين مقدم على الارث قليلا كان او كثيرا
قال الله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين قدم الدين على الوصية من
غير فصل بين القليل والكثير لان الدين اذا كان محيطا بالتركة تبين انه
لا ملك للورثة فيها الا من حيث الصورة بل هي ملك الميت متعلقا بها حق الغرما
وقيام ملك الغير في المحل يمنع صحة القسمة فقيام الملك والحق اولى واذا لم
يكن محيطا بالتركة فملك الميت وحق الغرما وهو حق الاستيفا ثابت في قدر
الدين من التركة على الشيوع فيمنع جواز القسمة وان كان للميت سواه يجعل
الدين فيه وتمضي القسمة لان القسمة تصان عن النقض ما امكن وقد امكن
صيانتها بجعل الدين فيه وكذا الورثة اذا قضوا من مال انفسهم لا ينقض
لان حق الورثة كان متعلقا بصورة التركة وحق الغرما بمعناها وهو المالية
فاذا قضوا الدين من مال انفسهم فقد استخلصوا التركة لانفسهم صورة

ومعني فتبين انهم في الحقيقة اقتسموا مال انفسهم صورة ومعني فتبين
انها وقعت صحيحة وكذلك اذا ابراه الغرما من ديونهم لا تنقض القسمة
لان النقض لحقهم وقد اسقطوه بالابرا وكذلك لو ظهر لبعض المقتسمين
دين على الميت بان ادعي احدهم دينا على الميت واقام البينة عليه فله ان ينقض
القسمة لما قلنا ولا تكون قسمته ابرا من الدين لان حق الغرما يتعلق بمعني
التركة وهو ماليتها لا بالصورة ولهذا كان للورثة حق الاستخلاص واذا كان
كذلك فلا يكون اقدامه على القسمة اقرارا منه ان لا دين له على الميت فلم يكن
مناقضا في دعواه فسمعت ومنها ظهور الوصية حتي لو اقتسموا ثم ظهر ثم
قضي له بالثلث نقضت قسمتهم لان الموصا له شريك الورثة الا تري انه لو
هلك من التركة شي قبل القسمة يهلك من الورثة والموصا له جميعا والباقي على الموصا
الشركة بينهم ولو اقتسموا وبه وارث اخر غايب ينقض فكذا هذا وهذا اذا
كانت القسمة بالتراضي فان كانت بقضا القاضي لا ينقض لان الموصا له وان
كان كواحد من الورثة لكن القاضي اذا قسم عند غيبة احد الورثة
لا تنقض قسمته لان القسمة في هذا الموضع محل الاجتهاد وقضا القاضي
اذا صادف محل الاجتهاد تنفذ ولا تنقض ومنها ظهور الوارث حتي لو اقتسموا
ثم ظهر ان ثمة وارث اخر نقضت قسمتهم ولو كانت القسمة بقضا القاضي
لا تنقض لما ذكرنا ولو ادعي وارث وصية لابن له صغير بعد القسمة لا تصح
دعواه حتي لا يسمع منه بينة لكونه مناقضا في الدعوي اذ لا تصح قسمة
الميراث وثم موصي له فكان اقدامه على القسمة اقرارا منه بانعدام الوصية
فكان دعوي وجود الوصية مناقضة فلا تسمع ولكن لا يبطل حق الصغير
بقسمة الاب لانه لا يملك ابطال حقه وكذلك لو ادعي بعض الورثة ان اخا
له من ابيه وامه ورث اباهم اباه معهم وانه مات بعد موت الاب وورثه
هذا المدعي وجحد الباقون ذلك فاقام المدعي البينة لا تقبل بينته
لانه مناقض في دعواه لدلالة اقراره بالانعدام وارث اخر باقدامه على
القسمة وكذلك كل ميراث يدعيه او شرا او هبة او صدقة او وصية
بعد القسمة للتناقض بدلالة الاقدام على القسمة دار بين رجلين اقر احدهما
احدهما بيت منها لرجل وانكر الاخر يصح اقراره لان اقرار الانسان حجة على نفسه
لان هذا الاقرار لم يوجب تعلق الحق بالعين لحق الشريك الاخر بل موقوف
واذا لم يتعلق بالعين لا يمنع جواز القسمة فيقسم الدار ويجبر على القسمة
ومتي قسمت فان وقع البيت المقر به في نصيب المقر دفعه الي المقر له
لان الاقرار قد صح وتسليم عين المقر به ممكن فيومر بالتسليم فان وقع في نصيب
شريكه يدفع اليه قدر ذرع المقر من نصيب نفسه فيقسم ما اصابه
بينه وبين المقر له فيضرب المقر له بذرع البيت ويضرب المقر بنصف
ذرع الدار بعد البيت وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وقال محمد يضرب المقر بنصف ذرع الدار كما قالا ولكن المقر له يضرب
بنصف ذرع البيت لا بكله حتي لو كان ذرع الدار ماية وذرع البيت
عشرة فيقسم الدار بينهما نصفين يكون للمقر له عشرة اذرع عندهما

لانه جميع ذرع البيت والباقي وهو خمسة واربعون للمقر لانه نصف ذرع
الدار بعد ذرع البيت وعند محمد يكون للمقر له خمسة اذرع اذ هو
نصف ذرع البيت المقر به وجه قول محمد ان الاقرار صادف محلا معينا
مشتركا بينه وبين غيره لان كل جزين من الدار احدهما والاخر لصاحبه
على الشيوع فيبطل في نصيب صاحبه ويصح في نصيبه وذلك يوجب للمقر
له نصف ذرع البيت وجه قولهما ان الاقرار بالمشترك لا يتعلق بالعين
قبل القسمة بل هو موقوف وانما يتعلق بها بعد القسمة الا تري انه لم يمنع
صحة القسمة ولو تعلق بالعين لمنع فاذا قسمت الدار الان يتعلق بالعين
فان وقع المقر به في نصيب المقر يومر بالتسليم لانه قادر على تسليم العين
وان وقع في نصيب صاحبه فقد عجز عن تسليم عينه فيومر بتسليم بدله
من نصيبه وهو تمام ذرع المقر به هذا اذا كان المقر به شيا يحتمل
القسمة فان كان مما لا يحتمل القسمة كبيت من حمام مشترك بينه وبين غيره
اقر به لرجل وانكر صاحبه يصح اقراره ولكن لا يجبر على قسمته لان قسمة الاضرار
مما لا يحتمل الجبر على ما ذكرناه في موضعه ويلزمه نصف قيمة البيت لانه
عجز عن تسليمه والاقرار بعين متعذر التسليم يكون اقرارا ببدله تصحيحا
لتصرفه وصيانة لحق الغير بالقدر الممكن كالاقرار بجذع في الدار والله اعلم

فصل هذا الذي ذكرنا قسمة الاعيان واما قسمة المنافع وهي المسماة
بالمهاياة والكلام فيها في مواضع • في بيان انواع المهاياة وما يجوز منها وما
لا يجوز • وفي بيان محل المهاياة • وفي بيان صفة المهاياة • وفي بيان ما
يملك كل واحد من الشريكين من التصرف بعد المهاياة وما لا يملك • اما
الاول فالمهاياة نوعان نوع يرجع الي المكان ونوع يرجع الي الزمان
اما النوع الاول فهو ان يتهايا في دار واحدة على ان ياخذ كل واحد منهما
طايفة منها ليسكنها وانه جايز لان المهاياة قسمة فتعتبر بقسمة العين
وقسمة العين على هذا الوجه جايزة فكذا قسمة المنافع ولو تهايا على ان ياخذ
احدهما السفل والاخر العلو جاز ذلك لما قلنا ولا يشترط بيان المدة في
هذا النوع لان قسمة المنافع ليست بمبادلة المنفعة بجنسها غير جايزة عندنا
كاجارة السكني بالسكني والخدمة بالخدمة وكذا لو تهايا في دارين واخذ
كل واحد دارا يسكنها او ليستغلها فهو جايز بالاجماع اما عند ابي يوسف
ومحمد فلا شك لان قسمة الجمع في عين الدور جايزة فكذا في المنافع واما
ابو حنيفة فيحتاج الي الفرق بين العين وبين المنفعة ووجه الفرق
له ان الدور في حكم اجناس مختلفة للتفاحش بين دار ودار في نفسها
وبنايها وموضعها ولا تجوز قسمة الجمع في جنسين مختلفين على ما مر
واما التفاوت في المنافع فقل ما يتفاحش بل يتفاوت فلم تلحق منافع
الدارين بالاجناس المختلفة فجازت القسمة وكذا لو تهايا في عبد ين
على الخدمة جاز بالاجماع اما عندهما فلان قسمة الجمع في اعيان الرقيق
جايزة كذا في منافعها ووجه الفرق لابي حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا
في الدارين ولو تهايا في عبدين فاخذ كل واحد منهما عبدا يخدمه

ويشرط كل واحد منهما طعام العبد الذي يخدمه جاز استحسانا والقياس ان لا
يجوز ووجه القياس ان طعام كل واحد من العبدين على الشريكين جميعا على
المناصفة فاشتراط كل الطعام من كل واحد منهما على نفسه يخرج مخرج معاوضة
بعض الطعام ببعض الطعام وانها غير جايزة للجهالة ووجه الاستحسان
ان هذا النوع من الجهالة لا يفضي الى المنازعة لان مبنى الطعام على المسامحة
في العرف والعادة دون المضايقة بخلاف ما اذا شرط كل واحد منهما على
نفسه كسوة العبد انه لا يجوز لانه في الكسوة من المضايقة ما لا يجري
في الطعام في العرف والعادة فكانت الجهالة في الكسوة مفضية الى المنازعة
معما ان الجهالة في الكسوة تتفاحش بخلاف الطعام لذلك افترقا والله اعلم
واما التهايي في الدواب بان اخذ احدهما دابة يركبها والاخر دابة اخرى
من جنسها ليستغلها وشرط الاستغلال فغير جايز عند ابي حنيفة وعندهما
جايز وجه قولهما ظاهر لان قسمة الجمع في اعيان الدواب من جنس واحد جايز
فكذا قسمة المنافع ولابي حنيفة الفرق بين المنفعة وبين المنفعة انه جوز
قسمة الجمع في اعيانها ولم يجوز في منافعها ووجه الفرق انها باعتبار اعيانها
جنس واحد لكنهما في منفعة الركوب في حكم جنسين مختلفين بدليل
ان من استاجر دابة ليركبها لم يملك ان يواجرها للركوب ولو فعل لضمن
فاشبه اختلاف جنس المنفعة اختلاف جنس العين واختلاف جنس العين
عنده مانع جواز الجمع فكذا في المنفعة بخلاف المهاياة في الدارين والعبدين
انها جايزة لان منافع المنافع متقاربة غير متفاحشة بدليل ان المستاجر
فيهما يملك الاجارة من غيره فلم يختلف جنس المنفعة فجازت المهاياة واما
النوع الثاني وهو المهاياة بالزمان فهو ان يتهايا في بيت صغير على ان يسكنه
هذا يوما وهذا يوما او في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما وهو جايز
لقوله تعالى هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم اخبر عن نبيه
صالح صلوات الله عليه وسلامه بالمهاياة في الشرب ولم ينكره عليه والحكيم
اذا حكى عن منكر غيره فدل على جواز المهاياة بالزمان بظاهر النص ويثبت
في النوع الاخر من طريق الدلالة لانها اشبه بالمقاسمة من النوع
الاول ولان جواز المهاياة بالزمان لمكان حاجات الناس وحاجتهم الى
المهاياة بالمكان اشد لان الاعيان كلها في احتمال المهاياة بالزمان تشرع
سوا ومن الاعيان ما لا يحتمل المهاياة بالمكان كالعبد والبيت الصغير
ونحوها فلما جازت تلك فلئن يجوز هذه اولى **فصل** واما بيان محل المهاياة
فنقول ولا قوة الا بالله ان محلها المنافع دون الاعيان لانها قسمة المنفعة
دون العين حتى انهما لو تهايا في نخل او شجر بين شريكين على ان ياخذ كل
واحد منهما طايفة يستثمرها لا يجوز وكذلك اذا تهايا في الغنم المشتركة
على ان ياخذ كل واحد منهما قطيعا يرعاها وينتفع بالبانها لا يجوز لما ذكرنا
ان هذا عقد قسمة المنافع والثمر واللبن عين مال فلا يدخل تحت عقد
المهاياة ولو تهايا في الاراضي المشتركة على ان ياخذ كل واحد منهما نصفها
ويزرع جاز لان ذلك قسمة المنافع وهي معنى المهاياة والله اعلم

جواز صح

واما

واما صفة المهاياة فهي انها عقد غير لازم حتى لو طلب احدهما بعد قسمة العين
بعد المهاياة قسم الحاكم بينهما وفسخ المهاياة لانها كالخلف عن قسمة العين
وقسمة العين كالاصل فيما شرعت له القسمة لان القسمة شرعت لتكميل منافع
الملك وهذا المعنى في قسمة العين اكمل ولهذا لو طلب احدهما القسمة قبل
المهاياة اجبره الحاكم على القسمة فكان عقدا جايزا فاحتمل الفسخ كساير العقود
الجايزة ولا يبطل بموت احد الشريكين بخلاف الاجارة لانها لو بطلت لاعادها
القاضي للحال ثانيا فلا يفيد **فصل** واما بيان ما يملك كل واحد منهما
من التصرف بعد المهاياة بالمكان فلكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه
بالمهاياة اما في المهاياة بالمكان فلكل واحد منهما ان يستغل ما اصابه بالمهاياة
سوا شرطا الاستغلال في العقد او لا وسوا تهايا في دار واحدة او دارين
لان المنافع بعد المهاياة تحدث على ملك كل واحد منهما فيما اخذه فيملك
التصرف فيه بالتمليك من غيره وبه تبين ان المهاياة في هذا النوع ليست
بعارة لان العارية لا تواجر واما المهاياة بالزمان فلكل واحد منهما ان
يسكن او يستخدم لما ذكرنا لكن لا بد من ذكر الوقت من اليوم والشهر ونحو
ذلك بخلاف المهاياة بالمكان ان لكل واحد منهما ولاية السكنى والاستغلال
مطلقا لان الحاجة الى ذكر الوقت لتصير المنافع معلومة والمهاياة بالمكان
قسمة منافع مقدرة مجموعة بالمكان ومكان المنفعة معلوم فصارت المنافع
معلومة بالعلم بمكانها فجازت المهاياة واما المهاياة بالزمان فقسمة منافع
مقدرة بالزمان فلا تصير معلومة الا بذكر زمان معلوم فهو الفرق والله اعلم
وهل يملك كل واحد منهما الاستغلال في نوبته لا خلاف في انهما اذا لم يشرطا
لا يملك فاما اذا اشترطا ذكر القدوري انه لا يملك لان هذا النوع من المهاياة
في معنى العارية والعارية لا تواجر وذكر في الاصل ان التهايي في الدار
الواحدة على السكنى او الغلة جايز منهم من قال المذكور في الاصل ليس
مهاياة حقيقة لوجهين احدهما انه اضاف التهايي الى الغلة دون
الاستغلال والغلة لا تحتمل التهايي حقيقة اذ هي عين والتهايي قسمة
المنافع دون الاعيان والثاني انه ذكر فيه غلة الدار اذا فضلت في
يد احدهما شاركه فيه صاحبه وليس ذلك حكم جواز المهاياة كما في المهاياة
بالمكان في الدار اذا تهايا ان ياخذ كل واحد منهما دارا واحدة يستغلها فاستغلها
ففضل شي من الغلة في يد احدهما ان الفاضل يكون له خاصة ويكون
المذكور في الاصل محمولا على ما اذا اصطلحا على ان ياخذ هذا غلة شهر
وذلك غلة شهره وسمى ذلك مهاياة مجازا وان لم يكن ذلك مهاياة حقيقة
في هذه الصورة يكون فضل الغلة مشتركا بينهما وعلى هذا يرتفع اختلاف
الروايتين ويحتمل ان يكون المذكور في الاصل دليلا على شرط جواز الاستغلال
اذ الغلة يجوز ان تذكر بمعنى الاستغلال في الجملة وقد قام دليل
ارادة الاستغلال هاهنا وهو قرينة التهايي يكون على شي هو مقدور
بالتهايي وهو فعل الاستغلال دون عين الغلة ولهذا فرق بها السكنى
الذي هو فعل الساكن ويكون قوله ما فضل من الغلة في يده يشاركه فيه

صاحبه محمولا على ما اذا نقا بالشرط الاستغلال ابتدا ثم اصطلحا على ان ياخذ كل واحد منهما غلة شهر وفي هذه الصورة يكون فضل الغلة بينهما كما في الدار بن فعلى هذا يثبت اختلاف روايتي الحاكم والقدوري والله اعلم

كتاب المأذون

الكلام في هذا الكتاب في مواضع • في بيان ركن الاذن بالتجارة • وفي بيان شرايط الركن • وفي بيان ما يظهر به الاذن بالتجارة • وفي بيان ما يملك المأذون من التصرف وما لا يملك • وفي بيان ما يملك المولى من التصرف في كسبه وما لا يملك • وفي بيان حكم تصرفه • وفي بيان حكم الغرور في العبد المأذون • وفي بيان حكم الدين الذي يلحق المأذون • وفي بيان ما يبطل به الاذن ويصير محجورا وفي بيان حكم تصرف المحجور • اما الاول فنقول وبالله التوفيق ركن الاذن بالتجارة نوعان صريح ودلالة والصريح نوعان خاص وعام وكل واحد منهما انواع ثلثة منجز ومعلق بشرط ومضاف الى وقت اما الخاص المنجز فهو ان يأذن له في شي بعينه مما لا يوذن في مثله للتجارة عادة بان يقول له اشتر لي بدرهم لحما او اشتر لي طعاما رزقا لي اولاهلي او لك او اشتر ثوبا لي او لاهلي او لاهلك او اشتر ثوبا اقطعه قميصا ونحو ذلك مما لا يقصد به التجارة عادة ويصير ماذونا بما تناوله الاذن خاصة استحسانا والقياس ان يصير ماذونا بالتجارات كلها لان الاذن بالتجارة مما لا يتجزى فكان الاذن في تجارة اذنا في الكل وجه الاستحسان ان الاذن على هذا الوجه لا يوجد الا على وجه الاستخدام عرفا وعادة فيحمل على المعارف وهو الاستخدام دون الاذن بالتجارة مع انه لو جعل الاذن بمثله اذنا بالتجارات كلها لصار المأذون بشرا البقل ماذونا في التجارة وفيه سد باب استخدام المماليك وبالناس حاجة اليهم فاقتصر على مورد الضرورة واما العام المنجز فهو ان يقول اذنت لك في التجارات او في التجارة ويصير ماذونا في الانواع كلها بالاجماع واما اذا اذن له في نوع بان قال اتجر في البز او في الطعام او في الرقيق يصير ماذونا في التجارات كلها عندنا وعند زفر والشافعي لا يصير ماذونا الا في النوع الذي يظاهر الاذن وكذلك اذا قال له اتجر في البز ولا تتجر في الخز لا يصح نهيه ويصير ماذونا في التجارات وعلى هذا اذا اذن له بضرب من الصنايع بان قال له اقعد صباغا او قصارا يصير ماذونا في التجارات والصنايع كلها حتى كان له ان يقعد صيرفيا وصايغا وكذلك اذا اذن له ان يتجر شهرا او سنة يصير ماذونا ابدا ما لم يحجر عليه وجه قولهما ان العبد متصرف عن اذن فلا يتعدى تصرفه مورد الاذن كالوكيل والمضارب ولهذا يثبت حكم تصرفه لمولاه ولنا ان تقييد الاذن بالنوع غير مفيد فيلغوا استدلالا بالمكاتب وهذا لان فايدة الاذن بالتجارة تمكين العبد من تحصيل النفع المطلوب من التجارة وهو الربح وهذا في النوعين على نمط واحد وكذا الضرر الذي في العقد عسى لا يتفاوت فكان الرضا بالضرر في احد النوعين رضى به في النوع الاخر فلم يكن التقييد بالنوع مفيدا فيلغوا ويبقى الاذن بالتجارة عاما فيتناول الانواع كلها مع انه وجد الاذن في النوع الاخر دلالة لان

الغرض من الاذن هو حصول الربح والنوعان في احتمال الربح على السوا فكان الاذن باحدهما اذنا بالاخر دلالة ولهذا يملك قبض الهبة والصدقة من غير اذن المولى لوجوده دلالة كذا ههنا واما الخاص المعلق بشرط فهو ان يقول ان قدم فلان فاشتر لي بدرهم لحما ونحو ذلك والمضاف الى وقت ان يقول اشتر لي بدرهم لحما غدا او راس شهر كذا واما العام المعلق بشرط فهو ان يقول اذا قدم فلان فقد اذنت لك بالتجارة والمضاف الى وقت ان يقول اذنت لك بالتجارة غدا او راس شهر كذا وكل واحد من النوعين يصح معلقا بخلاف الحجر انه لا يصح تعليقه بشرط ولا اضافته الى وقت بان يقول للماذون ان قدم فلان فانت محجور او قد حجرت عليك غدا او راس شهر كذا ووجه الفرق ان الاذن تصرف اسقاط لان انحجار العبد ثبت حقا لمولاه وبالاذن اسقطه والاسقاطات تحتمل التعليق والاضافة كالطلاق والعتاق ونحوهما فاما الحجر فاثبات الحق واعادته والاثباتات لا تحتمل التعليق والاضافة كالرجعة ونحوها ولهذا قال اصحابنا ان الاذن لا يحتمل التوقيت حتى لو اذن لعبده في التجارة شهرا او سنة يصير ماذونا ابدا ما لم يوجد المبطل للاذن كالحجر وغيره الا ان توقيت الاذن الى وقت اضافة الحجر اليه لان معناه اذا مضى شهر او سنة فقد حجرت عليك او حجرت عليك شهر كذا والحجر لا يحتمل الاضافة الى الوقت فلغت الاضافة وبقي الاذن بالتجارة مطلقا الى ان يوجد المبطل واما الاذن بطريق الدلالة فنحو ان يرى عبده يبيع ويشتري ولا ينهاه ويصير ماذونا في التجارة عندنا الا في البيع الذي صادف السكوت واما في الشرا فيصير ماذونا وعند زفر والشافعي لا يصير ماذونا وجه قولهما ان السكوت يحتمل الرضى ويحتمل السخط فلا يصلح دليل الاذن مع الاحتمال ولهذا لم ينفذ تصرفه الذي صادفه السكوت ولنا انه ترجح جانب الرضى على جانب السخط لانه لو لم يكن راضيا لنهاه اذ النهي عن المنكر واجب فكان احتمال السخط احتمالا مرجوحا فكان ساقط الاعتبار شرعا واما التصرف الذي صادفه السكوت فان كان شرا ينفذ وان كان بيعا فانما لم ينفذ لانعدام المقصود من الاذن بالتجارة على ما نذكره وسوا راه يبيع بيعا صحيحا او بيعا فاسدا اذا ذكر سكت ولم ينهه يصير ماذونا وان لم يجز البيع لما قلنا وكذلك لو باع مال مولاه والمولى حاضر فسكت لم يجز ذلك البيع ويصير ماذونا في التجارة لان غرض المولى من الاذن بالتجارة حصول المنفعة دون المضرة وذلك باكتساب ما لم يكن لا بازالة الملك عن ماله كاين ولا ينجبر هذا الضرر بالثمن لان للناس رغايب في الاعيان ما ليس في ابدالها حتى لو كان شرا ينفذ لانه نفع محض ثم لا حكم للسكوت الا في مواضع منها سكوت المولى عند تصرف العبد بالبيع والشرا وقد ذكرناه ومنها سكوت البكر البالغة عند سكوت المولى انه يكون اذنا وقت العقد وبعده يكون اجازة ومنها سكوت الشفيع اذا علم بالشرا انه يكون تسليما للشفعة ومنها الواهب او المتصدق عند قبض الموهوب له والمتصدق عليه

بحضرته ان يكون اذنا بالقبض ومنها سكوت مجهول النسب اذا باعه بحضرته
وقال قم فاذهب مع مولاك فقام وسكت انه يكون اقرارا منه بالرق حتى لا
تسمع دعواه الحرية بعد ذلك واما سكوت البائع بيعا صحيحا بثمن حال
عند قبض المشتري بحضرته هل يكون اذنا بالقبض ذكر في ظاهر الرواية
انه لا يكون اذنا بالقبض وذكر الطحاوي انه يكون اذنا كما في البيع الفاسد
ودلايل هذه المسألة نذكر في مواضعها ان شاء الله تعالى وعلى هذا اذا قال
لعبده اد الي كل يوم كذا او كل شهر كذا يصير ماذونا لانه لا يتمكن من ادا
الغلة الا بالتكسب فكان الاذن باداء الغلة اذنا بالتجارة وكذلك لو قال
لعبده اذا اديت الي الفا فانت حر او قال ان اديت الي الفا فانت حر يصير
ماذونا لان غرضه حمل العبد على العتق بواسطة تحصيل الشرط ولا يتمكن
من تحصيله الا بالتصرف فكان التعليق دليلا على الاذن وكذلك اذا قال
له اد الي الفا وانت حر فهذا والاول سوا لانه يستعمل في التعليق عرفا
وعادة ولو قال له اد وانت حر لا يصير ماذونا ويعتق للحال لان هذا
تنجيز وليس بتعليق وعلى هذا اذا كاتب عبده يصير ماذونا لانه لما كاتبه
فقد جعله احق بكسبه ولا يكون ذلك الا بالتجارة **فصل** واما شرايط
فانواع منها ان يكون الاذن لمن يعقل التجارة لان الاذن بالتجارة لمن
لا يعقل التجارة سفه فاما البلوغ فليس بشرط لصحة الاذن فيصح الاذن
للعبد بالغا كان او صبيا بعد ان كان يعقل البيع والشرا لما روي ان النبي
صلى الله عليه وسلم كان يجيب دعوة المملوك من غير فصل فدل الحديث
على جواز الاذن بالتجارة لانه صلى الله عليه وسلم ما كان ليجيب دعوة
المحجور ويأكل من كسبه فتعين الماذون وكذا الاذن للامة والمدبر
وام الولد بعد ان عقلوا التجارة لان اسم المملوك يتناول الكل وكذا
يجوز الاذن للصبي الحر بالتجارة اذا كان يعقل التجارة وهذا عندنا
وقال الشافعي لا يجوز الاذن للصبي بحال حرا كان او عبدا وكذا سلامة
العقل عن الفساد اصلا ليس بشرط لصحة الاذن عندنا حتى يجوز الاذن
للمعتوه الذي يعقل البيع والشرا بالتجارة وعنده شرط وجه قوله
ان الصبي ليس من اهل التجارة فلا يصح الاذن له بالتجارة وهذا لان
اهلية التجارة بالعقل الكامل لانها تصرف دائر بين الضرر والنفع
فلا بد لها من كمال العقل وعقل الصبي ناقص فلا يكفي لاهلية التجارة ولهذا
لم يعتبر عقله في الهبة والصدقة والطلاق والعتاق كذا ههنا ولنا
قوله تعالى وابتلوا اليتامى امر الاوليا بابتلا اليتامى والابتلا هو
الاظهار فابتلا اليتيم اظهار عقله بدفع شي من امواله اليه لينظر
الولي انه هل يقدر على حفظ امواله عند النوايب ولا يظهر ذلك الا بالتجارة
فكان الامر بالابتلا اذنا بالتجارة ولان الصبي اذا كان يعقل التجارة يعقل
المنافع من المضار فيختار المنفعة على المضرة فكان اهلا للتجارة كالبالغ
بخلاف الهبة والصدقة والطلاق ونحوها لانها من التصرفات
المضرات المحضة لكونها ازالة ملك لا الى عوض فلم يجعل الصبي اهلا

لها نظرا له دفعا للضرر عنه ومنها العلم بالاذن بالتجارة في احد نوعي
التجارة الاذن بلا خلاف وبيان ذلك ان الاذن بالاضافة الى الناس
ضربان اذن اسرار واذن اعلان وهو المسمى بالخاص والعام في الكتاب
فالخاص ان يقول اذنت لعبدي في التجارة ولا خلاف في ان العلم
بالاذن شرط لصحة الاذن في هذا النوع لان الاذن هو الاعلام قال
الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام والفعل لا يعرف اعلاما
الا بعد تعلقه بالمعلم ولان اذن العبد يعتبر باذن الشرع ثم
حكم الاذن من الشرع لا يثبت في حق الماذون الا بعد علمه به فكذا
ذلك اذن العبد ولهذا كان العلم بالوكالة شرطا لصحتها على ما ذكرنا
في كتاب الوكالة كذا هذا حتى لم يصح تصرف الوكيل قبل العلم بالوكالة
واما في الاذن العام فقد ذكر في كتاب الماذون انه يصير ماذونا
وان لم يعلم به العبد وذكر في الزيادات فيمن قال لاهل السوق
بايعوا ابني فلانا فبايعوه والصبي لا يعلم بالاذن انه لا يصير ماذونا
ما لم يعلم باذن الاب منهم من اثبت اختلاف الروايتين في جواز الاذن
العام من غير علم العبد ومنهم من لم يثبت الاختلاف وفرق بين
الصبي والعبد فجعل العلم شرطا في الصبي دون العبد ووجه الفرق
ان حجر العبد لحق مولاه فاذا اذن لاهل السوق بمبايعته فقد
اسقط حق نفسه فانفك الحجر فصار ماذونا بخلاف الصبي لان حجره
عن التصرف لحق نفسه لا لحق ابيه الا ترى ان العهدة تلزمه دون ابيه
فشرط علمه بالاذن الذي هو ازالة الحجر ليكون لزوم العهدة في التجارة
مضافا اليه ويحتمل ان يفرق بينهما من وجه اخر وهو ان الاذن على سبيل
الاستفاضة سبب لحصول العلم لهما جميعا الا ان السبب لا يقام
مقام المسبب الا لضرورة والضرورة في حق العبد دون الصبي
لان الناس يحتاجون الى مبايعة العبد الماذون لان اذن العبد
بالتجارة من عادة التجار فاذا وجد الاذن على الاستفاضة وانه سبب
لحصول العلم غالبا فالناس يعاملونه بنا على هذه الدلالة ثم يظهر انه
ليس بماذون لانعدام العلم حقيقة فيتعلق ديونهم بذمة المفلس
ويتأخر الى ما بعد العتق فيودي الى الضرر بهم بخلاف الصبيان لان اذن
الصبي بالتجارة ليس من عادة التجار والناس ايضا لا يعاملون الصبيان
عادة ولو توقف الاذن على حقيقة العلم لا يلحقهم الضرر الا على سبيل
الندرة والنادر ملحق بالعدم والله اعلم **فصل** واما بيان ما يظهر
به الاذن بالتجارة فنقول ما يظهر به الاذن بالتجارة نوعان احدهما
من جهة المولى والثاني من جهة العبد اما الذي من جهة المولى فهو
تشهيره بالاذن واشاعته بان ينادي السوق اني قد اذنت لعبدي
فلان بالتجارة فبايعوه وهو المسمى بالاذن العام واما الذي من جهة
العبد فهو اخباره عن كونه ماذونا بالتجارة بان لم يكن الاذن من
المولى عاما وقدم مصرا لم يشتهر فيه اذن المولى فقال ان مولاي اذن

اِلی بالتجارة والاذن بالتجارة يظهر بكل واحد من النوعين اما الاول فلا شك فيه
لحصول العلم للسامعين بحسن السمع من الاذن ولعبر السامعين بالنقل بطريق
التواتر واما الثاني فلان خبر الواحد مقبول في المعاملات ولا يشترط فيه
العدد ولا العدالة الا ترى انه لو جاء عبد او امة الى انسان وقال هذه هدية
بعثني بها مولاي اليك جاز له القبول كذا هذا وههنا لان المعاملات في العادات
يتعاطاها العبيد والخدم والفسق فيهم غالب فلو لم يقبل خبرهم فيها لوقع
الناس في الحرج واذا قبل خبره ظهر الاذن فيسع الناس ان يعاملوه غير انهم
ان بنوا معاملتهم على الاذن العام فعاملوه فلحقه دين يباع فيه كسبه ورقبته
بدعوى التجارة وان عاملوه بنا على اخباره فلحقه دين يباع كسبه بالدين ولا يباع
رقبته ما لم يحضر المولى فيقر باذنه بالتجارة والله اعلم فصل واما بيان ما
يملكه الماذون من التصرف وما لا يملكه الماذون من التصرف فنقول وبالله
التوفيق كل ما كان من باب التجارة او توابعها او ضروراتها يملكه الماذون
وما لا فلا لان كل ذلك داخل في الاذن بالتجارة فيملك الشرا والبيع بالنقد والنسية
والعروض لان كل ذلك من التجارة وعادة التجار وكذلك يملك البيع والشرا
بغبن يسير بالاجماع لانه من التجارة ولا يملك التحرز عنه حتى ملكه الاب
والوصي وكذا بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يملك وجه
قولهما ان البيع بغبن فاحش في معنى التبرع الا ترى انه لو فعله المريض يعتبر
من الثلث كما في ساير التبرعات والماذون لا يملك التبرع وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله ان هذا بيع وشرا على الاطلاق لوقوع الشرا والبيع عليه مطلقا فكان
تجارة مطلقة فدخلت تحت الاذن بالتجارة ثم فرق ابو حنيفة رحمه الله بين
الماذون وبين الوكيل حتى سوى بين البيع والشرا في الماذون وفرق بينهما
في الوكيل حتى قال ان الماذون يملك البيع والشرا بالغبن الفاحش والوكيل لا
يملك الشرا بالغبن الفاحش بالاجماع ووجه الفرق له ان امتناع جواز الشرا
بالغبن الفاحش في باب الوكالة لمكان التهمة لجواز انه اشترى لنفسه فلما
ظهر الغبن اظهر الشرا للموكل فلم يجز للتهمة حتى ان الوكيل لو كان بشرا شي
بعينه ينفذ على الموكل لانعدام التهمة لانه لا يملك الشرا لنفسه ومعنى التهمة
لا يتقدر في الماذون لانه لا يملك الشرا لنفسه فاستوى فيه البيع والشرا
وهل يملك الماذون ان يبيع شيا من مولاه فان لم يكن عليه دين لا يتصور
البيع من المولى لاستحالة بيع مال الانسان منه وان كان عليه دين فان باعه
بمثل قيمته او باكثر جاز وان باعه باقل من قيمته لم يجز عند ابي حنيفة اصلا
وعندهما يجوز بقدر المحاباة وكذلك لو باع المولى شيا منه فان لم يكن
عليه دين لم يكن بيعا لما قلنا وان كان عليه دين فان باعه بمثل قيمته او باقل
من قيمته جاز وان باعه باكثر من قيمته لم يجز البيع عند ابي حنيفة وعندهما
يجوز وتبطل الزيادة وعلى هذا اذا اشترى من المولى دارا بجنب دار العبد
ان لم يكن على العبد دين فلا شفعة له لانه اذا لم يكن عليه دين فالدار التي
في يد العبد خالص ملك المولى فلو اخذها بالشفعة لاخذها هو فكيف
ياخذ ملك نفسه بالشفعة من نفسه وان كان على العبد دين فله ان

باخذها

ياخذها بالشفعة ولو اشترى العبد دارا بجنب دار المولى فان لم يكن على العبد
دين فلا حاجة للمولى الى الاخذ بالشفعة لانها خالص ملكه وان كان عليه دين فله ان
ياخذها بالشفعة وكذا الصبي الماذون في الشرا والبيع بالنقد والنسية والعروض
والغبن اليسير والبيع بالغبن الفاحش بمنزلة العبد الماذون على الاتفاق والاختلاف
وهذا اذا باع من اجنبي او اشترى منه فان باع من ابيه شيا او اشترى منه فان باع
بمثل القيمة او اكثر او اشترى بمثل القيمة او باقل جاز ولو كان فيه غبن فان كان مما
يتغابن الناس في مثله جاز لان الاحتراز عنه غير ممكن وان كان مما لا يتغابن الناس
فيه لم يجز لانه يتصرف بولاية مستفادة من قبل ابيه كانه نايبه في التصرف
فصار كما لو اشترى شيا من مال ابنه بنفسه لنفسه او اشترى من ماله بنفسه لابنه
الصغير كان الجواب فيه هكذا كذا هذا ولو باع من وصيه او اشترى منه فان لم يكن
فيهما نفع ظاهر له لا يجوزان بالاجماع وان كان له فيهما نفع ظاهر فان كان باكثر من قيمته
مما لا يتغابن في مثله فكذلك عند محمد وعندهما يجوز للماذون ان يسلم فيما يجوز
فيه السلم ويقبل السلم فيه لان السلم من قبل المسلم اليه بيع الدين بالعين ومن قبل
رب السلم شرا الدين بالعين وكل ذلك تجارة وله ان يوكل غيره بالبيع والشرا لان
ذلك من عادات التجار اذ التاجر لا يمكنه ان يتولى ذلك كله بنفسه فكان توكيله فيه من
اعمال التجارة وكذا له ان يتوكل عن غيره بالبيع بالاجماع وتكون العهدة عليه ولو توكل عن
غيره بالشرا ينظر ان وكله ان يشتري اشيا بالنقد جاز استحسانا دفع اليه الثمن او لم
يدفع وتكون العهدة عليه والقياس ان لا يجوز هذه الوكالة ووجهه انه لو جازت للزمه
العهدة وهي تسليم الثمن فيصير في معنى الكفيل بالثمن ولا تجوز كفالته فلا تجوز وكالته وجه
الاستحسان ان التوكيل بالشرا بالنقد في معنى التوكيل بالبيع الا ترى انه لا يجب عليه تسليم
المبيع فكان هذا في معنى البيع لا في معنى الكفالة ولو توكل عن غيره بشرا شي نسية فاشترى
لم يجز حتى كان الشرا للعبد دون الآخر لان الثمن اذا كان نسية لا يمكن حبس المشتري
لاستيفايه بل يلزمه التسليم الى الموكل فكانت وكالته في هذه الصورة التزام الثمن فكانت
كفالة معنى فلا يملكها الماذون وله ان يستاجر انسانا يعمل معه او مكانا يحفظ فيه
امواله او دوابا يحمل عليها امتعته لان الاستيجار هذه الاشيا من توابع التجارة وكذا له
ان يواجر الدواب والرقيق ونفسه لما قلنا لان الاجارة من التجارة حتى كان الاذن
بالتجارة وله ان يرهن ويرتهن ويعير ويودع ويقبل الوديعة لان ذلك كله من
عادات التجار ويحتاج اليه التاجر ايضا وله ان يدفع المال مضاربة وياخذ من غيره
مضاربة لما قلنا ولان الاخذ والدفع من باب الاجارة والاستيجار والماذون يملك
وله ان يشارك غيره شركة عنان لانها من صنيع التجار ويحتاج اليه التاجر وليس
له ان يشارك شركة مفاوضة لان المفاوضة تتضمن الكفالة ولا يملك الكفالة
فلا يملك المفاوضة فاذا فاوض تنقلب شركة عنان لان هذا حكم فساد المفاوضة
ولو اشترك عبدان ماذونان شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسية جاز فما
اشتريا بالنقد وما اشتريا بالنسية فهو له خاصة لان الشركة تتضمن الوكالة وقد
ذكرنا انه يجوز ان يتوكل الماذون عن غيره بالشرا نقدا ولا يجوز ان يتوكل عن غيره
بالشرا نسية ويملك الاقرار بالدين لان هذا من ضرورات التجارة اذ لو لم يملك
لامتنع الناس عن مبايعته خوفا من توا اموالهم بالانكار عند تعذر اقامة البينة

فكان اقراره بالدين من ضرورات التجارة فيصح ويملك الاقرار بالعين لان
العادة قد جرت بشرا كثير من الاشيا نظر وهما فلو علم الناس انه لا يصح
اقراره بالعين لامتنعوا عن تسليم الاعيان اليه ولا يلتام امر التجارة ولا
يملك الاقرار بالجناية لان الاقرار بالجناية ليس من ضرورات التجارة
فلا يتناوله الاذن بالتجارة فلا يصح منه ولا يطالب بها بعد العتاق ايضا
لان موجب الجناية يلزم المولى دون العبد فكان ذلك شهادة على المولى لا
اقرار على نفسه فلم يصح اصلا الا اذا صدقه المولى فيجوز عليه ولا يجوز
على الغرما وهل يصح اقراره بافتضاض امة غصبا قال ابو حنيفة ومحمد
لا يصح وقال ابو يوسف يصح سوا كان عليه دين او لا ويضرب مولى الامة
مع الغرما في ثمن العبد وهذا الخلاف مبني على ان هذا اقرار بالجناية بالمال
فعندهما هذا اقرار بالجناية فلا يصح من غير تصديق المولى وعنده هذا
اقرار بالمال فيصح من غير تصديقه وعلى هذا اذا اقر بمهر وجب عليه
بنكاح جائز او فاسد او شبهة فان لم يصدقه المولى لم يصح اقراره حتى لا
يواخذ به للحال لان المهر يجب بالنكاح وانه ليس بتجارة ولا هو في معنى
التجارة فيستوي فيه اقرار الماذون والمحجور وان صدقه المولى جاز
ذلك عليه ولم يجز على الغرما لان تصديقه يعتبر في حق نفسه لا في ابطال
حق الغير فيباع في دين الغرما فان فضل شي منه يصرف الى دين
المراة والا فيتاخر الى ما بعد العتق ويملك الاقرار بالحدود والقصاص
لان المحجور يملك فالماذون اولى واذا اقر به فلا يشترط حضرة المولى
للاستيفا بلا خلاف وهل يشترط حضور المولى عند قيام البينة عليها
فيه خلاف نذكره في موضعه ان شا الله تعالى وهل يملك تاخير دين وجب
له على انسان فان وجب له وحده يملك بالاجماع لان التاجر يحتاج اليه
وكذا هو من عادة التجار وان وجب له ولرجل اخر دين على انسان فاخر الماذون
نصيب نفسه فالتاخير باطل عند ابي حنيفة وعندهما جائز وجه قولهما
ان التاخير منه تصرف في ملك نفسه فيصح كما لو كان كل الدين فاخره
وجه قول ابي حنيفة ان التاخير لو صح لا يخلو اما ان يصح في نصيب شريكه
واما ان يصح في نصيب نفسه لا سبيل الى الاول لانعدام الملك والولاية
وتصرف الانسان لا يصح من غير ملك ولا ولاية ولا سبيل الى الثاني
لانه قسمة الدين قبل القبض الا ترى ان شريكه لو قبض شيا من نصيبه
قبل حل الاجل يختص بالمقبوض ولا يشاركه فيه ومعنى القسمة هو الاختصاص
بالمقسوم وقد وجد فثبت انه هذا قسمة الدين قبل القبض وانها غير جائزة
لان الدين اسم لفعل واجب وهو فعل تسليم المال او للمال حكمي في الذمة
وكل ذلك عدم حقيقة الا انه اعطي له حكم الوجود لحاجة الناس لان كل احد
لا يملك ان يدفع به حاجته من الاعيان القايمة فيحتاج الى الاستقراض
والشرا بثمن دين واعطي له حكم الوجود لهذه الحاجة ولا قسمة فبقي في حق
القسمة على اصل العدم والعدم لا يحتمل القسمة واذا لم يصح التاخير عند ابي
حنيفة فلو اخذ شريكه من الدين كان الماخوذ بينهما على الشركة كما قبل التاخير

وعندهما

420

وعندهما كان الماخوذ له خاصة ولا يشاركه حتى يحل الاجل لانه بالتاخير
اسقط حق نفسه في المطالبة فاذا حل الاجل فهو بالخيار ان شا شاركه في المقبوض
وان شا اخذ حقه من الغريم لان الدين يحل بحلول الاجل ولو كان الدين
في الاصل بينهما جميعا موجلا فاخذ احدهما شيا قبل الاجل فقد سقط الاجل
عن قدر المقبوض وصار حالا فصار المقبوض من النصيبين جميعا
فيشاركه فيه كما في الدين الحال ولو كان الدين كله الى سنة فاخره العبد
الى سنة اخرى لم يجز التاخير عند ابي حنيفة وعندهما يجوز حتى
لو اخذ شريكه من الغريم شيا في السنة الاولى شاركه فيه عنده
وعندهما لا يشاركه حتى يحل دينه فاذا حل فله الخيار على ما ذكرنا
والله اعلم ولا يملك الابرا عن الدين بالاجماع لانه ليس من التجارة
بل هو تبرع فلا يملكه الماذون وهو يملك الحط فان كان الحط من
غير عيب لا يملكه ايضا لما قلنا وان كان الحط من عيب بان باع
شيا ثم حط من ثمنه ينظر ان حط بالمعروف بان حط مثل ما
يحطه بالمعروف مثل ما يحطه التجار عادة جاز لان مثل هذا
الحط من توابع التجارة وان لم يكن بالمعروف بان كان فاحشا
جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز وقد ذكرنا اصل المسلة
فيما قبل وهل يملك الصلح بان وجب له على انسان دين فصالحه
على بعض حقه فان كان له عليه بينة لا يملك لانه حط بعض الدين
والحط من غير عيب ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الماذون
وان لم يكن عليه بينة جاز لانه اذا لم يكن عليه بينة فلا حق
له الا الخصومة والحلف والمال خير من ذلك فكان في هذا الصلح
منفعة فيصح وكذا الصلح على بعض الحق عند تعذر استيفا كله
من عادات التجار فكان داخلا تحت الاذن بالتجارة ويملك الاذن
بالتجارة بان يشتري عبدا بان ياذن له بالتجارة لان الاذن
بالتجارة من عادات التجار بخلاف الكتابة انه لا يملكها الماذون
لان الكتابة ليست من التجارة بل هي عتاق معلق بشرط ادا
بدل الكتابة فلا يملكها ويملك الاستقراض لانه تجارة حقيقة
وفيه منفعة وهو من عادات التجار وليس للماذون ان يقرض
لان القرض تبرع للحال ولهذا لم يلزم فيه الاجل ولا يتكفل بمال
ولا بنفس لان الكفالة تبرع الا اذا اذن له المولى بالكفالة
ولم يكن عليه دين بخلاف المكاتب انه لا تجوز كفالته اصلا على ما
مر في كتاب الكفالة ولا يهب درهما تاما لا بغير عوض ولا بعوض
وكذا لا يتصدق به ولا يكسو انوبا لانه تبرع ويجوز هديته
بالطعام اليسير اذا وهب او اطعم والقياس ان لا يجوز لانه تبرع
وان قل الا انا استحسنا الجواز لما روي عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم كان يجيب دعوة المملوك ولان هذا من ضرورات التجارة
عادة فكان الاذن به ثابتا بطريق الدلالة فيملكه ولهذا ملكت

منهما موجلا صح

المراة التصدق بشي يسير كالرغيف ونحوه من مال زوجها لكونها
ماذونة في ذلك دلالة كذا هذا ولا يتزوج من غير اذن مولاه
لان التزوج ليس من باب التجارة وفيه ضرر بالمولى ولا يتسرى
جارية من اكسابه لانه لا ملك للعبد حقيقة وحل الوطي بدون احد
الملكين منفي شرعا وسوا اذن له المولى بالتسري او لم ياذن له
لما ذكرنا ان العبد لا يملك شيا فيستحيل ان يكون مالكا وبالاذن
لا يخرج عن كونه مملوكا فلا يندفع الاستحالة ولا يزوج عبده بالاجماع
لان التزوج ليس من التجارة وفيه ايضا ضرر بالمولى وهل له ان يزوج
امته قال ابو حنيفة ومحمد لا يزوج وقال ابو يوسف يزوج وجه
قول ابي يوسف ان هذا تصرف نافع في حق المولى لانه مقابلة ما
ليس بمال بمال فكان انفع من البيع ثم يملك البيع فالنكاح اولى وجه
قولهما ان الداخل تحت الاذن هو التجارة وانكاح الامة وان كان
نافعا في حق المولى فليس بتجارة اذ التجارة مبادلة مال بمال ولم يوجد
فلا يملكه ولا يعتق وان كان على مال لانه ليس بتجارة بل هو تبرع للحال
الا ترى انه يعتق بنفس القبول فاشبه القرض ولا يملك القرض
فلا يملك الاعتاق على مال وان اعتق على مال فان لم يكن عليه دين وقف
على اجازة بالاجماع فان اجاز جاز لانه اذا لم يكن عليه دين وقف على اجازة
المولى بالاجماع فان اجاز جاز لانه اذا لم يكن عليه دين يملك المولى انشا
العتق فيه فيملك الاجازة بالطريق الاولى وولاية قبض القرض
للمولى لا للعبد لما نذكر وان لحقه دين بعد ذلك لم يكن للغرما
حق في هذا المال لانه كسب الحر وان كان عليه دين لم يجز الاعتاق
وان اجاز المولى عند ابي حنيفة وعندهما يجوز ويضمن المولى قيمته
للغرما ولا سبيل للغرما على القرض بخلاف ما اذا كان الاعتاق كتابة
ان عندهما يتعلق حق الغرما بالبدل وههنا لا يتعلق لان هذا كسب
الحر وذاك كسب الرقيق وحق الغريم يتعلق بكسب الرقيق ولا
يتعلق بكسب الحر ولا يكاتب سوا كان عليه دين او لم يكن لان
الكتابة ليست بتجارة فلا يملكها الماذون ولانها اعتاق معلق
بالشرط وهو لا يملك الاعتاق فان كاتب فان لم يكن دين وقف
على اجازة المولى لانه اذا لم يكن عليه دين فكسبه خالص ملك
المولى لا حق لاحد فيه فيملك الاجازة الا ترى انه لا يملك الانشا
فالاجازة اولى فان اجاز نفذ وصار مكاتبا للمولى وولاية بدل
قبض الكتابة للمولى لا للعبد لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة
السابقة فكان العبد بمنزلة وكيل المولى في الكتابة والحقوق
في الكتابة ترجع الى الموكل لا الى الوكيل لذلك لم يملك الماذون
قبض بدل الكتابة ويملك ويملكه للمولى ولو لحق العبد بعد
ذلك دين فليس للغرما فيما على المكاتب حق لانه لما صار مكاتبا
للمولى فقد صار كسبا متبرعا من يد الماذون فلا يكون للغرما

مكان صح

عليه

عليه سبيل وان كانت كان المكاتب قد ادى جميع بدل الكتابة الى
الماذون قبل اجازة المولى لم يعتق لان الكتابة لم تنفذ لانعدام
شرط النفاذ وهو الاجازة وان كان عليه دين محيط برقبته وبما
في يده لا تصح اجازة المولى عند ابي حنيفة حتى لا يعتق اذا ادى
البدل لان كسب العبد الماذون الذي عليه دين محيط لا يكون
ملكا للمولى عنده ولهذا لا يملك انشا الكتابة فلا يملك الاجازة
وعندهما تصح اجازته كما يصح انشا الكتابة منه ويعتق اذا ادى
ويضمن المولى قيمته للغرما لتعلق حقهم به فصار متلفا عليهم حقهم
وما قبض الماذون من بدل الكتابة قبل الاجازة يستوفي منه الدين
عندهما لتعلق حق الغرما به قبل الاجازة بخلاف الاعتاق على مال
وقد ذكرنا وجه الفرق لهما فكانت الاجازة في معنى انشا الكتابة
ولو انشا ضمن القيمة عندهما كذا وان لم يكن الدين محيطا برقبته وبما
في يده جازت اجازته بالاجماع ويضمن قيمته للغرما لاتلاف حقهم والله
اعلم

فصل واما بيان ما يملكه المولى من التصرف في الماذون
وكسبه وما لا يملك وبيان حكم تصرفه فنقول وبالله التوفيق
ان المولى يملك اعتاق عبده الماذون سوا لم يكن عليه دين او كان عليه
دين لان صحة الاعتاق تقف على ملك الرقبة وقد وجد الا انه اذا
لم يكن على العبد دين لا شي على المولى وان كان عليه دين فالغرما بالخيار
ان شاوا اتبعوا المولى بالاقل من قيمته ومن الدين لانه تصرف في ملك
نفسه واتلف حق الغير لتعلق الغرما بالرقبة فيراعى جانب الحقيقة
بتنفيذ الاعتاق ويراعى جانب الحق بايجاب الضمان
مراعاة بالجانبين عملا بالدليلين فينظر ان كانت قيمة العبد مثل
الدين الذي غرم ذلك وان كانت اكثر منه غرم قيمة الدين وان كانت
اقل منه غرم ذلك القدر لانه ما اتلف عليهم بالاعتاق الا القدر
المعلق برقبة العبد فيواخذ المولى بذلك ويتبع الغرما العبد
بالباقي وان شاوا اتبعوا العبد بكل الدين فيستسعونه فيه لان كل
الدين كان واجبا عليه لمباشرة سبب الوجوب منه حقيقة وهو
المعاملة الا ان رقبته تعينت لاستيفا قدر ما يحتمله من الدين
منها بتعيين المولى او شرعا على ما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى
تبقيت الزيادة على ذلك في ذمة العبد وقد عتق فيطالب به
وايهما اختاروا اتباعه لا يبرا الاخر بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب
انه اذا اختار المالك تضمين احدهما يبرا الاخر لان اختيار التضمين
في باب الغصب تمليك المغصوب والتمليك بعوض لا يحتمل
الرجوع عنه فاما اختيار اتباع احدهما ههنا لا يوجب ملك
الدين منه ولو لم يكن على العبد دين ولكنه قتل عبدا اخر خطا
وعلم المولى به فاعتقه وهو عالم به يصير مختارا للفدا بغرم
المولى تمام قيمة العبد المقتول ان كان قليل القيمة وان كان كثير

القيمة بان كانت عشرة الاف او اكثر غرم عشرة الاف الا عشرة فرق بين الجناية والدين فانه اذا اعتقه وعليه دين وهو عالم به لا يلزمه تمام الدين بل الاقل من قيمته ومن الدين علم بالدين وههنا يلزمه تمام القيمة اذا كان عالما بالجناية ووجه الفرق ان موجب جناية العبد على المولى وهو الدفع جعل له سبيل الخروج عنه بالفدا بجميع الارش فاذا اعتقه مع العلم بالجناية فقد صار مختارا للفدا فيلزمه الفدا بجميع قيمة العبد المقتول الا ان يكون عشرة الاف او اكثر فينتقص منه عشرة اذ لا مزيد لدية العبد على هذا القدر فاما موجب معاملة العبد وهو الدين فعلى العبد حقا للغرما الا ان القيمة التي في مالية الرقبة وفايه تعلق بها وبالاعتاق ما ابطل عليهم الا ذلك القدر من حقهم فيضمنه والزيادة بقيت في ذمة العبد فيطالب به بعد العتق وكذلك ان كان قتل حرا خطا فاعتقه المولى وهو عالم به غرم المولى دية الحر لان الاعتاق مع العلم بالجناية دليل اختيار الفدا ودية الحر مقدرة بعشرة الاف فيغرمها المولى هذا اذا اعتقه المولى وهو عالم بالجناية فاما اذا لم يكن عالما بالجناية يغرم قيمة عبده لا اولياء الجناية لانه اذا لم يكن عالما بالجناية وقت الاعتاق لم يكن اعتاقه دليل اختيار الفدا لان هذا النوع من الاختيار لا يتحقق بدون العلم ويلزمه قيمة عبده لان الواجب الاصلي على المولى وهو دفع العبد بالجناية الا ترى انه لو هلك العبد قبل اختيار الفدا لا شي على المولى وانما ينتقل من العين الى الفدا باختيار الفدا فاذا لم يكن الاعتاق قبل الاختيار دليل الفدا لعدم العلم بقي الدفع واجبا وتعذر عليه دفع عينه فيلزمه دفع ماليته اذ هو دفع العين من حيث الصورة ولو كان العبد المأذون دين محيط برقبته وجنى جنايات تحيط بقيمته فاعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية فانه يغرم لاصحاب الدين قيمة كاملة ويغرم لاصحاب الجناية قيمة اخرى الا ان تكون قيمته عشرة الاف او اكثر فينتقص منها عشرة لان حق اصحاب الدين قد تعلق بمالية العين وحق اصحاب الجناية قد تعلق بماليته بالعين والمولى بالاعتاق ابطل الحقين جميعا فيضمنهما ولو قتله اجنبي يضمن قيمة واحدة لان الضمان الواجب بالقتل ضمان اتلاف النفس والنفس واحدة فلا يتعدد ضمانها فاما الضمان الواجب بالاعتاق فضمان ابطال الحق والحق متعدد فيتعدد ضمانه فهو الفرق والله الموفق فان قيل لم لا يشارك اصحاب الدين اصحاب الجناية فالجواب لاختلاف محل الحقين فان الدفع يتعلق بالعين والدين يتعلق بمالية العين وهما محلان مختلفان فتعذرت المشاركة والله اعلم وكذلك يملك اعتاق ام الولد والمدبر المأذونين في التجارة لما قلنا ولو اعتقهما وعليهما دين

فلا ضمان على المولى من الدين ولا من قيمة المدبر وام الولد لان دين التجارة لم يتعلق برقبتهما لخروجهما عن احتمال الاستيفا منهما بالتدبير والاستيلاد فلم يوجد منه اتلاف حق الغرما فلا يضمن وهل يملك اعتاق كسب عبده المأذون لا خلاف في انه اذا لم يكن على المأذون دين اصلا يملك وينفذ اعتاقه ولا شي عليه لان الاعتاق صادف محلا هو خالص ملكه لا حق لاحد فيه فينفذ ولا يضمن شيا وان كان عليه دين فان كان كثيرا يحيط برقبته وكسبه لا يملك ولا ينفذ اعتاقه عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسقط حق الغرما بان يقضي دينهم او يبريه الغرما من الدين او يشتريه المولى من الغرما وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله يملك وينفذ اعتاقه ويضمن قيمته ان كان موسرا وان كان معسرا سعى العبد فيه ويرجع على المولى والمسالة بنا على ان المولى هل يملك كسب عبده المأذون المديون دينا مستغرقا لرقبته وكسبه عنده لا يملك وعندهما يملك وجه قولهما ان رقبة المأذون وان تعلق بها حق الغرما فهي ملك المولى الا ترى انه ملك اعتاقه وملك الرقبة علة ملك الكسب فيملك الكسب كما يملك الرقبة وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان شرط ثبوت الملك للمولى في كسب العبد فراغه عن حاجة العبد ولم يوجد فلا يثبت الملك له فيه كما لا يثبت للوارث في التركة المستغرقة بالدين والدليل على ان الفراغ شرط ان الملك للمولى في كسب العبد ثبت معدولا به عن الاصل لانه لم يحصل بكسبه حقيقة وقال الله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وهذا ليس من سعيه حقيقة فلا يكون له بظاهر النص الا ان الكسب الفارغ عن حاجة العبد خص عن عموم النص وجعل ملكا للمولى فبقي الكسب المشغول بحاجته على ظاهر النص هذا اذا كان الدين بالرقبة والكسب فان لم يكن محيطا بهما فلا شك انه لا يمنع الملك عندهما لان المحيط عندهما لا يمنع فغير المحيط اولى واما ابو حنيفة رحمه الله فقد كان يقول اولا يمنع حتى لا يصح اعتاقه شيا من كسبه ثم رجع وقال لا يمنع وجه قوله الاول ما ذكرنا ان الفراغ شرط ثبوت الملك له ولم يوجد لتشغل وان قل يكون مانعا وجه قوله الاخر ان المانع من ملك المولى كان الكسب مشغولا بحاجة العبد وبعضه مشغولا وبعضه فارغا فاما ان يعتبر جانب الشغل في المنع من ثبوت الملك له في كله واما ان يعتبر جانب الفراغ في ايجاب الملك له في كله واعتبار جانب الفراغ اولى لانا اذا اعتبرنا جانب الفراغ فقد راعينا حق المالك باثبات الملك له وحق الغرما باثبات الحق لهم واذا اعتبرنا جانب الشغل فقد راعينا جانب الغرما وابطلنا حق المالك اصلا فقضينا حق المالك بتنفيذ اعتاقه وقضينا حق الغرما بالضمان صيانة للحقين عن الابطال عملا بالدليلين بقدر الامكان ولهذا ثبت

الملك للوارث في كل التركة اذا لم يكن الدين محيطا بها كذا هذا
ولو اعتقه ثم قضي المولى دين الغرما من خالص ملكه او ابراه
الغرما نفذ اعتاقه عند عامة اصحابنا وقال الحسن بن زياد
لا ينفذ وجه قول الحسن ان الاعتاق صادف كسبا مشغولا بحاجة
العبد لان الملك ثبت مقصورا على حال القضا والابرا فيمنع النفاذ
كما اذا اعتق عبد مكاتبه ثم عجز المكاتب انه لا ينفذ اعتاقه
كذا هذا ولنا ان النفاذ كان موقوفا على سقوط حق الغرما وقد
سقط حقهم بالقضا والابرا فظهر النفاذ من حين وجوده من كل
وجه بخلاف ما اذا اعتق عبدا من اكساب مكاتبه لان المكاتب
احق باكسابه من المولى لانه فيما يرجع الى اكسابه كالحر بالعجز لا يتبين
انه لم يكن احق باكسابه فلم ينفذ اعتاق المولى وعلى هذا الخلاف
لو اعتق الوارث عبدا من التركة المستغرقة بالدين ثم قضي
الوارث الدين من مال نفسه او ابرا الغرما الميت من الدين
انه ينفذ اعتاقه خلافا للحسن . ولو وطي المولى جارية العبد الماذون
وعليه دين محيط فجات بولد فادعاه ثبت نسبه منه وصارت
الجارية ام ولد له وغرم قيمة الجارية للغرما ولا يغرم لهم شيا من
عقرها قليلا ولا كثيرا اما صحة الدعوة فلان ملك المولى ان لم يظهر
في الكسب للحال عند ابي حنيفة فله فيه حق الملك فصحت دعوته
واما لزوم قيمة الجارية للغرما فلانه بالدعوة ابطل حقهم واما عدم
وجوب العقر فلان المانع من ظهور ملكه في الكسب حق الغرما وقد
سقط حقهم بالضمان فيظهر الملك له فيه من حين اكتسبه العبد
فيتبين انه وطي ملك نفسه فلا يلزمه العقر ولو اعتق المولى جارية
العبد الماذون وعليه دين محيط ثم وطيها فجات بولد فادعاه
المولى صحت دعوته والولد حر ويضمن قيمة الجارية للغرما لما قلنا
لان الاعتاق السابق منه لم يحكم بنفاذه للحال فكان حق الملك ثابتا
له الا ان الجارية ههنا تصير حرة بالاعتاق السابق لان الاعتاق
السابق كان نفاذه موقوفا على سقوط حق الغرما وقد سقط بدعوة
المولى فنفذ فصارت حرة بذلك الاعتاق واما لزوم العقر
للجارية فلان الوطي صادف الحرة من وجه والله اعلم . ويملك المولى
بيع العبد الماذون اذا لم يكن عليه دين لانه خالص ملكه وان
كان عليه دين لا يملك بيعه الا باذن الغرما او باذن القاضي بالبيع
للغرما او بقضا الدين ولو اذن له بعض الغرما بالبيع لا يملك
بيعه الا باجازة الباقين لما نذكره في بيان حكم تعلق الدين ان
شا الله تعالى ويملك اخذ كسب العبد من يده اذا لم يكن عليه
دين لانه فارغ عن حاجته فكان خالص ملكه ولو لحقه دين بعد
ذلك فالماخوذ سالم للمولى لان شرط خلوص الملك له فيه كونه فارغا
عند الاخذ وقد وجد ولو كان الكسب في يد العبد ولا دين

عليه فلم ياخذه المولى حتى لحقه دين ثم اراد ان ياخذه لا يملك اخذه
لانه مشغول بحاجته لتعلق حق الغرما به فلو اخذها المولى فللغرما
ان ياخذوا به منه ان كان قايما وقيمته ان كان هالكا لتعلق حقهم
بالموجود فعليه رد عينه او بدله ولو لحقه دين اخر بعد ما اخذه
المولى اشترك الغرما الاولون والاخرون في الماخوذ فاخذوا عينه
او قيمته لان زمان الاذن بعد تعدده حقيقة في حكم زمان
واحد كزمان المرض فكان زمان تعلق الديون كلها واحدا لذلك
اشتركوا فيه ولو كان المولى ياخذ الغلة من العبد في كل شهر فلحقه
دين محيط برقبته وكسبه فهل يجوز له كسب الغلة مع قيام
الدين ينظر ان كان ياخذ غلة مثله جاز له ذلك استحسانا
والقياس ان لا يجوز لان حقهم يتعلق بالغلة الا انا استحسنا
الجواز نظرا للغرما لان الا الغلة لا تحصل الا بالتجارة فلو منع المولى
عن اخذ غلة المثل يحجره عن التجارة فلا يتمكن من الكسب فيتضرر
به الغرما فكان اطلاق هذا القدر وسيلة الى غرضهم فكان تحصيلا
للغلة من حيث المعنى وليس له ان ياخذ اكثر من غلة المثل ولو اخذ
رد الفضل على الغرما لان امتناع ظهور حقهم في غلة المثل للضرورة
ولا ضرورة في الزيادة فيظهر حقهم فيها معا ان في اطلاق ذلك اضرارا
بالغرما لان المولى يوظف عليه غلة يستغرق كسب الشهر فيتضرر
به الغرما وعلى هذا اذا كان على العبد دين وفي يده مال فاختلف
العبد والمولى فالقول قول العبد ويقضي منه الدين لان الكسب
في يده والماذون في اكسابه التي في يده كالحر ولو كان المال في يديهما
فهو بينهما اثلاثا لاستوايهما في اليد وان كان ثمة ثالث فهو بينهم اثلاثا
لما قلنا ولو لم يكن عليه فاختلف العبد والمولى فهو بين المولى والاجنبي
لانه اذا لم يكن عليه دين فلا عبرة ليده فكانت ملحقة بالعدم فبقي
يد المولى والاجنبي فكان الكسب بينهما نصفين وهذا اذا لم يكن
الكسب العبد في منزل المولى فاذا كان في منزل المولى وفي يده ثوب
فاختلفا فان كان الثوب من تجارة العبد فهو له لانهما استويا
في الظاهر وترجح يد العبد بالتجارة وان لم يكن من تجارته فهو للمولى
لان الظاهر شاهد له ولو كان العبد لا راكبا على دابة او لابسا
ثوبا فهو للعبد سوا كان من تجارته او لم يكن لانه ترجح يده بالتصرف
فكان اولى من يد المولى ولو تنازع الماذون واجنبي جما في يده
من المولى فالقول قول العبد لما ذكرنا انه فيما يرجع الى اليد كالحر
ولو اجر الحر او الماذون نفسه من خياط يخيط معه او من تاجر يعمل
معه وفي الاجير ثوب فاختلفا فقال المستاجر مولي وقال الاجير
مولي فان الاجير في حانوت والخياط فهو للتاجر والخياط وان لم
يكن في منزله وكان في السكة فهو للاجير لان الاجير اذا كان في
يد الخياط كان الاجير معما في يده في يد الخياط ضرورة واذا كان

في السكة لم يكن هو في يده فكذا ما في يده كما لو كان الاجير اجنبي
ولو اجر عبده الماذون المحجور من رجل ومعه ثوب فادعاه المولى
والمستاجر فهو للمستاجر سوا كان العبد هو في يد المستاجر او لم
يكن بخلاف الاجير اذا لم يكن في منزل المستاجر لانه يكون للاجير
دون المستاجر ووجه الفرق ان يد العبد يد نيابة عن المولى
وقد صار هو في يده بالاجارة في يد المستاجر فكان القول قول
صاحب اليد فاما يد الاجير يد اصالة اذ هو في حق اليد كالحر فلا
يصير بنفس الاجارة في يد المستاجر ولو كان المحجور في منزل المولى
فهو للمولى لانه اذا كان في منزل المولى كان في يده لكون منزله في يده
فتزول يد المستاجر والله اعلم **فصل** واما بيان حكم
الغرور في العبد الماذون فنقول وبالله التوفيق اذا جا رجل
بعبد الى السوق وقال هذا عبدي اذنت له بالتجارة فبايعوه
فبايعه اهل السوق فلحقه دين ثم استحق او تبين انه كان
حرا او مدبرا او ام ولد فهذا لا يخلو من احد وجهين اما ان كان
الرجل حرا واما ان كان عبدا فان كان حرا فعليه الاقل من قيمة
العبد ومن الدين اما وجوب اصل الضمان عليه فلانه غرهم بقوله
هذا عبدي فبايعوه حيث اضاف العبد الى نفسه وغرهم بمبايعته
فيلزمه ضمان الغرور وهذا لان امره اياهم بالمبايعة اخبار منه
عن كونه ماذونا في التجارة واضافة العبد الى نفسه اخبار عن كونه
ماذونا في التجارة واضافة العبد الى نفسه اخبار عن كونه ملكا
والاذن بالتجارة مع عبد الاذن توجب تعلق الدين برقبته
فكان الاذن مع الاضافة دليلا على الكفالة واما وجوب الاقل من
قيمة العبد ومن الدين فلان الداخل تحت الكفالة هذا القدر وللغرما
ان يرجعوا على الذي ولي مبايعتهم ان كان حرا لانه الذي باشر سبب
الوجوب حقيقة وان كان مستحقا او مدبرا او مكاتبا او ام ولد
يرجع عليهم بعد العتاق لان رقابهم لا تحتمل الاستيفا قبل العتاق
وسوا قال اذنت له بالتجارة او لم يقل لان الامر بالمبايعة يغني
عن التصريح بالاذن وسوا امر بتجارة عامة او خاصة لان التخصيص
لغو عندنا بخلاف ما اذا ما بعث فلانا من البز فهو على لانه لا يصير
كفيلا بغيره لان هناك التخصيص صريح لوقوع التصرف في كفالة
مقصودة والكفالة المقصودة محتملة للتخصيص واما ها هنا
فالكفالة ما ثبتت مقصودة وانما ثبتت مقتضى الامر بالمبايعة
والامر لا يحتمل التخصيص فكذا الكفالة هذا اذا اضاف العبد الى
نفسه وامرهم بمبايعتهم فاما اذا وجد احدهما دون الاخر لا ضمان
عليه لان معنى الكفالة لا يثبت باحدهما دون الاخر فلا بد
من وجودهما ولو كان هذا العبد الذي اضافه الى نفسه وامر
الناس بمبايعته ملكا الامر فدبره الا المولى ثم لحقه دين بعد التدبير

لم يضمن المولى شيا لانه لم يغرهم حيث لم يظهر الامر بخلافه فلا يلزمه
ضمان الغرور وكذا لم يتلف عليهم حقهم بالتدبير لانعدام الدين
عنده وكذا لو اعتقه المولى ثم بايعوه لما قلنا هذا اذا كان الامر
حرا فاما اذا كان عبدا فان كان محجورا فلا ضمان عليه حتى يعتق لان
هذا ضمان كفالة وكفالة العبد المحجور لا تنفذ للحال وان كان ماذونا
او مكاتبا او كان الماذون حرا لا ضمان على الامر في شي وكذا لو كان الامر
صبيا ماذونا لان الماذون والمكاتب لا تنفذ كفالتهما للحال ولكنها تنعقد
فيواخذان للحال به بعد العتق والصبي لا تنعقد كفالته فلا يواخذ
بالضمان اصلا والله اعلم **فصل** واما بيان حكم الدين الذي يلحق الماذون
فنقول وبالله التوفيق حكمه تعلقه بمحل يستوفي منه اذا ظهر
فلا بد من بيان سبب تعلق الدين وبيان سبب ظهور الدين
وبيان محل التعلق وبيان حكم التعلق ، اما بيان سبب تعلق
الدين فلتعلق الدين اسباب منها التجارة من البيع والشرا والاجارة
والاستيجار والاستدانة ومنها ما هو في معنى التجارة كالغصب
وجحود الامانات من الودايع ونحوها لان الغصب وجحود الامانة
سبب لوجوب الملك في المغصوب والمجحود فكان في معنى التجارة وكذا
الاستهلاك ماذونا كان او محجورا بان عقر دابة او حرق ثوبا حرقا
فاحشا لانه سبب لثبوت الملك في العين قبل الهلاك فكان في معنى
التجارة وكذلك الجارية المستحقة فاذا اشترى جارية فوطيها ثم
استحقت لان الواجب وان كان قيمة منافع البضع لكن منافع البضع
لا تتقوم الا بالعقد فيلحق بالواجب فكان في حكم ضمان التجارة ومنها
النكاح باذن المولى لانه لم يشرع بدون المهر **فصل** واما بيان
سبب ظهور الدين فسبب ظهوره شيان احدهما اقراره بالدين
وبكل ما هو سبب لتعلق الدين بمحل يستوفي منه وهو ما ذكرنا لان
اظهاره ذلك بالاقرار من ضرورات التجارة على ما بينا فيملكه الماذون
والثاني قيام البينة على ذلك عند الانكار لان البينة حجة مظهرة
للحق ولا ينتظر حضور المولى بل يقضي عليه في الماذون ان قامت
عليه لا على المولى لان التصرف له لا للمولى فيملك الخصومة فكانت
الشهادة قايمة عليه لا على المولى فلا معنى لشرط حضور المولى
بخلاف المحجور لانه لا يد له فلا يملك الخصومة فكانت الشهادة قايمة
على المولى فيشترط حضوره ليلا يكون قضا على الغايب ولو ادعي على
العبد المحجور وديعة مستهلكة او بضاعة او شيا كان اصله
امانة لا يقضي بها للحال عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي
يوسف يقضي بها للحال بنا على ان العبد لا يوخذ بضمان وديعة مستهلكة
للحال عندهما وانما يواخذ به بعد العتاق فيتوقف القضا
بالضمان اليه وعنده يوخذ به للحال فلا يتوقف والله اعلم وكذلك
لو قامت البينة على اقرار الماذون بذلك قضي عليه ولا يشترط

حضور المولى ولو قامت البينة على اقرار الماذون بذلك قضى عليه ولا يشترط
حضور المولى ولو قامت البينة على اقرار المحجور بالغصب لم يقض عليه
وان كان المولى حاضرا لان المحجور لو اقر بذلك لما نفذ على مولاه للحال كذا
اذا قامت البينة على اقراره بخلاف الماذون ولو قامت البينة على العبد
الماذون او المحجور على سبب قصاص او حد من القتل والقذف والزنا
والشرب لم يقض عليه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقضى
وان كان غايبا واجمعوا على انه لو اقر بالحدود والقصاص اجنبي عن
المولى الا ترى انه يصح اقراره بهما من غير تصديق المولى ولا يصح اقرار
المولى عليه من غير تصديقه فكانت منه شهادة قايمة عليه لا على المولى
فلا يشترط حضوره ولهذا لم يشترط حضور المولى في الاقرار وجه
قولهما ان العبد بجميع اجزايه مال المولى واقامة الحدود والقصاص
اتلاف ماله عليه فيصان حقه عن الاتلاف ما امكن وفي شرط الحضور
صيانة حقه بقدر الامكان لانه لو كان حاضرا عسى يدعي شبهة مانعة
من الاقامة وحق المسلم يجب صيانته عن البطلان ما امكن ومثل هذه
الشبهة مما لا ينقدر في الاقرار بعد صحته لذلك افترقا وكذلك اذا قامت
البينة على عبد انه سرق عشرة دراهم وهو يجحد ذلك انه لو كان المولى
حاضرا نقطع ولا يضمن السرقة ماذونا كان او محجورا بلا خلاف
لان القطع مع الضمان لا يجتمعان وان كان غايبا فان كان العبد ماذونا
يضمن السرقة ولا يقطع لان غيبة المولى لا تمنع القضا بالضمان
في حق الماذون ومتى وجب الضمان امتنع الحق لانهما لا يجتمعان
وعلى قياس قول ابي يوسف هنا والفصل الاول سوا يقطع ولا يضمن
السرقة لان حضرة المولى عنده ليس بشرط للقطع للقضا بالقطع
والقطع يمنع الضمان وان كان محجورا لا تسمع البينة على السرقة
فلا يقضى عليه بقطع ولا بضمان عندهما اما القطع فلان حضرة
المولى شرط ولم يوجد واما الضمان فلان غيبة المولى تمنع القضا
بالضمان في حق المحجور وعنده يقطع ولا يضمن لما قلنا ولو قامت
البينة على سرقة ما دون النصاب فان كان ماذونا قبلت ولزمه
الضمان دون القطع سوا حضر المولى او غاب لان سرقة ما دون
النصاب لا توجب القطع فبقي دعوى السرقة دعوى الضمان
على الماذون وحضرة المولى ليست بشرط للقضا بالضمان على الماذون
وان كان محجورا لا تسمع بينته اصلا اما على القطع فظاهر واما
على المال فلان حضور المولى شرط القضا على المحجور بالمال ولو
قامت البينة على اقرار الماذون او المحجور بسبب القصاص او الحد
لزمه القود وحد القذف حضر المولى او غاب ولا يلزمه ما
سواهما من الحدود وان كان المولى حاضرا لان القصاص حق العبد
وكذا حد القذف فيه حق العبد وساير الحدود حق الله تعالى
خالصا فالبينة وان اظهرت الاقرار فالانكار منه رجوع عن

الاقرار والرجوع عن الاقرار يصح في حقوق الله تعالى لا في حقوق العباد
فيجب القصاص وحد القذف ويسقط ما سواهما غير انه اذا قامت
البينة على اقراره بالسرقة يلزمه الضمان ان كان ماذونا سوا بلغ نصابا
او لم يبلغ حضر المولى او غاب لان سقوط القطع للرجوع والرجوع
في حق المال لم يصح فيجب الضمان سوا كان المولى حاضرا او غايبا لان
القضا بالمال على الماذون لا يقف على حضور المولى ولو كان محجورا لا
قطع عليه ولا ضمان اما القطع فلمكان الرجوع واما الضمان فلان
اقرار المحجور بالمال غير نافذ للحال فلا يصح اقامة البينة عليه ولو قامت
البينة على الصبي الماذون او المعتوه الماذون على قتل او سبب حد
قبلت على القتل وتجب الدية على العاقلة ولا تقبل على الحدود لقصور
سبب وجوب الدية وهو القتل الخطا لان عمد الصبي خطا وانعدام
تصور سبب وجوب الحد منه من الزنا وغيره غير انه اذا قامت
البينة عليه على السرقة قبلت على المال وضمنه القاضي لان
الصبي الماذون من اهل القضا عليه بالمال ولو قامت البينة على
اقراره بالقتل لم تقبل لان اقرار الصبي غير صحيح فلا تقبل البينة عليه

فصل

واما بيان محل التعلق فنقول ولا قوة الا بالله لا خلاف في
ان الدين يتعلق بكسب العبد لان المولى بالاذن بالتجارة عينه للاستيفا
ويتعين شرعا نظرا للغرما سوا كان كسب التجارة او غيره من الهبة
والصدقة والوصية وغيرها وهذا قول علماينا الثلاثة وقال
زفر لا يتعلق الا بكسب التجارة وتكون الهبة وغيرها للمولى وجه قوله
ان التعلق حكم الاذن والاذن بالتجارة لا بغيرها وهذه ليست من كسب
التجارة فلا يتعلق بها الدين ولنا ان شرط ثبوت الملك للمولى في كسب
العبد اي كسب كان فراغه منه للفقه الذي ذكرنا من قبل ولم يوجد
يوجد الفراغ فلا يثبت الملك فيه سوا حصل الكسب بعد لحوق الدين
او كان حاصلا قبله الا الولد والارش فان ما ولدت الماذونة من غير
مولاها بعد لحوق الدين يتعلق به وما ولدته قبل ذلك لا تعلق للدين
به ويكون للمولى وكذلك الارش فان فقيت عينها فوجب الارش على
الفاقي ووجه الفرق ان التعلق بالولد بحكم السراية من الام اليه
لان الولد يحدث على وصف الام ومعنى السراية انما يتحقق في الحادث
بعد لحوق الدين لا قبله لانه كان ولا دين على الام فكما حدث حدث
على ملك المولى وكذلك الارش في حكم الولد لان الولد جزء منفصل من
الارش فالارش جزء من الارش وحكم البدل حكم الاصل فاما تعلقه بغيرهما
فليس بحكم السراية بل بحكم الشغل بحاجة العبد فاذا لم ينزعه المولى
من يده حتى لحقه دين محيط فقد صار مشغولا بحاجته فلا يظهر
ملك المولى فيه فهو الفرق والله اعلم وهاهنا فرق اخر وهو ان
الولد المولود بعد لحوق الدين يدخل في الدين وولد الجناية لا يدخل
في الجناية لان دخوله في الدين بحكم السراية لان الدين يتعلق برقبته

الام فسري ذلك الى الولد فحدث على وصف الام و الجناية لا تحتمل
التعلق بالرقبة فلا تحتمل السراية فهو الفرق ولو اذن له المولى
ودفع اليه مالا يعمل به فباع و اشترى ولحقه دين لا يتعلق الدين
بالمال المدفوع اليه لان الدين يتعلق بكسب العبد و ذا ليس كسبه
اصلا فلا يتعلق به و اما رقبة العبد فهل يتعلق الدين بها فقد اختلف
فيه قال علماونا الثلاثة لا يتعلق وقال زفر والشافعي لا يتعلق وجه
قولهما ان الدين ان كان دين العبد فالرقبة ملك المولى ودين الانسان
لا يقضى من مال مملوك لغيره الا باذنه ولم يوجد وان كان دين المولى
فلا يتعين له مال دون مال كسائر ديون المولى وانما يقضى من
الكسب لوجود التعيين والاذن من المولى دلالة الاذن بالتجارة
لانه قضى دين التجارة من كسب التجارة فكان مادونا فيه دلالة
ومثل هذه الدلالة لم توجد في الرقبة لان رقبة العبد ليست
من كسب التجارة ولنا ان نقول هذا دين العبد لكن ظهر وجوبه
عند المولى و دين العبد اذا ظهر وجوبه عند المولى يقضى من رقبته
التي هي من مال المولى كدين الاستهلاك او نقول هذا دين
المولى فيقضى من مال المولى الذي عينه المولى للقضا منه كالرهن
والمولى و الاذن عين الرقبة لقضا الدين منها فيتعين بتعيين المولى
والله اعلم و اذا كان الكسب و الرقبة كل واحد منهما محلا للتعلق
الدين به فاذا اجتمع الكسب و الرقبة يبدا بالاستيفا من الكسب
لان الكسب محل للتعلق قطعا ومحلية الرقبة للتعلق محل الاجتهاد
فكانت البداية بالكسب اولى و اذا قضى الدين منه فان فضل
من الكسب شي فهو للمولى لانه كسب فارغ عن حاجة العبد وان فضل
الدين يستوفي من الرقبة عندنا فان فضل على الثمن يتبع العبد به
بعد العتاق على ما نذكره

فصل

واما بيان حكم التعلق فنقول
وبالله التوفيق ان لتعلق الدين احكاما منها ولاية طلب البيع للغرما من
القاضي لان معنى تعلق الدين منه ليس الا بيعه لاستيفا الدين منه
وهو في الحقيقة تعين ماليته للاستيفا لان استيفا الدين من
جنسه يكون وذلك ماليته لا عينه بنفسه واحد ثمنه الا ان يقضي
المولى ديونهم فتخلص له الرقبة لان حقهم في المالية دون العين وقد
قضى حقهم فبطل الحق ومنها انه اذا بيع العبد كان ثمنه بين الغرما
فكذا الثمن كثمن التركة اذا بيعت اذا بيع العبد كان ثمنه
بين الغرما بالحصص فان فضل شي من ثمنه فهو للمولى وان فضل الدين
لا يطالب به المولى لانه لا دين على المولى ويتبع العبد به بعد العتاق لان
الدين كان عليه الا ان القدر الذي تعلق برقبته صار مقضيا بقي
الفاضل عليه يتبع العبد في الدين اذا كان حالا فان كان موجلا لا يباع
اذا حل الاجل لان البيع يتبع التعلق و التعلق يتبع الوجوب والوجوب
على التضييق لا يثبت الا بعد حل الاجل فكذا التعلق ولو كان بعضه حالا

وبعضه موجلا فطلب اصحاب البيع باعه القاضي واعطى اصحاب قدر حصتهم
وامسك حصة اصحاب الاجل لان التعلق على التضييق ثبت في حق اصحاب
الحال لا في حق اصحاب الاجل وكذلك لو كان الغرما بعضهم حضورا وبعضهم
غيبا فطلب الحضور البيع باعه القاضي واعطى الحضور حصتهم و وقف
حصة الغيب لان كل واحد منهم على الانفراد دينا متعلقا بالرقبة و ذا يوجب
التخريج الى البيع فغيبة البعض لا تكون مانعة وكذلك اذا كان بعض الديون
ظاهرا لكن ظهر سبب وجوبه بان كان عليه دين فحفر بيرا على طريق المسلمين
فطلب الغريم البيع باعه القاضي في دينه واعطا دينه وان كان لا يفضل
الثمن عن دينه شيا لان ظهور دينه اوجب التعلق برقبته فلا يجوز ترك
العمل بالظاهر بما لم يظهر ثم اذا وقعت فيها بهيمة فعطبت رجع صاحب
البهيمة على الغريم فينتقضا ربان فيضرب صاحب البهيمة بقيمتها ويضرب
الغريم بدينه فيكون الثمن بينهما بالحصص لان الحكم يستند الى وقت
وجود سببه فيتبين انه كان شريكه في الرقبة في تعلق الدين فيتشاركان
في بدلها بالحصص ولو كان عليه فاقر بغلام ان يباع للغايب يصدق في ذلك
صدقه المولى والغرما او كذبوه لان اقرار الماذون بالدين صحيح من غير تصديق
لما بينا واذا بيع وقف القاضي من ثمنه حصة الغايب ولو اقر بدين لغايب
بعد ما بيع في الدين لم يجز اقراره وان صدقه المولى لانه اذا بيع فقد
حجر والاقرار المحجور بالدين لا يصح وان صدقه المولى فان قدم الغايب
فاقام بينة على الدين اتبع الغرما بحصته من الثمن لانه باقامة البينة
ظهر انه كان شريكهم في الرقبة في تعلق الدين فيشاركهم في بدلها ولا سبيل له
على العبد ولا على المولى ولا على المشتري لان حقه في الدين ومحل تعلقه الرقبة
لا غير فلا سبيل له على غيرها والله اعلم ومنها ان لا يجوز للمولى بيع العبد
الذي عين الا باذن الغرما او بقضا الدين او باذن القاضي بالبيع للغرما
ولو باع لا ينفذ الا اذا وصل اليهم الثمن وفيه وفا ديونهم لان حق الغرما
تعلق برقبته وفي البيع ابطال هذا الحق عليهم فلا ينفذ من غير رضاهم
كبيع المرهون الا ان يصل ثمنه اليهم وفيه وفا ديونهم فينفذ لما بينا
ان حقهم في معنى الرقبة لا في صورتها فصار كما لو قضى المولى الدين من خالص
ماله و دل اطلاق هذه الرواية على ان الدين حال قيام الكسب يتعلق بالكسب
والرقبة جميعا لانه يعني جواز بيع المولى مطلقا عن شرط عدم الكسب ولو كان
قيام الكسب الكسب ما نعا من التعلق لجاز لان الرقبة اذ ذاك تكون خالص
ملك المولى وتصرف الانسان في خالص ملكه نافذ الا ان يحمل على حال عدم
الكسب حملا للمطلق على المقيد والله اعلم ولو اذن له بعض الغرما بالبيع
لم يجز الا ان يجيزه الباقون لتعلق حق كل واحد بالرقبة فكان البيع تصرفا
في حق الكل فلا ينفذ من غير اجازتهم ثم فرق بين بيع المولى وبين بيع الوصي
التركة في الدين من غير اذن الغرما انه ينفذ هناك وههنا لا ينفذ ووجه
الفرق ان للغرما حق استسعا الماذون وهذا الحق يبطل بالبيع فكان امتناع
النفاذ مفيدا وليس للغرما ولاية استسعا التركة لما فيه من تاخير قضا

المولى صح

بالحصص صح

دين المبت فكان عدم النفاذ للوصول الى الثمن خاصة وانه يحصل ببيع الوصي فلم
يكن التوقف مفيدا هذا اذا كان الدين حالا فان كان موجلا نفذ البيع في ظاهر الرواية لان
المانع من النفاذ هو التعلق على التضييق ولم يوجد ثم اذا حل الاجل فان كانت ديونهم مثل
الثمن او اقل اخذ وامنه وان كانت ديونهم اكثر من الثمن ضمنوا المولى الى تمام قيمة العبد
وروي عن محمد في النوادر انه لا ينفذ بيع المولى لوجود اصل التعلق هذا اذا كان العبد قايما
في يد المشتري فان كان هالكا فالغرما بالخيار ان شاوا ضمنوا المولى وان شاوا المشتري
قيمة العبد لان كل واحد منهما غاصب لحقهم فكان لهم تضمين ايهما شاوا فان اختاروا تضمين
المولى نفذ بيعه لانه حصل ملكه فيه عند البيع باختيار الضمان فكانهم باعوه منه بثمن
هو قدر قيمته واشتراه منهم به حتى لو وجد المشتري به عيبا بعد هلاكه له ان يرجع
بالنقصان على المولى وللمولى ان يرجع به على الغرما فان اختاروا تضمين المشتري بطل البيع
لانه لا يمكن تمليكه منه بالضمان فبطل واسترد الثمن ولو لم يهلك العبد في يد المشتري
ولكن غاب المولى فان وجدوه ضمنوه القيمة وان لم يجدوه فلا خصومة بينهم وبين المشتري
عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا وما لو كان المولى حاضرا سوا والله اعلم هذا
الذي ذكرنا حكم تعلق الدين بالرقبة عند الانفراد فاما حكم تعلقه عند الاجتماع بان اجتمع
الدين والجناية فنقول وبالله التوفيق اذا اجتمع الدين والجناية بان قتل العبد الماذون رجلا
خطا وعليه دين لا يبطل الدين بالجناية لان حكم الجناية في الاصل وجوب الدفع وله سبيل الخروج
بالفدا او التخيير بين الدفع او الفدا وهذا لا ينافي الدين لانه يمكن دفعه متعلقا برقبته
بالدين وكذا لا ينافيه الفدا لا شك فيه فان اختار الدفع فهذا لا يخلوا من ثلثة اما ان حضر
اصحاب الدين والجناية معا واما ان حضر اصحاب الجناية اولا واما ان حضر اصحاب الدين
فان حضر اصحاب الدين والجناية جميعا يدفع العبد الى اوليا الجناية ثم يبيعه القاضي للغرما
في ديونهم فانا اذا دفعنا بالجناية فقد راعينا اصحاب الجناية بالدفع اليهم وراعينا
حق الغرما بدينهم واذا دفعناه الى اصحاب الدين ابطلنا حق اصحاب الجناية لتعذر الدفع
بعد البيع لان الثابت للمشتري ملك جديد خال عن الجناية فكانت البداية بالجناية
مراعاة الحقين من الجانبين فكان اولى ثم في الدفع الى اصحاب الجناية ثم البيع بالدين فايدة
الاستخلاص بالفدا لان للناس في اعيان الاشيا رغايب ما ليس في ابدالها فاذا دفعه المولى
الى اصحاب الجناية فالقياس ان يضمن قيمته للغرما لانه يصير ملكا لهم بالدفع فكان الدفع
منهم تمليكا بمنزلة البيع وفي الاستحسان لا يضمن لان الدفع واجب عليه ومن اتى بفعل
واجب عليه لا يضمن لان الضمان لا يمنعه عن اقامة الواجب فبيننا قض ثم اذا دفعه اليهم فيبيع
للغرما فان فضل عن دينهم شي من الثمن صرف الى اصحاب الجناية لان العبد صار ملكا لهم بالدفع
اليهم وانما بيع على ملكهم الا ان اصحاب الدين اولى بثمنه بقدر دينهم فيبقى الفاضل من دينهم على
ملك اصحاب الجناية كما اذا لم يكن هناك جناية فباعه القاضي للغرما وفضل من ثمنه
شي ان الفاضل يكون للمولى كذا هذا ولو دفعه المولى الى اصحاب الدين بدينهم ان كان عالما
بالجناية لزمه الارش لانه صار مختارا للفدا وان لم يكن عالما بها يلزمه قيمة العبد
لان الواجب الاصل دفع عين العبد وانما الفدا للخروج عنه بطريق الرخصة على ما بينا والدفع
من غيرهم لا يصلح دليل اختيار الفدا فبقي دفع العين واجبا وقد تعذر دفع عينه بالدفع الى اصحاب
الدين فيجب دفع قيمته اذ هو دفع العين معنى وان حضر اصحاب الجناية اولا فكذلك يدفع العبد
اليهم ولا ينتظر حضور الغرما لانهم لو كانوا حضروا لكان الحكم هكذا فلا معنى للانتظار وان حضر اصحاب

الدين اولا فان كان القاضي عالما بالجناية لا يبيعه في ديونهم لان في البيع ابطال حق اصحاب الجناية
وان لم يكن عالما بها فباعه بطل حق اصحاب الجناية حتى لو حضروا بعد ذلك لا ضمان على القاضي
ولا على المولى اما القاضي فلانه لا عهدة تلزم القاضي فيما يفعله لكونه امينا واما المولى فلانه باعه بامر
القاضي فكان مضافا الى القاضي ولو باعه بغير اذن القاضي فان باع مع علمه بالجناية يلزمه
الارش لانه صار مختارا للفدا وان لم يكن عالما بالجناية يلزمه الاقل من قيمة العبد ومن الارش
لما بينا والله اعلم فصل واما بيان ما يبطل به الاذن بعد وجوده فنقول وبالله العصمة ان
الاذن بالتجارة يبطل بضده وهو الحجر فيحتاج الى بيان ما يصير العبد به محجورا وذلك انواع
بعضها يرجع الى المولى وبعضها يرجع الى العبد اما الذي يرجع الى المولى فثلاثة انواع صريح ودلالة
وضرورة فالصريح نوعان عام وخاص اما العام فهو الحجر باللسان على سبيل الاشتهار والاشاعة
بان يحجره في اهل سوقه بالعدا بالحجر وهذا النوع من الحجر يبطل به الاذن الخاص والعام جميعا
لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان محتملا للبطلان والشي يبطل بمثله وبما هو فوقه واما
الخاص فهو ان يكون بين العبد وبين المولى ولا يكون على سبيل الاستفاضة والاشتهار وهذا النوع
لا يبطل به الاذن العام لان الشي لا يبطل بما هو دونه ولان الحجر اذا لم يشتهر فالناس يعاملونه
بنا على الاذن العام ثم يظهر الحجر فيلحقهم ضرر الغرور وهو تلاف ديونهم في ذمة المفلس ومعنى التغرير
لا يتحقق في الاذن العام لان الناس يمتنعون عن معاملته فلا يلحقهم ضرر الغرور ويبطل به الاذن
الخاص لان الحجر صحيح في حقهما حسب صحة الاذن فجاز ان يبطل به لان الشي يحتمل البطلان بمثله
ومن شرط صحة هذين النوعين علم العبد بهما فان لم يعلم لا يصير محجورا لان الحجر منع من
تصرف شرعي وحكم المنع في الشرايع لا يلزم الممنوع الا بعد العلم كما في ساير الاحكام الشرعية ولو
اخبر بالحجر رجلان او رجل وامراتان عدلان كانا او غير عدل صار محجورا بالاجماع وكذلك اذا اخبر واحد
عدل رجلا كان او امراة حرا كان او عبدا او اخبره واحد غير عدل وصدقه لان خبر
الواحد في المعاملات مقبول من غير شرط العدد والعدالة والذكورة والحرية اذا صدق
فيه واما اذا كذبه فلا يصير محجورا عند ابي حنيفة رحمه الله وان ظهر له صدق المخبر
وعندهما يصير محجورا صدقه المولى او كذبه اذا ظهر صدق الخبر ولو كان المخبر رسولا
يصير محجورا بالاجماع صدقه او كذبه ولو اشترى الماذون عبدا فاذن له بالتجارة
فحجر المولى على احدهما فان حجر على الاسفل لم يصح سوا كان على الاعلى دين او لم يكن لانه ماذون
من جهة الاعلى لا من جهة المولى وان حجر على الاعلى ينظر ان كان عليه دين لا يصير الاسفل
محجورا عليه لانه اذا لم يكن عليه دين فهما عبدان مملوكان للمولى فيصير كانه اذن لهما
ثم حجر عليهما ولو كان كذلك لا ينحجر احدهما بحجر الاخر كذا هذا وان كان على الاعلى دين يصير
محجورا عند ابي حنيفة وعندهما لا يصير محجورا بنا على ان المولى لا يملك كسب عبده الماذون المديون
عنده وعندهما يملك ووجه البنا انه لما لم يملك عبده وقد استفاد الاذن من جهة الاعلى
لا من جهة المولى صار حجر الاعلى كموته ولو مات لصار الثاني محجورا كذا ولما ملك عندهما
صار الجواب في هذا وفي الاول سوا والله اعلم واما الدلالة فانواع منها ان يبيعه المولى وله
دين عليه لانه زال ملكه بالبيع وحدث للمشتري فيه ملك جديد فيزول اذن البايع لزوال
ملكه ولم يوجد الاذن من المشتري فيصير محجورا ومنها الاستيلاد بان كان الماذون جارية
فاستولدها المولى بطل الاذن استحسانا والقياس ان لا يبطل به الاذن لانها قادرة على
التصرف بعد الاستيلاد ووجه الاستحسان ان التجارة لا بد لها من الخروج الى الاسواق
وامهات الاولاد ممنوعات عن الخروج في العادات فكان الاستيلاد حجرا دلالة فاما

التدبير فلا يكون حجرا لانه لا ينافي الاذن اذ الاذن اطلاق والتدبير لا ينافيه ومنها لحوقه بدار
الحرب مرتدا لان الردة مع اللحوق توجب زوال الملك وذا يبقا الاذن فكان حجرا دلالة فان لم
يلحق بدار الحرب فعلى قياس قول ابي حنيفة ينبغي ان يقف تصرف الماذون بعد الردة وعلى
قياس قولهما ينفذ والله اعلم ٥ واما الضرورة فانواع منها موته لان الموت مبطل للملك
وبطلان الملك يوجب بطلان الاذن على ما بينا والله اعلم ٥ ومنها جنونه جنونا مطبقا
لان اهلية الاذن شرط بقا الاذن لان الاذن بالتجارة غير لازم فكان لبقائه حكم الابتدا
ثم ابتدا الاذن لا يصح من غير الاهل فلا يبقى ايضا والجنون المطبق مبطل للاهلية فصار
محجورا فان افاق يعود ماذونا لان بطلان الاذن لبطلان الاهلية مع احتمال العود
فان افاق عادت الاهلية فعاد ماذونا وصار كالموكل اذا افاق بعد جنونه
انه تعود الوكالة كذا هذا واما الاغما فلا يوجب الحجر لانه لا يبطل الاهلية لكونه على شرف
الزوال ساعة فساعة ولهذا لا يمنع وجوب سائر العبادات ٥ واما الذي يرجع
الى العبد فانواع ايضا منها اباقه لان بالاباق ينقطع منافع تصرفه عن المولى
فلا يرضى به المولى وهذا ينافي الاذن لان تصرف برضى المولى ٥ ومنها جنونه جنونا
مطبقا لانه يبطل اهلية التجارة على وجه لا يحتمل العود الا على سبيل الندرة لزوال ما
هو مبني عليه وهو العقل فلم يكن في بقا الاذن فائدة فيبطل ولو افاق بعد ذلك لا يعود
ماذونا بخلاف الموكل والله اعلم ٥ واما الجنون الذي هو غير مطبق فلا يوجب الحجر
لان غير المطبق منه ليس بمبطل للاهلية لكونه على شرف الزوال فكان في حكم الاغما
ومنها ردته عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا توجب الحجر بناء على وقوف
تصرفاته عنده ونفوذها عندهما واما لحوقه بدار الحرب لان اللحوق مرتدا بمنزلة
الموت فكان مبطلا للاهلية فيصير محجورا لكن عند ابي حنيفة من وقت الردة
وعندهما من وقت اللحوق والله اعلم **فصل** واما حكم الحجر فهو انحجار العبد في
حق المولى عن كل تصرف كان يملكه بسبب الاذن فلا يملك الاقرار بالدين اذا لم
يكن في يده اقرار لان صحة الاقرار الماذون بالدين لكونه من ضرورات التجارة على
ما بينا ولا يملك التجارة فلا يملك الاقرار بما هو من ضروراتها في حق المولى لكن ينتفع
به بعد العتاق لان اقراره صحيح في حق نفسه لصدوره من الاهل لكن لم يظهر للحال
لحق المولى فاذا عتق فقد زال المانع فيظهر وان كان في يده مال ينفذ اقراره فيما في يده
عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا ينفذ لانه اقرار المحجور فكيف ينفذ ولابي حنيفة
رحمه الله انه غير محجور فيما في يده ولم يصح الحجر في حق ما في يده لانه لو صح لبادر المولى الى حجر عبيده
الماذونين في التجارة اذا علموا ان عليهم دينا لتسلم لهم اكسابهم التي في ايديهم وقد لا يكون
للغرما بينة على ذلك فيتضرر الغرما لانغلاق ديونهم بذمة المفلس فكان اقراره فيما في يده
من المال من ضرورات التجارة فاشبه اقرار الماذون بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان
الحجر من المولى للوصول الى الكسب فاذا لم يكن في يده كسب فلا يحجر وهو الفرق بين الفصلين
ولو ظهر عليه الدين بالبينة او المعاينة وفي يده كسب فحجره المولى لا سبيل للمولى على الكسب
لان حق الغرما متعلق به ويملك الاقرار على نفسه بالحدود والقصاص صدقه المولى او كذبه
لانه لا ملك للمولى في نفسه في الحدود والقصاص فاستوى فيه تصديقه وتكذيبه ولا يحتاج الى
حضور المولى بالاجماع وفيما اذا ثبت ذلك ببينة قامت عليه اختلاف ذكرناه فيما قبل والمحجور في
الجناية عمدا او خطا والماذون سوا وموضع معرفة جنايتها كتاب الديات وقد ذكرناه فيه والله اعلم

في اقامتها صح

كتاب الاقرار

كتاب الاقرار

الكلام في هذا الكتاب في مواضع ٥ في بيان ركن الاقرار ٥ وفي
بيان الشرايط التي يصير الركن بها اقرارا شرعا ٥ وفي بيان ما يصدق المقر فيما الحق باقراره
من القراين مما لا يكون رجوعا حقيقة وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا عنه ٥ وفي
بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده ٥ اما الركن فنوعان صريح ودلالة ٥ فالصريح نحو
ان يقول على الف درهم لان على كلمة ايجاب لغة وشرعا قال الله تعالى ولله على الناس حج
البيت من استطاع اليه سبيلا وكذا اذا قال لرجل لي عليك الف درهم فقال الرجل نعم
لان كلمة نعم خرجت جوابا لكلامه وجواب اعادة لغة كانه قال لك علي الف درهم
وكذلك اذا قال لفلان في ذمتي الف لان ما في الذمة هو الدين فيكون اقرارا بالدين
ولو قال لفلان قبلي الف درهم ذكر القدوري انه يكون اقرارا بامانة في يده وذكر الكرخي
انه يكون اقرارا بالدين وجه ما ذكر الكرخي ان القبالة هي الكفالة قال الله تعالى
والملايكة قبيلا اي كفيلا والكفالة هي الضمان قال الله تعالى وكفلها زكريا على قراة
التخفيف اي ضمن القيام بامرها وجه ما ذكره القدوري ان القبالة تستعمل بمعنى
الضمان والامانة فان محمدا رحمه الله ذكر في الاصل ان من قال لا حق لي على فلان يبرا عن
الدين ومن قال لا حق لي على فلان او معه يبرا عن الامانة ولو قال لا حق لي قبله يبرا عن
الدين والامانة جميعا فكانت القبالة محتملة للضمان والامانة والضمان لم يعرف وجوبه
فلا يجب بالاحتمال ولو قال له في دراهمي هذه الف درهم يكون اقرارا بالشركة ولو قال
له في مالي الف درهم ذكر في الاصل ان هذا اقرار له ولم يذكر انه مضمون او امانة واختلف
المشايخ فيه قال الجصاص انه يكون اقرارا بالشركة كما في الفصل الاول لانه جعل ماله
ظرفا للمقر به وهو الالف فيقتضي الخلط وهو معنى الشركة وقال بعضهم ان كان ماله محصورا
يكون اقرارا بالدين وظاهر اطلاق الكتاب يدل على الاقرار بالدين كيف ما كان لان كلمة
الظرف في مثل هذا تستعمل في الوجوب قال النبي صلى الله عليه وسلم في الرقة ربع العشر
وفي خمس من الابل السايمة شاة وفي الركاز الخمس ولو قال له في مالي الف درهم لا يكون
اقرارا بل يكون هبة لانه ليس فيه ما يدل على الوجوب في الذمة لان اللام المضاف الى اهل
الملك للتمليك والتمليك بغير عوض هبة واذا كان هبة فلا يملكها الا بالقبول والتسليم
ولو قال له في مالي الف درهم لا حق لي فيها فهو اقرار بالدين لان الالف التي لا حق له فيها
لا يكون الا الدين اذ لو كانت هبة لكان له فيها حق ولو قال له عندي الف درهم فهو
وديعة لان عند لا يدل على الوجوب في الذمة بل هي كلمة حضرة وقرب ولا اختصاص
لهذا المعنى بالوجوب في الذمة فلا يثبت الوجوب الا بدليل زايد وكذلك لو قال لفلان
معي او في منزلي او في بيتي او في صندوقي الف درهم فذلك كله وديعة لان هذه الالفاظ
لا تدل الا على قيام اليد على المذكور وانه لا يقتضي الوجوب في الذمة لا محالة فلم يكن
اقرارا بالدين فكانت وديعة لانها في متعارف الناس تستعمل في الودايع فكذا الاطلاق
يصرف اليها ولو قال له عندي الف عارية فهو قرض لان عندي يستعمل في الامانات
وقد فسره بالعارية وعارية الدراهم والدنانير يكون قرضا لانه لا يمكن الانتفاع الا باستهلاكه
واعارة ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه يكون قرضا في المتعارف وكذلك هذا في كل
ما يكال او يوزن لتعذر الانتفاع بها بدون الاستهلاك فكان الاقرار باعارتها اقرارا
بالقرض والله اعلم ٥ واما الدلالة فهي ان يكون له رجل لي عليك الف درهم فيقول قد
قضيتكها لان القضا اسم لتسليم الواجب في الذمة فيقتضي سابقة الوجوب فكان

الكلام صح

الاقرار بالقضا اقرار بالوجوب ثم يدعي الخروج عنه بالقضا فلا يصح الا بالبينة وكذلك
اذا قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها لانه اضاف الاتزان الي الالف المدعاة
والانسان لا يامر بامر المدعى بايزان المدعا الا بعد كونه واجبا عليه فكان الاقرار
بالاتزان اقرار بالدين دلالة وكذلك اذا قال انتقدها لما قلنا ولو قال اتزن او انتقد
لم يكن اقرارا لانه لم توجد الاضافة الي المدعا فيحتمل الامر بالاتزان شي اخر فلا يحمل
علي الاقرار بالاحتمال وكذا اذا قال اجلني بها لان معني التاجيل تاخير المطالبة
مع قيام الدين في الذمة كالدين الموجل والله اعلم ولو قال له رجل لي عليك الف
درهم فقال حقا يكون اقرارا لان معناه حققت فيما قلت لان انتصاب المصدر
لابد له من اضمار صدره وهو الفعل ويحتمل ان يكون معناه قل حقا والزم حقا
ولكن الاول اظهر وكذلك اذا قال الحق لانه تعريف المصدر وهو قوله حقا وكذلك
اذا قال لو قال صدقا او الصدق او يقينا او اليقين لما قلنا ولو قال برا او البر لا
يكون اقرارا لان لفظة البر مشتركة تذكر علي ارادة الصدق وتذكر علي ارادة التقوي
وتذكر علي ارادة الخير فلا يحمل علي الاقرار بالاحتمال وكذلك اذا قال صلاحا
او الصلاح لا يكون اقرارا لان لفظة الصلاح لا تكون بمعني التصديق والاقرار
فانه لو صرح وقال له صلحت لا يكون تصديقا فيحمل علي الامر بالصلاح والاجتناب
عن الكذب هذا اذا ذكر لفظة مفردة من هذه الالفاظ الخمسه فان جمع بين
لفظتين متجانستين او مختلفتين فحكمه يعرف في اقرار الجامع ان شا الله تعالي ثم
الاقرار لا يخلو اما ان يكون مطلقا واما ان يكون ملحقا بقرينة فالمطلق هو قوله
فلان علي كذا وما يجري مجراه خاليا عن القراين واما الملحق بقرينة فبيانه يشتمل
يشتمل علي فصل بيان ما يصدق المقر فيما الحق باقراره من القراين مما لا يكون
رجوعا وما لا يصدق فيه مما يكون رجوعا فنقول القرينة في الاصل نوعان قرينة
مغيره من حيث الظاهر مبنية علي الحقيقة وقرينة مبنية علي الاطلاق اما
القرينة المغيرة من حيث الظاهر مبنية علي الحقيقة وقرينة مبنية علي الاطلاق
ما القرينة من حيث الظاهر المبنية علي الحقيقة المسقطة لاسم الجملة فيتعين بها
لاسم لكن تتبين بها المراد فكان تغييرا صورة تبيينا معني واما القرينة المغيرة
فتتنوع ثلاثة انواع نوع يدخل علي اصل الاقرار ونوع يدخل علي وصف المقر به
ونوع يدل علي قدره وكل ذلك قد يكون متصلا وقد يكون منفصلا اما الذي يدخل
علي اصل الاقرار فنحو التعليق بمشية الله تعالي متصلا باللفظ بان قال لفلان
علي الف درهم ان شا الله وهذا يمنع صحة الاقرار اصلا لان تعلق مشية الله تعالي
بكون الالف في الذمة امر لا يعرف فان شا كان وان شا لم يكن فلا يصح الاقرار مع
الاحتمال ولان الاقرار اخبار عن كاين والكاين لا يحتمل تعلق تعليق كونه
بالمشية فان القاعد اذا قال انا قاعد ان شا الله ليستحق ولهذا ابطلنا
القول بالاستثنا في الايمان والله اعلم وكذا اذا علقه بمشية فلان لا يصح
الاقرار لما قلنا ولو اقر بشرط الخيار بطل الشرط وصح الاقرار لما ذكرنا ان
الاقرار اخبار عن ثابت في الذمة وشرط الخيار في معني الرجوع والاقرار
في حقوق العباد لا يحتمل الرجوع واما الذي يدخل علي وصف المقر به فان كان متصلا
باللفظ بان قال لفلان علي الف درهم وديعة يصح ويكون اقرارا بالوديعة وان كان

منفصلا

اصل م

منفصلا بان سكت ثم قال عنيت به الوديعة لا يصح ويكون اقرارا بالدين لان البيان المغير
لا يصح الا بشرط الوصل كالاستثنا وهذا لان قوله لفلان علي الف درهم اخبار عن وجوب
الالف عليه من حيث الظاهر الا تري انه لو سكت عنه لكان كذلك فاذا قرن به قوله
وديعة وحكمها وجوب الحفظ فقد غير حكم الظاهر من وجوب العين الي وجوب الحفظ
فكان بيان تغيير من حيث الظاهر فلا يصح الا موصولا كالاستثنا وانما يصح موصولا
لان قوله علي الف درهم يحتمل وجوب الحفظ اي علي حفظ الف درهم وان كان خلاف
الظاهر فيصح بشرط الوصل ولو قال لفلان علي الف درهم وديعة قرضا او مضاربة
قرضا او بضاعة قرضا او قال دينا مكان قوله قرضا فهو اقرار بالدين لان الجمع بين
اللفظين في معناهما ممكن لجواز ان يكون امانة في الابتدا ثم يصير مضمونا في الانتها
اذ الضمان قد يطري علي الامانة كالوديعة المستهلكة ونحوها سوا وصل او فصل
لان الانسان في الاقرار بالضمان غير متهم واما الذي يدخل علي قدر المقر به فنوعان
احدهما الاستثنا والثاني الاستدراك اما الاستثنا في الاصل فنوعان احدهما
ان يكون المستثني فيه من جنس المستثني منه والثاني ان يكون من خلاف جنسه وكل
واحد منهما نوعان متصل ومنفصل فان كان المستثني من جنس المستثني منه والاستثنا
متصل فهو علي ثلاثة اوجه استثنا القليل من الكثير واستثنا الكثير من القليل واستثنا
الكل من الكل اما استثنا القليل من الكثير نحو ان يقول علي عشرة الا ثلثة دراهم ولا
خلاف في جوازه ويلزمه سبعة دراهم لان الاستثنا في الحقيقة تكلم بالباقي بعد
الثنيا كانه قال لفلان علي سبعة دراهم الا ان لسبعة اسمان احدهما سبعة والاخر عشرة
الا ثلثة قال الله تعالي فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما معناه انه لبث فيهم
تسعماية وخمسين عاما وكذلك اذا قال لفلان علي الف درهم سوي ثلثة لان سوي
من الفاظ الاستثنا وكذا اذا قال غير ثلثة لان غير بالنصب للاستثنا فان من
قال لفلان علي درهم غير دانق يلزمه خمسة دوانيق ولو قال غير دانق يلزمه درهم
تام واما استثنا الكثير من القليل بان لفلان عشرة دراهم الا تسعة فظاهر في
ظاهر الرواية ويلزمه درهم الا ما روي عن ابي يوسف انه لا يصح وعليه العشرة والصحيح
جواز جواب ظاهر الرواية لان المنقول عن ايمة اللغة ان الاستثنا تكلم بالباقي
بعد الثنيا وهذا المعني كما يوجد في استثنا القليل من الكثير يوجد في
استثنا الكثير من القليل الا ان هذا النوع من الاستثنا غير محسن عند اهل
اللغة لانهم لما وضعوا الاشيا لحاجتهم الي استثنا الغلط ومثل هذا الغلط مما
يندر وقوعه غاية الندرة فلا حاجة الي استدراكه لكنه يحتمل الوقوع في الجملة
فيصح واما استثنا الكل من الكل بان يقول لفلان علي عشرة دراهم الا عشرة دراهم
فباطل وعليه عشرة كاملة لان هذا ليس باستثنا اذ هو تكلم بالحاصل بعد الثنيا
ولا حاصل هاهنا بعد الثنيا فلا يكون استثنا بل يكون ابطالا للكلام ورجوعا
عما تكلم به والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد لا يصح فبطل الرجوع وبقي الاقرار
ولو قال لفلان علي عشرة دراهم الا درهما زايفا لا يصح الاستثنا عند ابي حنيفة
وعليه عشرة جياد وقال ابو يوسف يصح الاستثنا وعليه عشرة جياد للمقر له
وعلي المقر له درهم زايف للمقر بنا علي ان الاصل عند ابي حنيفة ان المقاصة
لا تقف علي صفة الجودة بل تقف علي الوزن وعند ابي يوسف لا تتحقق المقاصة

الابهما جميعا ووجه البنا على هذا الاصل انه لو صح الاستثنا لوجب له درهم زايف وحينيذ تقع المقاصه لان اختلاف صفة الجودة لا يمنع المقاصة عنده واذا وقعت المقاصه يصير المستثنا دراهما جيدا الا زايفا وهذا خلاف موجب تصرفه فلم يصح الاستثنا وعند ابي يوسف لما كان اتحادهما في صفة الجودة شرطا لتحقق المقاصه ولم يوجد هاهنا لا تقع المقاصة واذا لم تقع كان الواجب على كل واحد منهما اداما عليه فلا يودي الى تغيير موجب الاستثنا فلا يصح فيصح الاستثنا والصحيح ان اصل ابي حنيفة رحمه الله لان الجودة في الاموال الربوية ساقطة الاعتبار شرعا لقول النبي صلى الله عليه وسلم جيدها ورديها سوا والساقط شرعا والعدم حقيقة سوا ولو انعدمت حقيقة لو قعت المقاصة كذا اذا انعدمت شرعا ولو قال لفلان علي عشرة دراهم الا درهم ستوق فقياس قول ابي حنيفة وابي يوسف انه يصح الاستثنا وعليه عشرة دراهم الا قيمة درهم ستوق وقياس قول محمد وزفر انه لا يصح الاستثنا اصلا بنا على ان المجانسة ليست بشرط لصحة الاستثنا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعندهما شرط على ما سنذكره ان شا الله تعالى ولو قال لفلان علي الف درهم الا قليلا فعليه اكثر من نصف الالف والقول في الزيادة على الخمساية قوله لان القليل من اسما الاضافة فيقتضي ان يكون ما يقابله اكثر منه ليكون هو بالاضافة اليه قليلا فاذا استثني القليل من الالف لابد وان يكون المستثنا منه اكثر من المستثنا وهو الاكثر من نصف الالف ولهذا قال بعض اهل التا ويل في قوله تعالى يا ايها المزمل قم الليل الا قليلا ان استثنا القليل من الامر بقيام الليل يقتضي الامر بقيام اكثر الليل والقول في مقدار الزيادة على نصف الالف قوله لان المجمل في مقدار الزيادة فكان البيان اليه وكذلك اذا قال الا شيا لان الاستثنا بلفظ شي لا يستعمل الا في القليل هذا اذا كان المستثني من جنس المستثني منه فان كان من خلاف جنسه ينظر ان كان المستثنا مما لا يثبت دينا في الذمة مطلقا كالثوب لا يصح الاستثنا وعليه جميع ما اقر به عندنا وان قال له علي عشرة دراهم الا ثوبا وعند الشافعي يصح ويلزمه قدر قيمة الثوب وان كان المستثنا مما يثبت دينا في الذمة مطلقا من المكيل والموزون والعددي المتقارب بان قال لفلان عشرة دراهم الا قفيز حنطة او ماية دينار الا عشرة دراهم او دينار الا ماية جوزة يصح الاستثنا عند ابي حنيفة وابي يوسف ويطرح مما اقر به قدر قيمة المستثنا وعند الشافعي محمد وزفر لا يصح الاستثنا اصلا واما الكلام مع الشافعي في المسلة الاولى فوجه قول الشافعي ان لنص الاستثنا حكما على حدة كما لنص المستثنا منه من النفي والاثبات لان الاستثنا من النفي اثبات ومن الاثبات نفي لغة فقوله لفلان علي عشرة دراهم الا درهما معناه الا درهما فانه ليس علي فيصير دليل النفي معارضا لدليل الاثبات في قدر المستثنا ولهذا قال ان الاستثنا يعمل بطريق المعارضة فصار قوله لفلان علي عشرة دراهم الا ثوبا اي الا ثوبا فانه ليس علي من الالف ومعلوم ان عين الثوب من الالف ليس عليه فكان المراد قدر قيمته اي مقدار قيمة الثوب ليس علي من الالف وجه قول اصحابنا انه لا حكم لنص الاستثنا الا البيان ان القدر المستثنا لم يدخل تحت نص المستثني منه اصلا لان اهل اللغة قالوا ان الاستثنا تكلم بالباقي

قدر صح

بعد الثنيا وانما يكون تكلما بالباقي اذا كان بيانا اذا فكان انعدام حكم نص المستثنى منه في المستثنى لانعدام تناول اللفظ اياه لا للمعارضة معا ان القول بالمعارضة فاسد لوجوه احدها ان الاستثنا مقارن للمستثنا منه فكانت المعارضة مناقضة والثاني ان المعارضه انما تكون بدليل قايم بنفسه ونص الاستثنا ليس بنص قايم بنفسه فلا يصلح معارضا الا ان يراد عليه قوله الا كذا فانه كذا وهذا يعتبر ومهما امكن العمل بظاهر اللفظ من غير تقييد تغييركان اولي والثالث ان القول بالمعارضه يكون رجوعا عن الاقرار والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد لا يصح كما اذا قال له علي عشرة دراهم وليس له علي عشرة دراهم واذا كان بيانا فمعنى البيان لا يتحقق الا اذا كان المستثنى من جنس المستثنى منه اما في الاسم او في احتمال الوجوب في الذمة على الاطلاق ولم يوجد هاهنا على ما نذكر ان شا الله تعالى وقولهم الاستثنا من الاثبات نفي ومن النفي اثبات محمول على الظاهر اذ هو في الظاهر كذلك دون الحقيقة لانه تحقق معنى المعارضة وهي محال على ما ذكرنا وجه احالته فيكون بيانا حقيقة نفيا او اثباتا جمع بين النقلين بقدر الامكان والله اعلم واما الكلام في المسله فوجه قول محمد وزفر رحمهما الله ان الاستثنا استخراج بعض ما لولاه لدخل تحت نص المستثنا منه وذا لا يتحقق الا في الجنس ولهذا لو كان المستثنا ثوبا لم يصح الاستثنا ووجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان الداخل تحت قوله لفلان علي عشرة دراهم عشرة موصوفة بانها واجبة مطلقا مسماة بالدراهم فان لم يمكن تحقيق معنى المجانسة في اسم الدراهم امكن تحقيقها في الوجوب في الذمة على الاطلاق من جنس الدراهم انها يجب دينا موصوفا في الذمة حالا بالاستقراض والاستهلاك كما يجب سلما وثمنا حالا كالدراهم فلا يحتمل الوجوب في الذمة على الاطلاق بل سلما او ثمنا موجلا فاما لا يحتمله استقراضا واستهلاكا وثمنا حالا غير موجل فامكن تحقيق معنى المجانسة بينهما في وصف الوجوب في الذمة على الاطلاق ان لم يمكن في اسم الدراهم فامكن العمل بالاستثنا في تحقيق معناه وهو البيان من وجه ولا مجانسة بين الدراهم والثياب لا في الاسم ولا في احتمال الوجوب في الذمة على الاطلاق فانعدم معنى الاستثنا اصلا وهو الفرق والله اعلم ولو اقر الانسان بدار واستثنا بناها لنفسه فالاستثنا باطل لان اسم الدار لا يتناول البنا لغة بل وضع دلالة على العرصة في اللغه وانما البنا فيها بمنزلة الصفة فلم يكن المستثني من جنس المستثني منه فلم يصح الاستثنا وتكون الدار مع البنا للمقر له لانه ان لم يكن اسما عاما لكنه يتناول هذه الاجزا بطريق التضمن كمن اقر لغيره بخاتم كان له الحلقة والفص لانه اسم عام بل هو اسم لمسمى واحد وهو المركب من الحلقة والفص ولكنه يتناوله بطريق التضمن وكذا من اقر بسيف لغيره كان النصل والجفن والحمايل لما قلنا وكذا من اقر بنخلة كان له العيدان والكسوه بخلاف ما اذا استثنى ربع الدار او ثلثها او بيتا فانه يصح الاستثنا لما بينا ان الدار اسم للعرصة فكان المستثني من جنس المستثني منه فصح ولو قال بناهذه الدار لي والعرصة لفلان صح لان اسم البنا لا يتناول العرصة اذ هي اسم للبقعة والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم الاستثنا اذا ورد على الجملة الملفوظة فاما اذا ورد الاستثنا على الاستثنا فالاصل فيه ان الاستثنا الداخل على الاستثنا يكون استثنا من المستثني لا من المستثني منه لانه اقرب المذكور اليه فيصرف الاستثنا

الثاني ويجعل الباقي منه مستثنى من الجملة الملفوظة وعلى هذا لو ورد الاستثنا على الاستثنا مرة بعد اخري وان كثر فالاصل ان يصرف كل استثنا الى ما يليه لكونه اقرب المذكور اليه فيبدا من الاستثنا الاخير فيستثني الباقي مما يليه ثم ينظر الى الباقي هكذا الى الاستثنا الاول ثم ينظر الى الباقي منه فيستثني ذلك من الجملة الملفوظة فما بقي فهو القدر المقر به بيان هذه الجملة اذا قال لفلان علي عشرة دراهم الا ثلثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بثمانية دراهم لانا صرفنا الاستثنا الاخير الى ما يليه فبقي درهمان فيستثنيهما من العشرة فيبقى ثمانية والاصل فيه قوله تعالى خبرا عن جماعة الملائكة قالوا انا ارسلنا الى قوم مجرمين الا ال لوط لمنجوهم اجمعين الا امراته قدرنا انها لمن الغابرين استثنا ال لوط من القرية لا من المجرمين لان حقيقة الاستثنا من الجنس وال لوط لم يكونوا مجرمين ثم استثنى من اله فبقيت في الغابرين ولو قال لفلان علي عشرة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بسبعة لانا جعلنا الدرهم مستثنى من الذي يليه وهو ثلثة فبقي درهمان استثنا هما من خمسة فبقي ثلثة استثناها من الجملة فبقي سبعة وكذلك لو قال لفلان علي عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلثة دراهم الا درهما يكون اقرارا بستة لما ذكرنا من الاصل وهذا اصل لا يخطي في ايراد الاستثنا على الاستثنا وان كثر هذا اذا كان الاصل متصلا بالجملة المذكورة فاما اذا كان منفصلا عنها بان قال لفلان علي عشرة دراهم وسكت ثم قال الا درهما لا يصح الاستثنا عند عامة العلما وعامة الصحابة رضي الله عنهم الا ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه يصح وبه اخذ بعض الناس ووجهه ان الاستثنا بيان لما ذكرنا فيصح متصلا ومنفصلا كبيان المجمل و التخصيص للعام عندنا وجه قول العامة ان صيغة الاستثنا اذا انفصلت عن الجملة الملفوظة لا يكون كلام استثنا لغة لان العرب ما تكلمت به اصلا ولو اشتغل به احد يضحك عليه كمن لفلان علي كذا ثم قال بعد شهر ان شا الله لانه لا يعد ذلك تعليقا بالمشية حتى لا يصح كذا هذا والرواية عن ابن عباس رضي الله عنهما لا تكاد تصح بخلاف بيان المجمل والعام لانهم يتكلمون بذلك مستعمل عندهم ومنفصلا عندهم على ما عرف في اصول الفقه والله اعلم وعلى هذا قال ابو حنيفة فيمن قال لعبده انت حر وحر ان شا الله انه لا يصح الاستثنا لان تكرير صيغة التحرير لغو فكان في معنى السكتة ولو قال لفلان كر حنطة وكر شعير الا كر حنطة وقفيز شعير لا يصح استثنا كر الحنطة بالاتفاق لانصراف كر الحنطة الى جنسه فيكون استثنا الكل من الكل فلم يصح وهل يصح استثنا القفيز من الشعير قال ابو حنيفة لا يصح لانه لما لم يصح استثنا كر الحنطة فقد لغي فكانه سكت ثم استثنى قفيز شعير فلم يصح استثناوه والله اعلم واما الاستدراك فهو في الاصل لا يخلوا من احد وجهين اما ان يكون في القدر واما ان يكون في الصفة فان كان في القدر فهو على ضربين اما ان يكون في الجنس واما ان يكون في خلاف الجنس اما في الجنس فنحو ان يقول لفلان علي الف درهم لا بل الفان فعليه الفان استحسانا والقياس ان يكون عليه ثلثة الاف وجه القياس ان قوله لفلان علي الف درهم اقرار بالف وقوله لا رجوع وقوله بل استدراك والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد غير صحيح والاستدراك

فاشبه الاستدراك في خلاف الجنس وكما اذا قال لامراته انت طالق واحدة لا بل ثنتين انه يقع الثلث تطليقات وجه الاستحسان ان الاقرار اخبار والمخبر عنه مما يجري الغلط في قدره او وصفه عادة فتقع الحاجة الى استدراك الغلط فيه فيقبل اذا لم يكن متهما فيه وهو غير متهم في الزيادة على المقر فيقبل منه بخلاف الاستدراك في خلاف الجنس لان الغلط في خلاف الجنس لا يقع عادة الى الاستدراك وبخلاف مسلة الطلاق ان قوله انت طالق انشا الطلاق لغة وشرعا والانشا لا يحتمل الغلط حتى لو كان اخبارا بان قال لها كنت طلقتك امس واحدة لا بل ثنتين لا يقع عليها الا طلاقان والله اعلم وكذلك اذا قال لفلان علي كر حنطة لا بل كران ولو قال لفلان علي الفا درهم لا بل الف درهم فعليه الفان لانه متهم في النقصان فلا يصح استدراكه مع ان مثل هذا الغلط نادر فلا حاجة الى استدراكه لالتحاقه بالعدم واما في خلاف الجنس فلو قال لفلان علي الف درهم لا بل مائة دينار ولفلان علي كر حنطة لا بل كر شعير لزمه الكل لما بينا ان مثل هذا الغلط لا يقع الا نادرا والنادر ملحق بالعدم هذا اذا وقع الاستدراك في قدر المقر به فاما اذا وقع في صفة المقر به بان قال لفلان علي الف درهم سود لا بل بيض لا بل سود ينظر فيه الى ارفع الصفتين وعليه ذلك لانه غير متهم في زيادة الصفة متهم في النقصان فكان مستدركا في الاول راجعا في الثاني فيصح استدراكه ولا يصح رجوعه كما في الف الا الف والا الفين والله اعلم هذا اذا رجع الاستدراك الى المقر به فاما اذا رجع الى المقر له بان قال هذه الالف لفلان لا بل لفلان وادعاها كل واحد منهما يدفع الى المقر له الاول لانه لما اقر بها للاول صح اقراره له فصار واجب الدفع اليه فقوله لا بل لفلان رجوع عن الاقرار للاول فلا يصح رجوعه في حق الاول ويصح اقراره بها للثاني في حق الثاني ثم ان دفعها الى الاول بغير قضا القاضي يضمن الثاني لان اقراره بها للثاني في حق الثاني ان لم يصح في حق الاول واذا صح صار واجب الدفع اليه فاذا دفعها الى الاول فقد اتلفها عليه فيضمن وكذا وان دفعها الى الاول بقضا القاضي لا يضمن لانه لو ضمن لا يخلوا اما ان يضمن بالدفع واما ان يضمن بالاقرار لا سبيل الى الاول لانه مجبور في الدفع من جهة القاضي فيكون كالمكره ولا سبيل الى الثاني لان الاقرار للغير بملك الغير لا يوجب الضمان ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان يدفع للاول ويضمن للثاني سوا دفع الى الاول بقضا او بغير قضا بخلاف المسلة الاولى ووجه الفرق ان الغصب سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار به اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان وهو رد العين عند القدرة وقيمة العين عند العجز وقد عجز عن رد العين الى المقر له الثاني فيلزمه رد قيمته بخلاف المسلة الاولى لان الاقرار بملك الغير ليس بسبب لوجوب الضمان لانعدام الاتلاف وانما التلف في تسليم مال الغير الى الغير باختياره على وجه يعجز عن الوصول اليه فلا جرم اذا وجد يجب الضمان وكذلك اذا قال هذا الالف لفلان اخذتها من فلان او اقرضنيها فلان وادعاها كل واحد منهما فهي للمقر له الاول فيضمن للذي اقر انه اخذ منه او اقرضه الفا مثلها لان الاخذ والقرض كل واحد منهما سبب لوجوب الضمان فكان الاقرار بها اقرارا بوجود سبب وجوب الضمان فيرد الالف القايمة على الاول لصحة اقراره بها له

ويضمن للثاني الفا اخري ضمانا للاخذ والقرض ولو قال اودعني فلان هذه الالف لا بل فلان يدفع الي المقر له الاول لما بينا ثم ان دفع اليه بغير قضا القاضي يضمن للثاني بالاجماع وان دفع بقضا القاضي فعند ابي يوسف لا يضمن وعند محمد يضمن وجه قول محمد ان اقراره بالايداع من الثاني صحيح في حق الثاني فوجب عليه الحفظ بموجب العقد وقد فوته بالاقرار للاول بل استهلكه فكان مضمونا عليه وجه قول ابي يوسف ان فوات الحفظ والهلاك حصل بالدفع الي الاول لا بالاقرار والدفع بقضا القاضي لا يوجب الضمان لما بينا ولو قال دفع الي هذه الالف فلان وهي لفلان وادعي كل واحد منهما انها له فهي للدافع لان اقراره بدفع فلان قد صح فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره للثاني في حق الاول لكن يصح في حق الثاني ولو قال هذه الالف لفلان دفعها الي فلان فهي للمقر له بالملك ولا يكون للدافع شي فان ادعي الثاني ضمن له الفا اخري لما بينا ان الاقرار بها للاول يوجب الرد اليه وهذا يمنع صحة اقراره للثاني في حق الاول لكنه يصح في حق الثاني ثم ان دفعها الي الاول بغير قضا القاضي يضمن وان دفعها بقضا القاضي فكذلك عند محمد وعند ابي يوسف لا يضمن والحج من الجانبين علي نحو ما ذكرنا ولو قال هذه الالف لفلان ارسل بها الي فلان فانه يردها علي الذي اقر انها ملكه وهذا قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا ولا يصح اقراره للثاني عند ابي حنيفة وفرق ابو حنيفة بين العين والدين بان قال لفلان علي الف درهم قبضتها من فلان فادعاها كل واحد منهما ان عليه الفا ووجه الفرق له ان المقر به للاول هناك الف في الذمة فيلزمه باقراره له ولزمه الف اخري باقراره لفلان باقراره بقبضها منه اذا القبض سبب وجوب الضمان فيلزمه الفان وههنا المقر به عين مشار اليها فمتي صح اقراره بها لم يصح للثاني وذكر قول ابي يوسف في الاصل في موضعين احدهما ان لا ضمان عليه للثاني بحال لانتها الرسالة بالوصول الي المقر في الاخري انه ان دفع بغير قضا القاضي يضمن فان قال الذي اقر له انها ملكه ليست الالف لي وادعاها الرسول فهي للرسول لان اقراره للاول قد ارتد برده وقد اقر باليد للرسول فيومر بالرد اليه ولو كان الذي اقر له انها ملكه غايبا فاراد الرسول ان ياخذها وادعاها لنفسه لم ياخذها كذا روي عن ابي يوسف لان رسالته قد انتهت بالوصول الي المقر ولو اقر خياط فقال هذا الثوب ارسله الي فلان لاقطعه قميصا فهو لفلان فهو للذي ارسله اليه وليس للثاني شي لانه اقر باليد للمرسل فصار واجب الرد عليه وهذا يمنع صحة اقراره بالملك للثاني كما اذا قال دفع الي هذه الالف فلان وهي لفلان علي ما بينا ولو قال الخياط هذا الثوب الذي في يده لفلان ارسله الي فلان وكل واحد منهما يدعيه فهو للذي اقر له اول مرة ولا يضمن للثاني شيا في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد يضمن بنا علي ان الاجير المشترك لا ضمان عليه فيما هلك في يده عنده فاشبه الوديعة وعندهما عليه الضمان فاشبه الغصب والله اعلم

فصل

واما القرينة المبينة علي الاطلاق وهي المعينة لبعض ما تحمله اللفظ بان كان اللفظ يحتمل هذا وذاك قبل وجود القرينة فاذا وجدت القرينة يتعين ذلك البعض مرادا باللفظ من غير تعيين اصلا ثم ينظر ان كان اللفظ يحتملهما علي السوا يصح بيانه متصلا كان او منفصلا وان كان لاحدهما ضرب رجحان فان كان الافهام اليه اسبق عند الاطلاق من غير قرينة فان كان منفصلا لا يصح وان كان متصلا يصح اذا لم يتضمن الرجوع وان تضمن معني الرجوع لا يصح الا بتصديق المقر له وهذا النوع من القرينة ايضا يتنوع ثلثة انواع نوع يدخل علي اصل المقر به ونوع يدخل علي وصف المقر به ونوع يدخل علي قدر المقر به اما الذي يدخل علي اصل المقر به فهو ان يكون المقر به مجهول الذات بان قال لفلان علي شي او حق يصح لان جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الاقرار اخبار عن كاين وذلك قد يكون معلوما وقد يكون عن مجهول بان اتلف علي اخر شيا ليس من ذوات الامثال ليس عليه فوجبت عليه قيمته او جرح اخر جراحة ليس لها في الشرع ارش مقدر فاقر بالقيمة والارش فكان الاقرار بالمجهول اخبارا عن المخبر علي ما هو به وهو حد الصدق بخلاف الشهادة لان جهالة المشهود به تمنع القضا بالشهادة لتعذر القضا بالمجهول بخلاف الاقرار فيصح ويقال له بين لان المجمل فكان البيان عليه قال الله تعالي فاذا قراناه فاتبع قرانه ثم ان علينا بيانه ويصح بيانه متصلا ومنفصلا لانه بيان محض فلا يشترط فيه الوصل كبيان المجمل والمشترك لكن لا بد وان يبين شيا له قيمة لانه اقر بما في ذمته وما لا قيمة له لا يثبت في الذمة ثم اذا بين شيا له قيمة فالامر لا يخلو من احد وجهين اما ان صدقه في ذلك وادعي عليه زيادة واما ان كذبه وادعي عليه مالا اخر فان صدقه فيما بين وادعي عليه زيادة اخذ ذلك القدر المبين واقام البينة علي الزيادة والا حلفه عليها ان اراد لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه وان كذبه وادعي عليه مالا ان اقام البينة علي مال اخر والا حلفه عليه وليس له ان ياخذ القدر المبين لانه ابطل اقراره له بالتكذيب وكذلك اذا اقر انه غصب من فلان شيا ولم يبين يلزمه البيان لما قلنا ولكن لا بد وان يبين شيا يتمانع ويقصد في الغصب لان ما لا يتمانع عادة ولا يقصد غصبه نحو كف من تراب او غيره لا يطلق عليه اسم الغصب وهل يشترط مع ذلك ان يكون مالا متقوما اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق لا يشترط وقال مشايخنا يشترط حتي انه لو بين انه غصب صبيا حرا او غصب جلد ميتة او خمر مسلم يصدق عند الاولين ولا يصدق عند الاخرين حتي يبين شيا هو مال متقوم وجه قول مشايخ العراق لان الحكم الاصلي للغصب وجوب رد المغصوب وهذا لا يقف علي كون المغصوب مالا متقوما وجه قول مشايخنا ان المغصوب مضمون علي الغاصب وله ضمانان احدهما وجوب رد العين عند القدرة والثاني وجوب قيمتها عند العجز فكان اقراره بغصب شي اقرارا بغصب ما يحتمل موجبه وهو المال المتقوم ولو بين ولو بين غصب العقار ذكر القدوري انه يصدق وهذا علي قول مشايخ العراق لان العقار وان لم يكن مضمون القيمة بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف فهو مضمون الرد بالاتفاق وعند محمد هو مضمون القيمة ايضا فاما علي قياس قول مشايخنا يصدق فاما علي قياس قولهما لا يصدق لانه غير مضمون بالقيمة بالغصب عندهما والله اعلم وعلي هذا اذا قال لفلان علي مال يصدق في القليل والكثير لان المال اسم لما يتمول وذا يقع علي القليل والكثير فيصح بيانه متصلا ومنفصلا ولو قال لفلان علي الف ولم يبين فالبيان اليه

فصل

واما الذي يدخل علي وصف المقر به معلوم الاصل مجهول الوصف نحو ان يقول غصب من فلان عبدا او جارية

او ثوبا او شيئا من العروض فيصدق في البيان من جنس ذلك سليما كان او معيبا
لان الغصب لا يرد على السليم والمعيب عادة وقد سمي بين الغصب الاصل واجمل الوصف
فيرجع في بيان الوصف اليه فيصح متصلا ومنفصلا ومتى صح بيانه يلزمه الرد
ان قدر عليه وان عجز عنه تلزمه القيمة لان المغصوب مضمون على هذا الوجه
والقول قوله في مقدار قيمته مع يمينه لانه منكر للزيادة والقول قول المنكر
مع اليمين وكذلك لو اقر انه غصب من فلان دارا وقال هي بالبصرة يصدق
لانه اجمل المكان فكان القول في المكان اليه فيلزمه تسليم الدار اليه عينها ان قدر
عليها وان عجز عنها بان خربت او قال هي هذه الدار التي في يدي زيد وزيد ينكر
فيكون القول قول المقر عند ابي حنيفة وابي يوسف الاخر ولا يضمن وعند
محمد يضمن قيمة الدار بناء على ان العقار غير مضمون بالقيمة بالغصب عندهما خلافا
له فاذا اقر بالف درهم وقال هي زيوف او نبهرجة فهذا في الاصل لا يخلو من احد
وجهين اما ان اقر بذلك مطلقا من غير بيان الجهة واما ان بين الجهة فان
اطلق بان قال لفلان علي الف درهم ولم يذكر له جهة اصلا وقال هي زيوف
او نبهرجة فان وصل يصدق وان فصل لا يصدق لان اسم الدراهم اسم جنس
يقع على الجياد والزيوف فقال قوله زيوف بيان للنوع لانه يصح موصولا
لا مفصولا لانها عند الاطلاق ينصرف الي الجياد فكان فصل البيان رجوعا
عما اقر به فلا يصح ولو قال لفلان عندي الف درهم وقال هي زيوف او نبهرجة
يصدق وصل ام فصل لان هذا اقرار بالوديعة والوديعة مال محفوظ
عند المودع وقد يكون ذلك جيدا وقد يكون زيفا على حسب ما يودع فيقبل
بيانه هذا اذا اطلق ولم يبين الجهة اما اذا بين الجهة بان قال لفلان علي الف
درهم ثمن بيع وقال هي زيوف او نبهرجة فلا يصدق وان وصل وعليه
الجياد اذا ادعى المقر له الجياد عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف
ومحمد ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وجه قولهما ما ذكرنا انفا ان اسم
الدراهم يقع على الزيوف كما يقع على الجياد اذ هو اسم جنس والزيافة عيب فيها
واسم كل جنس يقع على السليم والمعيب من ذلك الجنس لانه نوع من الجنس لكن
عند الاطلاق ينصرف الي الجياد فيصح بيانه موصولا لوقوعه تعيينا لبعض ما
يحتمله اللفظ ولا يصح مفصولا لكونه رجوعا عن الاقرار وجه قول ابي حنيفة
ان قوله هي زيوف بعد النسبة الي ثمن البيع رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه
ان البيع عقد مبادلة فيقتضي سلامة البدلين لان لكل واحد من العاقدين
لا يرضى الا بالبدل السليم فكان اقراره بكون الدراهم ثمنا اقرارا بصفة السلامة
فاخباره عن الزيافة يكون رجوعا فلا يصح كما اذا قال بعتك هذا العبد على انه
معيب انه لا يصدق وان وصل كذا هذا ولو قال لفلان علي الف درهم قرضا
وقال هي زيوف فالجواب فيه كالجواب في البيع ان وصل يصدق وان فصل
لا يصدق بخلاف البيع وجه الرواية الاولى ان القرض في الحقيقة مبادلة
المال بالمال كالبيع فكان اسنده على صفة السلامة كالبيع وجه الرواية الاخرى
ان القرض يشبه الغصب لانه يتم بالقبض كالغصب ثم بيان الزيافة مقبول
في الغصب كذا في القرض ويشبه بالبيع لانه تمليك مال بمال فلشبهه بالغصب

بيان صح

احتمل

احتمل البيان في الجملة ولشبهه بالبيع شرطنا الوصل عملا بالشبهين بقدر الامكان
ولو قال غصبت من فلان الف درهم وقال هي زيوف او نبهرجة يصدق سوا وصل
او فصل وروي عن ابي يوسف انه لا يصدق اذا فصل والصحيح جواب ظاهر الرواية
لان الغصب في الوجود لا يستدعي صفة السلامة لانه كما يرد على السليم يرد على المعيب
على حسب ما يتفق فكان محتملا للبيان متصلا ومنفصلا لانعدام معنى الرجوع
فيه ولهذا لو كان المقر غصب عبد بان قال غصبت من فلان عبدا ثم قال غصبته
وهو معيب يصدق وان فصل كذا هذا ولو قال اودعني فلان الف درهم
وقال هي زيوف يصدق بلا خلاف فصل او وصل لان الايداع استحفاظ المال
وكما يستحفظ السليم كما يستحفظ المعيب فكان الاخبار عن الزيافة بيانا محضا
فلا يشترط لصحته الوصل لانعدام تضمن معنى الرجوع وابو يوسف على ما روي
عنه فرق بين الوديعة وبين الغصب حيث صدقه في الوديعة موصولا
كان البيان او مفصولا ولم يصدقه في الغصب الا موصولا ووجه الفرق له
ان ضمان الغصب ضمان مبادلة اذ المضمونات تملك عند اداء الضمان
فاشبه ضمان المبيع وهو الثمن وفي باب البيع لا يصدق اذا فصل عنده كذا في
الغصب فاما الواجب في باب الوديعة هو الحفظ والمعيب في احتمال الحفظ كالسليم
فهو الفرق والله اعلم هذا اذا اقر بالدراهم وقال هي زيوف او نبهرجة فاما اذا
اقر بها وقال هي ستوقة او رصاص ففي الوديعة والغصب يصدق ان وصل
وان فصل لا يصدق لان الستوق والرصاص ليسا من جنس الدراهم الا انه
يسمى مجازا فكان الاخبار عن ذلك بيانا معتبرا فيصح موصولا لا مفصولا كالاستثناء
واما في البيع اذا ابتعت بالف ستوقة او رصاص فلا يصدق عند ابي حنيفة
وصل او فصل وهذا لا يشكل عنده لانه لو قال ابتعت بالف زيوف لا يصدق
عنده وصل او فصل فههنا اولى وعند ابي يوسف يصدق ولكن يفسد البيع
اما التصديق فلان قوله ستوقة او رصاص خرج بيانا لوصف الثمن فيصح
كما اذا قال بالف بيض او بالف سود واما فساد البيع فلان تسمية الستوقة
في البيع يوجب فساده كتسمية العروض وروي عن ابي يوسف فيمن قال لفلان
علي الف درهم بيض زيوف او وضح زيوف انه يصدق اذا وصل ولو قال لفلان
علي الف درهم جياد زيوف او نقد بيت المال زيوف لا يصدق والفرق ظاهر
لان البياض يحتمل الجودة والزيافة اذ البيض قد تكون جيادا وقد تكون
زيوفا فاحتمل البيان بخلاف قوله جياد لان الجودة لا تحتمل الزيافة لتضاد
بين الصفتين فلا يصدق اصلا وعلى هذا اذا اقر بالف ثمن عبد اشتراه لم يقبضه
فهذا لا يخلو من احد وجهين اما ان ذكر عبدا معينا مشارا اليه بان قال ثمن
هذا العبد واما ان ذكر عبدا من غير تعيين بان قال لفلان علي الف درهم ثمن
عبد اشتريته منه لم اقبضه فان ذكر عبدا بعينه فان صدقه في البيع يقال
للمقر له ان شئت ان تاخذ الالف فسلم العبد والا فلا شئ لك لان المقر به
ثمن المبيع وقد ثبت البيع بتصادقهما والبيع يقتضي تسليما بازاء تسليم وان
كذبه في البيع وقال ما بعت منك شيئا والعبد عبدي ولي عليك الف درهم
بسبب اخر فالعبد للمقر لانه يدعي عليه البيع وهو ينكر ولا شئ له على المقر من

الثمن لان المقر به ثمن البيع لا غيره ولم يثبت البيع وان ذكر عبدا بغير عينه فعليه
الالف عند ابي حنيفة ولا يصدق في عدم القبض سوآ وصل او فصل صدقه
المقر له في الالف او كذبه وكان ابو يوسف اولا يقول ان وصل يصدق وان فصل
لا يصدق ثم رجع وقال يسال له المقر له عن الجهة فان صدقه فيها لكن كذبه
في القبض كان القول قول المقر سوا وصل او فصل وان كذبه في البيع وادعى عليه
الفا اخرى ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق وهو قول محمد وجه قوله
الاول ان المقر ثمن المبيع والمبيع قد يكون مقبوضا وقد لا يكون الا ان الغالب
هو القبض فكان قوله لم اقبضه بيانا فيه معنى التغيير من حيث الظاهر فيصدق
بشرط الوصل كالاستثنا وجه قوله الاخير وهو قول محمد ان القبض بعد ثبوت
الجهة يتصادقهما يحتمل الوجود والعدم لان القبض لا يلزم في البيع فكان قوله
لم اقبضه تعيينا لبعض ما يحتمله كلامه فكان بيانا محضا فكان فلا يشترط له الوصل
كبيان المجمل والمشترك واذا كذبه يشترط لانه لو اقتصر على قوله لفلان علي الف
درهم لوجب عليه التسليم للحال فاذا قال ثمن عبد لم اقبضه لا يجب عليه التسليم
الا بتسليم العبد فكان بيانا فيه معنى التغيير فلا يصح الا بشرط الوصل كالاستثنا
وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان قوله لم اقبضه رجوع عن الاقرار فلا يصح بيانه
ان قوله لفلان علي الف درهم اقرار بولاية المطالبة للمقر له بالالف ولا تثبت
ولاية المطالبة الا بقبض المبيع فكان الاقرار به اقرارا بقبض المبيع فقوله لم
اقبض يكون رجوعا عما اقر به فلا يصح ولو قال لفلان علي الف درهم ثمن خمر او
خنزير فعليه الف ولا يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف
ومحمد لا يلزمه شي وجه قولهما ان المقر به مما لا يحتمل الوجوب في ذمة المسلم لانه
ثمن خمر او خنزير وذمة المسلم لا تحتمله فلا يصح اقراره اصلا وجه قول ابي
حنيفة ان قوله لفلان علي الف درهم اقرار بالف واجب وقوله ثمن خمر او خنزير
ابطال لما اقر به لان ذمة المسلم لا تحتمل ثمن الخمر والخنزير فلا فكان رجوعا فلا
يصح ولو قال اشتريت من فلان عبدا بالف درهم لكني لم اقبضه يصدق وصل
او فصل لان الشرا قد يتصل به القبض وقد لا يتصل فكان قوله لم اقبض بيانا
محضا فيصح متصلا ومنفصلا ولو قال اقرضني فلان الف درهم وقال لم اقبض
انما طلبت اليه القبض فاقرضني ولم اقبض ان وصل يصدق وان فصل لا يصدق
وهذا استحسان والقياس ان يصدق ان وصل او فصل وجه القياس ان المقر
به هو القرض وهو اسم للعقد لا للقبض فلا يكون الاقرار به اقرارا بالقبض
كما يكون الاقرار بالبيع اقرارا بالقبض وجه الاستحسان ان تمام القرض
بالقبض كما ان تمام الايجاب بالقبول فكان الاقرار به اقرارا بالقبض ظاهرا
لكن يحتمل الانفصال في الحكم فكان قوله لم اقبض بيانا مغيرا فلا يصح الا بشرط
الوصل كالاستثنا والاستدراك وكذلك لو قال اعطيتني الف درهم
او اودعتني او اسلفتني او اسلمت الي وقال لم اقبض لا يصدق ان فصل
وان وصل يصدق لان الاعطا والايداع والاسلاف يستدعي القبض
حقيقة خصوصا عند الاضافة فلا يصح منفصلا لكن يحتمل العدم في الجملة
فلا فيصح متصلا ولو قال بعتني دارك او اجرتني او اعرتني او وهبتني او

تصدقت

وقال لم اقبض

تصدقت يصدق وصل ام فصل اما البيع والاجارة والاعارة فظاهر لان القبض
ليس بشرط لصحة هذه التصرفات فلا يكون الاقرار بها اقرارا بالقبض اما الهبة
والصدقة فلان الهبة اسم للركن وهو التمليك وكذلك الصدقة وانما القبض
فيهما شرط الحكم ولهذا لو حلف لا يهب ولا يتصدق ففعل ولم يقبض الموهوب
او المتصدق عليه يحنث ولو قال نقدتني الف درهم او دفعت الي الف درهم
وقال لم اقبض ان فصل لا يصدق بالاجماع وان وصل لا يصدق عند ابي يوسف
وعند محمد يصدق وجه قول محمد ان النقد والدفع يقتضي القبض حقيقة
بمنزلة الادا والتسليم والاعطا والاسلام ويحتمل الانفصال في الجملة فلم فيصح
بشريطة الوصل كما في هذه الاشيا وجه قول ابي يوسف ان القبض من لوازم
هذين الفعلين اعني النقد والدفع خصوصا عند صريح الاضافة والاقرار
باحد المتلازمين اقرار بالاخر فقوله لم اقبض يكون رجوعا عما اقر به فلا يصح وعلى
اذا قال لرجل اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت عندي فقال الرجل لا بل
اخذتها غصبا لا يصدق فيه المقر والقول قول المقر له مع يمينه والمقر ضامن
ولو قال المقر له لا بل اقرضتك فالقول قول المقر له مع يمينه ووجه الفرق ان
اخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل لقول النبي صلى الله عليه وسلم
على اليد ما اخذت حتى ترد فكان الاقرار بالاخذ اقرارا بسبب الوجوب فدعوى
الاذن تكون دعوى البراة عن الضمان وصاحبه ينكر فكان القول قوله مع يمينه
بخلاف قوله اقرضتك لان اقراره بالقبض اقرار بالاخذ بالاذن فتصادقا
على ان الاخذ كان بالاذن والاخذ باذن لا يكون سببا لوجوب الضمان في الاصل
فكان دعوى الاقراض دعوى الاخذ بجهة الضمان فلا يصدق الا ببينة ولو قال
اودعتني الف درهم او دفعت الي الف درهم وديعة او اعطيتني الف درهم
وديعة فهلكت عندي فقال المقر له لا بل كان القول قول المقر مع يمينه
لانه ما اقر بسبب وجوب الضمان اذ المقر به هو الايداع والاعطا انهما ليسا
من اسباب الضمان ولو قال له اعرتني ثوبك او دابتك فهلكت عندي
وقال المقر له بل غصبته مني ننظر في ذلك ان هلك قبل اللبس والركوب
فلا ضمان عليه لان المقر به الاعارة وانها ليست بسبب لوجوب الضمان وان
هلك بعد اللبس والركوب فعليه الضمان لان لبس ثوب الغير وركوب
دابة الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل فكان دعوى الاذن دعوى البراة
عن الضمان فلا يثبت الا بحجة وكذلك اذا قال دفعت الي الف درهم مضاربة
فهلكت عندي فقال المقر له لا بل غصبتها مني انه ان هلك قبل التصرف فلا
ضمان عليه وان هلك بعده يضمن لما قلنا في الاعارة ولو اقر بالف درهم
موجلة بان قال لفلان علي عشرة دراهم الي شهر وقال المقر له لا بل هي حالة
فالقول قول المقر له لان هذا اقرار على نفسه ودعوى الاجل على الغير فاقراره
مقبول ولا يقبل دعواه الا بحجة ويحلف المقر له على الاجل لانه منكر للاجل
والقول قول المنكر مع اليمين وهذا بخلاف ما اذا اقر وقال كفلت لفلان
بعشرة دراهم وقال المقر له لا بل كفلت بها حالة ان القول قول المقر عند ابي
حنيفة ومحمد لان هناك الظاهر شاهد للمقر لان الكفالة تكون موجلة عادة

بخلاف الدين والله اعلم وعلى هذا اذا اقر انه اقتضي من فلان الف درهم كانت له
عليه وانكر المقر له ان يكون له عليه شي وقال هو مالي قبضته مني فالقول
قوله مع يمينه ويومر بالرد اليه لان الاقرار بالاقتضا اقرار بالقبض والقبض
سبب لوجوب الضمان في الاصل بالنص فكان الاقرار اقرارا بوجود سبب وجوب
الضمان منه فهو بدعواه القبض بجهة الاقتضا يدعي براته عن الضمان
وصاحبه ينكر ويكون القول قوله مع يمينه وكذلك اذا اقر انه قبض منه
الف درهم كانت عنده وديعة وانكر المقر له فالقول قول المقر له لما قلنا
ولو قال اسكنت فلانا بيتي ثم اخرجته وادعي الساكن انه له فالقول قول المقر
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد القول قول الساكن مع يمينه ولو
قال اعرته دابتي ثم اخذتها منه وقال صاحبها صاحبه هي لي فهو على هذا
الاختلاف وجه قولهما ان قوله اسكنته داري ثم اخرجته واعرته
دابتي ثم اخذتها منه اقرار منه باليد لهما ثم الاخذ منهما فيومر بالرد عليهما
لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترد ولهذا لو عاينا ه سكنى
الدار وزعم المقر انه اعارها منه لم يقبل قوله فكذا اذا اقر وجه قول ابي حنيفة
ان المقر به ليس هنا هو اليد المطلقة بل اليد بجهة الاعارة والسكنى وهذا
لان اليد لهما ما عرفت الا باقراره فبقيت على الوجه الذي اقر به فيرجع في
بيان كيفية اليد اليه ولو اقر فقال ان فلانا الخياط خاط قميصي بدرهم
وقبضت منه القميص وادعي الخياط انه له فهو على هذا الاختلاف الذي
ذكرنا ولو قال خاط لي هذا القميص ولم يقل قبضته لم يومر بالرد اليه
بالاجماع لانه اذا لم يقل قبضته منه ولم يوجد منه الاقرار باليد للخياط
لجواز انه خاطه في بيته فلم يثبت يده عليه فلا جبر على الرد هذا اذا لم يكن
الدار او الثوب معروفا فان كان معروفا للمقر فالقول قوله بالاجماع لانه
اذا لم يكن معروفا له كان قول صاحبه هو دعوي التملك فلا يسمع منه
الا ببينة ولو اقر ان فلانا ساكن في هذا البيت والبيت لي وادعي ذلك الرجل
البيت فهو له وعلى المقر البينة لان الاقرار بالسكنى اقرار باليد فصار هو
صاحب يد فلا يثبت الملك للمدعي الا ببينة ولو اقر ان فلانا زرع هذه
الارض او بني هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك في يدي المقر وادعي
المقر له انه له فالقول قول المقر لان الاقرار بالزرع والبنا والغرس لا يكون
اقرارا باليد لجواز وجودها في يد الغير فلا يومر بالرد اليه والله اعلم
وعلى هذا ان من اعتق عبده ثم اقر المولى انه اخذ منه هذا الشي في حال
الرق وهو قايم بعينه وقال العبد لا بل اخذته بعد العتق فالقول قول
العبد ويومر بالرد اليه بالاجماع لان قول العبد يقتضي وجوب الرد
وقول المولى لا ينفي الوجوب بل يقتضيه لان الاخذ في الاصل سبب لوجوب
ضمان الرد والاضافة الي حال الرق لا تنفي الوجوب فان المولى اذا اخذ
كسب عبده الماذون المديون يلزمه الرد اليه ولو اقر بالاتلاف بان قال
اتلفت عليك مالا وانت عبدي وقال العبد لا بل اتلفته وانت حر فالقول
قول العبد عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد القول قول

المولى

435

المولى وعلى هذا الاختلاف اذا قال المولى قطعت يدك قبل العتق وقال العبد
لا بل قطعتها بعد العتق ولو تنازعا في الضريبة فقال المولى اخذت منك ضريبة
كل شهر كذا وهي ضريبة مثله وقال لا بل كان بعد العتق فالقول قول المولى
بالاجماع وجه قول محمد وزفر ان المولى منكر وجوب الضمان فكان القول
قوله وهذا لانه اضاف الضمان الي حال الرق حيث قال اتلفت وهو رقيق والرق
ينافي الضمان اذ المولى لا يجب عليه لعبده ضمان فكان منكرا وجوب الضمان
والعبد بقوله اتلفت بعد العتق يدعي وجوب الضمان يدعي وهو ينكر فكان
القول قوله ولهذا كان القول قوله في الغلة والوطي كذا هذا وجه قول ابي
حنيفة وابي يوسف ان اعتبار قول العبد يوجب الضمان على المولى لان اتلاف
مال الحر يوجب الضمان واعتبار قول المولى لا ينفي الوجوب لانه اقر بالاخذ
والاخذ في الاصل سبب لوجوب الضمان والاضافة الي حال الرق لا تنفي الوجوب
فان اتلاف كسب العبد الماذون المديون دينا مستغرقا للرقبة والكسب
موجب للضمان فاذا وجد الموجب وانعدم المانع بقي خبره واجب القبول
بخلاف الوطي والغلة لان وطي الرقيقة لا يوجب الضمان اصلا وكذلك اخذ
ضريبة العبد وهي الغلة لا توجب على المولى فان المولى اذا اخذ ضريبة وعليه
دين مستغرق ليس للغرما حق الاسترداد على ما مر في كتاب الماذون فكان
المولى بقوله كان قبل العتق منكرا وجوب الضمان فكان القول قوله مع ان
الظاهر شاهد للمولى لان الاصل في الوطي ان لا يكون سببا لوجوب الضمان
لانه اتلاف منافع البضع والاصل في المنافع ان لا تكون مضمونة بالاتلاف فيرجح
خبر المولى بشهادة الاصل له فكان اولي بالقبول كما في الاخبار عن طهارة الما ونجاسته
فاما الاصل في اخذ المال ان يكون سببا لوجوب الضمان فكان الظاهر شاهدا
للعبد وكذلك الغلة لانها بدل المنفعة والمنافع في الاصل غير مضمونة والله اعلم
وعلى هذا اذا استامن الحربي او صار ذمة فقال له رجل مسلم اخذت منك
الف درهم وانت حربي وقال المقر له لا بل اخذته وانا مسلم او ذمي في دار الاسلام
والالف قايمة بعينها فالقول قول المقر له ويومر بالرد اليه بالاجماع ولو قال
اخذت منك الفا فاستهلكتها وانت حربي في دار الحرب او قال قطعت يدك وقال
المقر له لا بل فعلت وانا مسلم او ذمي في دار الاسلام فالقول قول المقر له ويضمن
له المقر ما قطع واتلف عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد وزفر لا يضمن
شيا وجه قول محمد وزفر ان المولى منكر وجوب الضمان لاضافة الفعل الي حالة
منافية للوجوب وهي حالة الحراب والقول قول المنكر وجه قول ابي حنيفة
وابي يوسف ان الظاهر شاهد للعبد اذ العصمة اصل في النفوس والسقوط
بعارض المسقط والقول قول من يشهد له الاصل وعلى هذا اذا قال لفلان
علي الف درهم ولم يذكر الوزن يلزمه الف درهم وزنا لا عددا لان الدراهم
في الاصل موزونة الا اذا كان الاقرار في بلدة دراهمها عددية فينصرف الي
العدد المتعارف ولذلك اذا ذكر العدد بان قال لفلان علي الف درهم
عددا يلزمه الالف درهم وزنا ويلغو ذكر العدد ويقع على ما تعارفه
اهل البلد من الوزن وهو في ديارنا والخراسان والعراق وزن سبعة وهو

الذي يكون كل عشرة منها سبعة مثاقيل فان كان الاقرار في هذه البلاد يلزمه بهذا
الوزن وان كان الاقرار في بلد يتعاملون فيه بدراهم وزنها ينقص عن وزن سبعة
يقع اقراره على ذلك الوزن لانصراف مطلق الكلام الى المتعارف حتى لو ادعى وزنا
اقل من وزن بلده لا يصدق لانه يكون رجوعا ولو كان في البلد اوزان مختلفة يعتبر
فيه الغالب كما في نقد البلد فان استوت يحمل على اقل الاوزان لان الاقل متيقن به
والزيادة مشكوك فيها والموجود في الذمة او لم يكن فلا ثمنى وقع الشك في ثبوته
فلا يثبت مع الشك ولو سمى زيادة على وزن البلد او انقص منه بان قال لفلان
على الف درهم وزن خمسة ان كان موصولا يقبل والا فلا لان اسم الدراهم يحتمله
لكنه خلاف الظاهر فاحتمل البيان الموصول ولا يصدق اذا فصل لانصراف الاوهام
عند الاطلاق الى وزن البلد فكان الاخبار عن غيره رجوعا فلا يصح وكذلك اذا قال
لفلان على الف درهم مثاقيل يلزمه ذلك لانه زاد على الوزن المعروف وهو غير متهم
في الاقرار على نفسه بالزيادة فيقبل منه ولو اقر وهو ببغداد فقال لفلان على
الف درهم طبرية يلزمه الف درهم طبرية لكن بوزن سبعة لان قوله طبرية
خرج وصفا للدراهم اي دراهم منسوبة الى طبرستان فلا يوجب تغيير وزن
البلد وكذلك اذا قال لفلان على كر حنطة موصلية والمقر ببغداد يلزمه حنطة
موصلية لكن بكيل بغداد لما قلنا ولو قال لفلان على دينار شامي او كوفي فعليه
ان يعطيه دينارا واحدا وزنه مثقال ولا يجوز ان يعطيه دينارين وزنهما
جميعا مثقال بخلاف الدراهم لانه اذا اعطاه درهمين صغيرين مكان درهم
واحد كبير انه يجوز يجبر على القبول كذا ذكر في الكتاب وكان في عرفهم ان الدينار
اذا كان ناقص الوزن يكون ناقص القيمة فكان نقصان الوزن فيه وضعيه لذلك
اعتبر الوزن والقدر جميعا وفي الدراهم بخلافه فاما في عرف ديارنا فالعبرة للوزن
فسوا اعطاه دينارا واحدا او دينارين يجبر على القبول بعد ان يكون وزنهما
مثقالا وكذلك لو قال لفلان على قفيز حنطة وهو بقفيز البلد وكذلك الاوقار
والامنان لما قلنا في الدراهم والله اعلم واما الذي يدخل في قدر المقر به فهو ان
يكون المقر به مجهول القدر وانه في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان يذكر
عددا واحدا واما ان يجمع بين عددين فالاول نحو ان يقول لفلان على دراهم
او دنانير لا يصدق في اقل من ثلثة لان الثلاثة اقل الجمع الصحيح فكان ثابتا
بيقين وفي الزيادة عليها شك وحكم الاقرار لا يلزم بالشك ولو قال لفلان على
دريهم او دنينير فعليه درهم تام ودينار تام كامل لان التصغير له قد يذكر
لصغر الحجم وقد يذكر لاستحقار الدرهم واستقلاله وقد يكون يذكر لنقصان
الوزن فلا ينقص عن الوزن بالشك وروي عن ابي يوسف فيمن قال لفلان
عليه شي من دراهم او شي من الدراهم ان عليه ثلاثة دراهم لانه اجمل الشي
وفسره بدراهم اي الشي الذي هو دراهم كما في قوله تعالى فاجتنبوا الرجس
من الاوثان اي الرجس التي هي اوثان ولو والله اعلم ولو قال لفلان على دراهم
مضاعفة لا يصدق في اقل من ستة لان اقل الجمع الصحيح للدراهم ثلاثة واقل
التضعيف مرة من واحدة واذا ضعفنا ثلثة مرة واحدة يصير ستة ولو
قال لفلان على دراهم اضعافا مضاعفة لا يصدق في اقل من ثمانية عشر

لما بينا ان الدراهم المضاعفة ستة واقل اضعاف الستة ثلاث مرات فذلك
ثمانية عشر ولو قال لفلان على عشرة دراهم واضعافها مضاعفة لا يصدق
لاقل من ثمانين لانه ذكر عشرة دراهم وضعف عليها اضعافها مضاعفة واقل
اضعاف العشرة ثلاثون فذلك اربعون واقل تضعيف الاربعين مرة
فذلك ثمانون وروي عن محمد فيمن قال لفلان على غير الف ان عليه الفين
ولو قال غير الالفين عليه اربعة الاف لان غير من اسماء الاضافة فيقتضي
ما يغايره لاستحالة مغايرة الشي نفسه فاقتضى الفا تغاير الالف الذي
عليه فصار معناه لفلان على الف غير الف اي غير هذا الالف الف اخر فكان
اقرارا بالفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير الفين ويحتمل ان يكون قوله
غير الف اي مثل الف لان المغايرة من لوازم المماثلة لاستحالة كون الشي
مماثلا لنفسه وكذا قيل في حدها غيران كل واحد منها ينوب مناب صاحبه
ويسد مسده والملازمة بين شيئين طريق الكناية فصحت الكناية عن
المماثلة بالمغايرة فاذا قال لفلان على غير الف فكانه قال مثل الف ومثل الالف
الف مثله فكان بالفين وكذا هذا الاعتبار في قوله غير الفين ولو قال على
زهاء الف او عظم الف او جل الف فعليه خمسماية وشي لان هذه عبارات
عن اكثر هذا القدر في العرف وكذا اذا قال قريب من الف لان خمسماية
شي اقرب الى الالف من خمسماية ولو قال لفلان على دراهم كثيرة لا يصدق
في اقل من عشرة دراهم عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يصدق
في اقل من مايتين وجه قولهما ان المقر به دراهم كثيرة وما دون المايتين
في حد القلة ولهذا لم يعتبر ما دونه نصاب الزكاة وجه قول ابي حنيفة
رحمه الله انه جعل الكثرة صفة الدراهم واكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم
العشرة انه اذا زاد على العشرة يقال احد عشر درهما واثني عشر درهما هكذا
ولا يقال دراهم فكانت العشرة اكثر ما يستعمل فيه اسم الدراهم فلا يلزمه
الزيادة عليها ولو قال لفلان على مال عظيم او كثير لا يصدق في اقل من
مايتي درهم في المشهور وروي عن ابي حنيفة ان عليه عشرة وجه ما روي
عنه انه وصف المال بالعظم والعشرة لها عظم في الشرع الا ترى انه علق قطع
اليد بها في باب السرقة وقدر بها بدل البضع وهو المهر في باب النكاح وجه
القول المشهور ان العشرة لا تستعظم في العرف وانما يستعظم النصاب
ولهذا استعظمه الشرع حيث وجوب المعظم وهو الزكاة به فكان هذا اقل ما
استعظمه الشرع عرفا فلا يصدق في اقل من ذلك وقيل ان كان الرجل غنيا
يقع على ما يستعظم عند الاغنيا وان كان فقيرا يقع على النصاب ولو قال على
اموال عظام فعليه ستماية درهم لان عظام جمع عظيم واقل الجمع الصحيح ثلثة
وهذا على المشهور من الروايات فاما ما روي عن ابي حنيفة انه يقع على ثلثين
درهما ولو قال غصبت فلانا ابلا كثيرة فهو على خمسة وعشرين لانه وصف
بالكثرة ولا تكثر الا اذا بلغت نصابا يجب الزكاة فيها من جنسها واقل ذلك خمسة
وعشرون ولو قال لفلان على حنطة كثيرة فعند ابي حنيفة رحمه الله البيان
اليه وعندهما لا يصدق في اقل من خمسة اوسق بنا على ان النصاب في باب

العشر لبس بشرط عند ابي حنيفة وعندهما شرط ولو قال لفلان علي ما بين مائة
الى مائتين او من مائة الى مائتين فعليه مائة وتسعة وتسعون وكذلك اذا
قال لفلان علي ما بين درهم الى عشرة فعليه تسعة دراهم عند ابي حنيفة
وعندهما عليه عشرة وعند زفر عليه ثمانية عشر ولو قال ما بين هذين
الحائطين لفلان لم يدخل الحائطان في اقراره بالاجماع وكذلك لو وضع بين يديه
عشرة مرتبة فقال ما بين هذا الدرهم الى هذا الدرهم واشار الى الدرهمين
لفلان لم يدخل الدرهمان تحت الاقرار بالاتفاق والاصل في هذا ان الغايتان
لا يدخلان وعندهما يدخلان وعند ابي حنيفة يدخل الاول دون الاخر
وجه قول زفر ان المغيا ما ضربت له الغاية لا الغاية فلا تدخل الغاية تحت
ما ضربت له الغاية ولهذا لم يدخل في باب البيع وجه قولهما انهما لما جعلها
غايتين فلا بد من وجودهما ومن ضرورة وجودهما لزومهما وجه قول
ابي حنيفة الرجوع الى العرف والعادة فان من تكلم بمثل هذا الكلام يريد
به دخول الغاية الاولى دون الثانية الا ترى انه اذا قيل من انسان ما
بين تسعين الى مائة لا يريد به دخول الثانية كذا ههنا ولو قال لفلان
علي ما بين كر شعير الى كر حنطة الا قفيزا على قياس قول ابي حنيفة وعندهما
عليه كران ولو قال لفلان علي من درهم الى عشرة دنانير او من دينار الى
عشرة دراهم فعند ابي حنيفة عليه اربعة دنانير وخمسة دراهم يجعل
الغاية الاخيرة من افضلهما وعندهما عليه خمسة دراهم وخمسة دنانير
وعند زفر عليه من كل جنس اربعة ولو قال له علي من عشرة دراهم الى عشرة
دنانير عليه عشرة دراهم وتسعة دنانير عند ابي حنيفة وكذلك لو قال
له علي عشرة دنانير الى عشرة دراهم قدم او اخر وعندهما عليه الكل
وكذلك هذا الاختلاف في الوصية والطلاق ولو قال لفلان خمسة دراهم
في خمسة دراهم ونوى الضرب والحساب فعليه خمسة وقال زفر عليه
خمسة وعشرون وجه قوله ان خمسة في خمسة على طريق الضرب والحساب
خمسة وعشرون فيلزمه ذلك ولنا ان الشي لا يتكثر في نفسه بالضرب
وانما يتكثر باجزائه فخمسة في خمسة له خمسة اجزا فيلزمه ذلك بالاقرار
وان نوى به خمسة مع خمسة فعليه عشرة لان في يحتمل مع لمناسبة بينهما
في معنى الانضمام ولو اقر بتمر في قوصرة فعليه التمر والقوصرة جميعا وكذلك
غصبت من فلان ثوبا في منديل يلزمه الثوب والمنديل وهذا عندنا
وقال الشافعي لا يلزمه الظرف ولو اقر بدابة في اصطبل لا يلزمه الاصطبل
بالاجماع وجه قول الشافعي ان الداخل تحت الاقرار التمر والثوب لا
القوصرة والمنديل انما ذكر ذلك ظرفا والاقرار بشي في ظرفه لا يكون
اقرارا به وبظرفه كالاقرار بدابة في الاصطبل وبنخلة في البستان انه
لا يكون اقرارا بالاصطبل والبستان ولنا ان الاقرار بالتمر في قوصرة
اقرار بوجود سبب وجوب الضمان فيهما وكذلك الاقرار بغصب
الثوب في منديل لان الثوب يغصب مع المنديل الملفوف فيه عادة
وكذلك الثوب التمر مع القوصرة واما غصب الدابة مع الاصطبل فغير

من صح

معتاد

معتاد معا ان العقار لا يحتمل الغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال
لفلان علي ثوب في ثوب فعليه ثوبان لما قلنا ولو قال ثوب في عشرة اثواب فليس
عليه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وعند محمد عليه احد عشر ثوبا وجه قول
محمد انه جعل عشرة اثواب لظرف واحد وذلك محتمل بان يكون في وسط العشرة
فاشبه الاقرار بثوب في منديل او في ثوب وجه قول ابي يوسف ان ما ذكره محمد
رحمه الله ممكن لكنه غير معتاد ومطلق الكلام للمعتاد هذا اذا ذكر عددا واحدا
مجملا فان ذكر عددا واحدا معلوما لكن اضافه الى صنفين بان قال لفلان علي
مائة مثقال ذهب وفضة او كر حنطة وشعير فله من كل واحد منهما النصف
وكذلك لو سمى اجناسا فعليه من كل واحد الثلث وكذلك لو تزوج على ذلك لانه
ذكر عددا واحدا واضافه الى محدودين من غير بيان حصة كل واحد منهما فيكون
حصة كل واحد منهما منه على السوا كما اذا اضافه الى شخص بان اقر بمائتي درهم
لرجلين فان لكل واحد منهما النصف كذا هذا ولو قال استودعني ثلاثة اثواب
زطي ويهودي فالقول قول المقر انه شاء جعل زطيين ويهوديا لانه جعل
الاثواب الثلثة من جنس الزطي واليهودي فيكون زطي ويهودي مرادا بيقين
فكان البيان في الاخر اليه لتعذر اعتبار المساواة فيه ولو قال استودعني عشرة
اثواب هروية ومروية كان من كل صنف النصف لان اعتبار المساواة ههنا
ممكن واما اذا جمع بين عددين فلا يخلوا اما ان جمع بين عددين مجملين واما
ان اجمل احدهما وبين الاخر وان جمع بين عددين مجملين بان قال لفلان
علي كذا كذا درهما لا يصدق في اقل من احد عشر درهما لانه جمع بين عددين
مبهمين وجعلهما اسما واحدا من غير حرف الجمع وذلك يحتمل احدى عشر
واثني عشر هكذا الى تسعة عشر الا ان اقل عدد يعبر عنه بهذه الصيغة
احد عشر فيحمل عليه لكونه متيقنا به ويلزمه احد عشر درهما لانه فسر هذا
العدد بالدراهم لا بغيره ولا ولو قال لفلان علي كذا وكذا درهما لا يصدق في
اقل من احد وعشرين درهما لانه جمع بين عددين مبهمين بحرف الجمع وجعلهما
اسما واحدا واقل ذلك احد وعشرون واما اذا اجمل احدهما وبين الاخر فنحو
ان يقول لفلان علي عشرة دراهم ونيف فعليه عشرة والقول قوله في النيف
من درهم او اكثر او اقل لانه عبارة لمطلق الزيادة ولو قال لفلان بضع وخمسون
درهما لا يصدق في بيان البضع في اقل من ثلثة دراهم لان البضع في اللغة
اسم لقطعة من العدد في عرف اللغة يستعمل في الثلاثة الى التسع فيحمل على
اقل المتعارف لانه متيقن به ولو قال لفلان علي عشرة ودانق او قيراط فالدانق
والقيراط سدس من الدرهم لانه عبارة عن جزو من الدرهم كانه قال لفلان علي
عشرة وسدس ولو قال لفلان علي مائة ودرهم فالمائة دراهم ولو قال مائة
ودينار فالمائة دنانير ويكون المعطوف عليه من جنس المعطوف وهذا استحسان
والقياس ان يلزمه درهم والقول قوله في المائة وجه القياس انه ابهم
المائة وعطف الدرهم عليها فيعتبر تصرفه على حسب ما اوقعه فيلزمه
درهم والقول في المبهم قوله وجه الاستحسان ان قوله لفلان مائة
ودرهم اي مائة درهم ودرهم هذا معنى هذا في عرف الناس الا انه حذف

الدرهم طلبا للاختصار على ما عليه عادة العرب من الاضمار والحذف في الكلام وكذلك
لو قال لفلان علي مائة وشاة فالمائة من الشياة عليه عرف الناس ولو قال لفلان علي
مائة وثوب فعليه ثوب والقول في المائة قوله لان مثل هذا لا يستعمل في بيان كون
المعطوف عليه من جنس المعطوف فبقيت المجملة المائة فكان البيان فيما اجمل عليه
وكذلك اذا قال مائة وثوبان ولو قال مائة وثلثة اثواب فالكل ثياب لان قوله
مائة وثلثة كل واحد منهما مجمل وقوله اثواب يصلح تفسيرا لهما فجعل تفسيرا لهما
وكذلك روي عن ابي يوسف فيمن قال لفلان علي عشرة وعبدان عليه عبدان والبيان
في العشرة اليه وكذلك اذا قال عشرة ووصيفان عليه وصيفان والبيان في العشرة
اليه والله اعلم ولو اقر لرجل بالف في مجلس ثم اقر له بالف اخرى نظر في ذلك بان اقر
له في مجلس اخر فعليه الفان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد عليه الف واحد
وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة ايضا وان اقر له في مجلس واحد فعندهما لا
يشكل ان عليه الفا واحدا واما عن ابي حنيفة ذكر الكرخي ان عليه الفين وذكر
عن الطحاوي ان عليه الفا واحدا وهو الصحيح وجه قول ابي يوسف ومحمد ان العادة
جرت بين الناس بتكرار الاقرار بمال واحد في مجلسين مختلفين لتكثير الشهود كما
جرت العادة بذلك في مجلس واحد لتفهيم الشهود فلا يحمل على انشاء الاقرار مع الشك
وجه قول ابي حنيفة ان الالف المذكور في الاقرار الاول لانه ذكر كل واحد من
الالفين منكرا والاصل ان النكرة اذا كررت يراد بالثاني غير الاول قال الله تعالى
ان مع العسر يسرا حتى قال ابن عباس رضي الله عنهما لن يغلب عسر يسرين الا انا
تركنا هذا الاصل في المجلس للعادة **فصل** واما شرايط الركن فانواع لكن بعضها
يعم الاقارير وبعضها يخص البعض دون البعض اما الشرايط العامة فانواع منها
العقل فلا يصح اقرار المجنون والصبي الذي لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط فيصح
اقرار الصبي العاقل بالدين والعين لان ذلك من ضرورات التجارة على ما ذكرنا
في كتاب الماذون الا انه لا يصح اقرار المحجور لانه من التصرفات الضارة المحضة
من حيث الظاهر والقبول من الماذون للضرورة ولم يوجد واما الحرية فليست
بشرط لصحة الاقرار فيصح اقرار العبد الماذون بالدين والعين لما بينا في كتاب الماذون
وكذا بالحدود والقصاص وكذا العبد المحجور يصح اقراره بالمال لكن لا ينفذ على المولى
حتى لا تباع رقبته بالدين بخلاف الماذون لان اقرار الماذون بالدين انما صح من كونه
من ضرورات التجارة كما على ما ذكرنا في كتاب الماذون والمحجور لا يملك التجارة فلا
يملك ما هو من ضروراتها الا انه يصح اقراره في حق نفسه حتى يواخذ به بعد الحرية
لانه من اهل الاقرار لوجود العقل والبلوغ الا انه امتنع النفاذ على المولى للحال
لحقه فاذا اعتق فقد زال المانع فيواخذ به وكذا يصح اقراره بالحدود والقصاص
ويواخذ به للحال لان نفسه في حق الحدود والقصاص كالخارج عن ملك المولى
ولهذا لو اقر المولى بالحدود والقصاص لا يصح وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الاقرار
والمرض ليس بمانع حتى يصح اقرار المريض في الجملة لان صحة اقرار الصحيح لرجحان جانب
الصدق على جانب الكذب وحال المريض ادل على الصدق فكان اقراره اولى بالقبول
على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى وكذلك الاسلام ليس بشرط لصحة الاقرار
لانه في الاقرار على نفسه غير متهم ومنها ان لا يكون متهما في اقراره لان التهمة تخل

برجحان جانب الصدق على جانب الكذب في اقراره لان الانسان على نفسه شهادة
قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء ولو على انفسكم والشهادة
على نفسه اقرار دل ان الاقرار شهادة وانها ترد بالتهمة وفروع هذه المسايل في
خلال المسايل ان شاء الله تعالى ومنها التطوع حتى لا يصح اقرار المكره لما ذكرنا في كتاب
الاكراه ومنها ان يكون المقر له معلوما حتى لو قال رجل ان لفلان علي واحد منا
الف درهم لا يصح لانه اذا لم يكن معلوما لا يتمكن له المقر له من المطالبة فلا يكون
في هذا الاقرار فايدة وكذلك اذا قال احدهما غصب واحد منا وكذلك اذا قال
منا زنا او سرق او زنا او شرب او قذف لان من عليه الحد غير معلوم فلا يمكن
اقامة الحد واما ما يخص بعض الاقارير فمعرفته مبنية على معرفة انواع المقر به فنقول
ولا قوة الا بالله ان المقر به في الاصل نوعان احدهما حق الله تعالى والثاني حق العبد
اما حق الله تعالى فنوعان ايضا احدهما ان يكون خالصا لله تعالى وهو حد الزنا
والسرقة والشرب والثاني للعبد فيه حق وهو حد القذف ولصحة الاقرار بها شرايط
نذكر في كتاب الحدود ان شاء الله تعالى **فصل** واما حق العبد فهو المال من العين
والدين والنسب والقصاص والطلاق والعتاق ونحوها ولا يشترط لصحة الاقرار
بها ما يشترط لصحة الاقرار بحقوق الله تعالى وهي ما ذكرنا من العدد ومجلس القضاء
والعبارة حتى ان الاخرس اذا كتب الاقرار بيده او اومى ايماء يعرف انه اقرار بهذه الاشياء
يجوز بخلاف الذي اعتقل لسانه لان للاخرس اشارة مفهومة فاذا اتى بها يحصل العلم بالمشار
وليس ذلك لمن اعتقل لسانه ولان اقامة الاشارة مقام العبارة امر ضروري والخرس
ضرورة لانه اصلي فاما اعتقال اللسان فليس من باب الضرورة لكونه على شرف الزوال
بخلاف الحدود لانه لا يجعل ذلك اقرارا بالحدود لما بينا ان مبنى الحدود على صريح البيان
فانه اذا اقر مطلقا عن صفة التعمد مذكر الة والة عليه وهي السيف ونحوه يستوفي
بمثله القصاص وكذا لا يشترط لصحة الاقرار بها الصحو حتى يصح اقرار السكران لانه لا يصدق
في حق المقر له انه غير صاحي ولانه يترك عقله فانما في حق هذه التصرفات فيلحق فيها بالصاحي
مع زواله حقيقة عقوبة عليه وحقوق العباد تثبت مع الشبهات بخلاف حقوق الله تعالى
لكن الشرايط المختصة بالاقرار بحقوق العباد نوعان نوع يرجع الى المقر له ونوع يرجع
الى المقر به اما الذي يرجع الى المقر له فنوع واحد وهو ان يكون معلوما موجودا
كان او حملا حتى لو كان مجهولا بان قال لواحد من الناس او لزيد علي الف درهم لانه لا
اخذ مطالبته فلا يفيد الاقرار حتى لو عين واحدا بان قال عنيت به فلانا يصح ولو
ولو قال لحمل فلانة علي الف درهم فان بين جهة يصح وجوب الحق للحمل من تلك الجهة
بان قال المقر اوصى بها فلان او مات ابوه فورث صح لان الحق يجب له من هذه الجهة
فكان صادقا في اقراره فيصح وان اجمل الاقرار لا يصح عند ابي يوسف وعند محمد يصح
وجه قول محمد ان اقرار العاقل يجب حمله على الصحة ما امكن وامكن حمل اقراره على
جهة مصححة له وهي ما ذكرنا فوجب حمله عليه وجه قول ابي يوسف ان الاقرار المبهم
لجهة الصحة والفساد لانه ان كان يصح بالحمل على البيع والغصب والقرض فلا يصح مع
الشك معا ان الحمل في نفسه يحتمل الوجود والعدم والشك من وجه واحد يمنع
صحة الاقرار فمن وجهين اولى والله اعلم هذا اذا اقر للحمل اما اذا اقر بالحمل بان اقر
بحمل جارية او بحمل شاة لرجل صح ايضا لان حمل الجارية والشاة مما يحتمل الوجوب

في الذمة بان اوصى له به مالك الجارية والشاة فاقربه والله اعلم واما الذي يرجع الي المقر
به اما الاقرار بالعين والدين فشرط صحته الفراغ عن تعلق حق الغير فان كان مشغولا
بحق الغير لم يصح لان حق الغير معصوم محترم فلا يجوز ابطاله من غير رضاه فلا

محل صح

بد من معرفة وقت التعلق ومعرفة التعلق اما وقت التعلق فهو وقت مرض الموت
فما دام المديون صحيحا فالدين في ذمته فاذا مرض مرض تعلق بتركته اي يتعين فيها
ويتحول من الذمة اليها الا انه لا يعرف كون المريض مرض الموت الا بالموت
فاذا اتصل به تبين ان المرض كان مرض الموت من وقت وجوده فتبين ان
التعلق ثبت من ذلك الوقت وبيان ذلك ببيان حكم اقرار المريض والصحيح وما
يفترقان فيه وما يتصل به وما يستويان فنقول وبالله التوفيق اقرار المريض

اقرار المريض

في الاصل نوعان اقراره بالدين لغيره واقراره باستيفاء الدين من غيره اما
اقراره بالدين لغيره فلا يخلوا من احد وجهين اما ان اقر به لاجنبي او لوارث
فان اقر به لوارث لا يصح الا باجازة الباقين عندنا وعند الشافعي يصح وجه
قول الشافعي ان جهة الصحة للاقرار هي رجحان جانب الصدق على جانب الكذب
وهذا في الوارث مثل ما في الاجنبي ثم يقبل اقرار الاجنبي كذا الوارث ولنا
ما روي عن عمر وابنه عبد الله رضي الله عنهما انهما قالا اذا اقر المريض لوارثه
لم يجز واذا اقر لاجنبي جاز ولم يرد عن غيرهما خلاف ذلك فيكون اجماعا
ولانه متهم في هذا الاقرار لجواز انه اثر بعض الورثة على بعض بميل الطبع او بعضا
حق موجب التعب على الاحسان وهو لا يملك ذلك بطريق التبرع والوصية فاراد
تنفيذ غرضه بصورة الاقرار من غيران يكون للوارث عليه دين فكان متهما في
اقراره فيرد ولانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الورثة بماله ولهذا لا يملك
ان يتبرع عليه بشي من الثلث مع انه خالص ملكه لا حق لاجنبي فيه فكان اقرارا
للبعض ابطالا لحق الباقين فلا يصح في حق لان الوصية لم تجز لوارث فالاقرار اولى
ولانه لو جاز الاقرار لم ينفع بطلان الوصية لانه يميل الى الاقرار اختيارا للايثار
بل هو من الوصية لانه لا يذهب بالوصية الا الثلث وبالاقرار يذهب جميع المال
فكان ابطال الاقرار ابطال الوصية بالطريق الاولى ويصح اقرار الصحيح لوارث
لان ما ذكرنا من الموانع منعدمة في اقراره هذا اذا الوارث فان اقر لاجنبي فان
لم يكن عليه دين ظاهر معلوم في حالة الصحة يصح اقراره من جميع التركة استحسانا
والقياس ان لا يصح الا في الثلث وجه القياس ان حق الورثة بما زاد على الثلث
متعلق ولهذا لم يملك التبرع بما زاد على الثلث لكنا تركنا القياس بالاثر
وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال اذا اقر المريض بدين لاجنبي
جاز ذلك من جميع تركته ولم يعرف فيه من الصحابة مخالف فيكون اجماعا
ولانه في الاقرار للاجنبي غير متهم فيصح ويصح اقرار الصحيح للاجنبي من جميع المال
لانعدام تعلق حق الورثة بماله في حالة الصحة بل الدين في الذمة وانما يتعلق
بالتركة حالة المرض وكذا لو اقر الصحيح بديون لاناس كثيرة متفرقة فان اقر بدين
ثم بدين جاز كله عليه لان حالة الصحة حال الاطلاق لوجود الموجب للاطلاق
وانما الامتناع لعارض تعلق الورثة او للتهمة وكل ذلك هاهنا منعدم ويستوي
فيه المتقدم والمتاخر لحصول الكل في حالة الاطلاق ولو اقر المريض بديون لاناس

متفرقة فاقر بدين ثم بدين جاز ذلك كله واستوى فيه المتقدم والمتاخر لاستواء الكل في
التعلق لاستوائهما في زمان التعلق وهو زمان المرض اذ زمان المرض مع امتداده وتجدد
امثاله حقيقة بمنزلة زمان واحد في الحكم فلا يتصور فيه التقدم والتاخر ولو اقر
وهو مريض بدين ثم بعين بان اقر ان هذا الشي الذي في يده وديعة فهو دينان ولا
يتقدم الوديعة لان اقراره بالدين قد صح فاوجب تعلق حق الغرما بالعين لكونها
مملوكة له من حيث الظاهر فالاقرار بالوديعة لا يبطل التعلق لان حق الغير يصان
عن الابطال ما امكن وامكن ان يجعل ذلك اقرارا بالدين لان اقراره باستهلاك
الوديعة يتقدم الاقرار بالدين عليه واذا صار مقرا باستهلاك الوديعة فالاقرار
باستهلاك الوديعة يكون اقرارا بالدين لذلك كانا دينين ولو اقر بالوديعة اولا ثم
اقر بالدين فالاقرار بالوديعة اولى لان الاقرار بالوديعة لما صح خرجت الوديعة من
ان تكون محلا للتعلق لخروجها عن ملكه فلا يثبت التعلق بالاقرار لان حق غريم
المرض يتعلق بالتركة لا بغيرها ولم يوجد وكذلك لو اقر المريض بمال في يده
انه بضاعة او مضاربة فحكمه وحكم الوديعة سوا والله اعلم هذا اذا اقر المريض
بالدين وليس عليه دين ظاهر معلوم في حال الصحة تعين اقراره فاما اذا كان عليه
ظاهر معلوم بغير اقراره ثم اقر بدين اخر نظر في ذلك فان لم يكن المقر به ظاهرا معلوما
بغير اقراره يقدم الديون الظاهر لغرما الصحة في القضا فيقضي دينهم اولا من
التركة فما فضل يصرف الى غرما الصحة وهذا عندنا وعند الشافعي هما يستويان
وجه قوله ان غريم المرض مع غريم الصحة استويا في سبب الاستحقاق وهذا
لان الاقرار انما كان سببا لظهور الحق لرجحان جانب الصدق على جانب الكذب وحالة
المرض ادل على الصدق لانه حالة يتدارك الانسان فيها ما فرط في حالة الصحة
فكان الصدق فيها اغلب فكان اولى بالقبول ولنا ان شرط صحة الاقرار في حق غريم
الصحة لم يوجد فلا يصح في حقه ودليل ذلك ان الشرط فراغ المال عن تعلق حق
الغير به لما بينا ولم يوجد لان حق غريم الصحة متعلق بماله من اول المرض بدليل
انه لو تبرع بشي من ماله لا ينفذ تبرعه ولولا تعلق حق الغير به لنفذ لانه حينئذ
كان التبرع تصرفا من الاهل في محل هو خالص ملكه وحكم الشيوع في مثله النفاذ
فدل عدم النفاذ على تعلق النفاذ واذا ثبت التعلق فقد انعدم الفراغ الذي
هو شرط صحة الاقرار في حق غريم الصحة فلا يصح في حقه ولانه اذا لم يعلم وجوبه
بسبب ظاهر معلوم سوى اقراره كان متهما في هذا الاقرار في حق غرما الصحة لجواز
ان يكون له ضرب عناية في حق شخص يميل طبعه الى الاحسان اليه او بينهما حقوق
بعثه على المعروف والصلة في حقه ولا يملك ذلك بطريق التبرع فيريد تحصيل
مراده بصورة الاقرار فكان متهما في حق اصحاب الديون الظاهرة انه اظهر
الاقرار من غير ان يكون عليه دين فيرد اقراره بالتهمة وكذلك اذا كان عليه دين
الصحة فاقر بعبد في يده انه لفلان لا يصح اقراره في حق غرما الصحة ولو كانوا احق
بالغرما من الذي اقر له لانه لما مرض مرض الموت فقد تعلق حق الغرما بالعبد لما بينا
فكان الاقرار بالعبد لفلان ابطالا لحقهم فلا يصح اقراره في حقهم هذا الذي ذكرنا
اذا لم يكن الدين المقر به ظاهرا معلوما بغير اقراره فاما اذا كان بان كان بدلا عن
مال ملكه كبدل القرض وثمن البيع او بدلا عن ما استهلكه فهو بمنزلة دين الصحة

ويقدمان جميعا علي دين المرض لانه اذا كان ظاهرا معلوما بسبب معلوم لا يتهم في اقراره
والله اعلم وكذلك اذا تزوج امراة في مرضه بالف درهم جاز ذلك علي غرما الصحة
والمراة تحاصهم بمهرها لانه لما جاز النكاح ولا يجوز الا بوجوب المهر كان وجوبه
ظاهرا معلوما بظهور سبب وجوبه وهو النكاح فلم يكن وجوبه محتملا للرد فيتعلق
بماله ضرورة تحققه ان النكاح اذا لم يجز بدون وجوب المهر والنكاح من الحوائج
الاصلية للانسان فكذا وجوب المهر الذي هو من لوازمه شرعا والمريض غير محجور
عن صرف ماله الي حوائجه الاصلية كثمن الاغذية والادوية وان كان عليه دين
الصحة وللصحيح ان يوثر بعض الغرما حتي انه لو قضي دين احدهم لا يشاركه فيه الباقون
لما بينا ان الدين في حالة الصحة لم يتعلق بالمال بل هو في الذمة فلا يكون في ايثار
البعض ابطال حق الباقين الا ان يقر لرجلين بدين واحد ثم ما قبض احدهما منه
شيا كان لصاحبه ان يشاركه فيه لانه قضي دينا مشتركا فكان المقبوض علي الشركة
وليس للمريض ان يوثر بعض غرمايه علي بعض سوا كانوا غرما المرض او غرما
الصحة حتي انه لو قضي دين احدهم شاركه الباقون في المقبوض لان المرض
اوجب تعلق الحق بالتركة وحقوقهم في التعلق علي السوا فكان ايثار البعض ابطال
حق الباقين الا ان يكون ذلك بدل قرض او ثمن مبيع بان استقرض في مرضه او
اشتري شيا بمثل قيمته وكان ذلك ظاهرا معلوما فله ان يقضي القرض وينقد
الثمن ولا يشاركه الغرما في المقبوض والمنقود لان الايثار في هذه الصورة ليس
ابطالا لحق الباقين لان حقوقهم متعلقة بمعني التركة لا بصورتها والتركة قايمة
من حيث المعني لقيام بدلها لان بدل الشي يقوم مقامه كانه هو فلم يكن ذلك
ابطالا معني ولو تزوج امراة او استاجر اجيرا فنقدها المهر والا والاجرة لا يسلم
لهما المنقود بل الغرما يتبعونها ويحاصونها بديونهم وكانوا اسوة الغرما لان التسليم
اعني جعل المنقود سالما لهما ابطال لحق الغرما صورة ومعني لان المهر بدل
عن ملك النكاح وملك النكاح لا يحتمل تعلق حق الغرما به وكذلك الاجرة بدل
عن المنفعة المستوفاة وهي مما لا يحتمل تعلق الحق به لذلك لزم الاستوا في القسمة
والله اعلم وعلي هذا الاصل تخرج تقديم الدين علي الوصية والميراث لان الميراث
حق وضع في المال الفارغ عن حاجة الميت فاذا مات وعليه دين مستغرق
للتركة فالتركة مشغولة بحاجته فلم يوجد شرط جريان الارث فيه وقال الله
تعالي من بعد وصية يوصي بها او دين فقد قدم الدين علي الميراث وسوا كان
دين الصحة او دين المرض لان الدليل لا يوجب الفصل بينهما وهو ما بينا واذا
اجتمعت الديون فالغرما يقتسمون التركة علي قدر ديونهم بالحصص ولو توي
شي من التركة قبل القسمة اقتسموا الباقي بينهم بالحصص ويجعل التاوي كانه
لم يكن اصلا لان حق كل واحد منهم تعلق بكل جزء من التركة فكان الباقي بينهم
علي قدر ديونهم

فصل

واما بيان محل تعلق الحق فمحل تعلق الحق هو
المال لان الدين يقضي من المال لا من غيره فيتعلق حق الغرما بكل متروك هو
مال من العين والدين ودية المديون وارش الجنايات الواجبة له بالجناية
عليه خطا او عمدا لان كل ذلك مال ولا يتعلق بالقصاص في النفس وما دونها
حتي لا يصح عفوهم لانه ليس بمال ولو عفي بعض الورثة عن القصاص حتي انقلب

نصيب الباقين مالا يتعلق به حق الغرما به ويقضي منه ديونهم لانه بدل نفس المقتول
فكان حقه فيصرف الي ديونه كسا ير اموا له المتروكة وكذلك المديون اذا كانت
امراة يتعلق حق الغرما بمهرها ويقسم بينهم بالحصص لان المهر مال والله اعلم
وما عرف من احكام الاقارير وتفاصيلها في الصحة والمرض في اقرار الحر فهو اقرار
الحكم في اقرار العبد الماذون لانه يملك الاقرار بالدين والعين لكونه من ضرورات
التجارة علي ما بينا في كتاب الماذون فكان هو في حكم الاقرار والحر سوا ولو تصرف
الماذون في مرضه جازت محاباة من جميع المال ومحاباة الحر المريض لا تجوز الا
من الثلث ووجه الفرق ان انحجار الحر عن المحاباة لتعلق حق الورثة والعبد لا ارث
له وحكم تصرفه يقع لمولاه فاشبه الوكيل بالبيع اذا باع في مرض موته وحابا انه تجوز
محاباته من جميع المال كذا هذا ولو كان علي العبد دين وفي يده وفا بالدين اخذ
الغرما ديونهم وجازت المحاباة فيما بقي من المال وان كان الدين محيطا بما في يده
يقال للمشتري ان شيت فاد جميع المحاباة والا فاردد المبيع كالحر المريض اذا
احابا وعليه دين والله اعلم

فصل

واما اقرار المريض باستيفا الدين دين
وجب له علي غيره لا يخلوا من احد وجهين اما ان اقر باستيفا دين وجب له علي وارث
واما ان اقر باستيفا دين وجب له علي اجنبي واما ان اقر باستيفا دين وجب له في
حالة الصحة واما ان اقر باستيفا دين وجب له في حالة المرض فان اقر باستيفا
دين وجب في حالة الصحة يصح ويصدق في اقراره بالاستيفا حتي يبرا الغريم
عن الدين سوا كان الدين الواجب في حالة الصحة بدلا عما ليس بمال كارش
جناية او بدل صلح عن عمد او كان بدلا عما هو مال نحو بدل قرض او ثمن بيع
وسوا لم يكن عليه دين الصحة اما اذا وجب بدلا عما هو بمال فلان المريض
بهذا الاقرار لا يبطل حق الغرما لان المديون قد صح استحق البراة عن الدين
بالاقرار باستيفا الدين حالة الصحة كما استحقها بايفا الدين بالتخلية بين المال
وبين صاحب الدين والعارض الذي هو المرض واثره في حجر المريض عما كان
له لا في حجره عما كان حقا مستحقا عليه كالعبد الماذون اذا اقر بعد الحجر باستيفا
دين ثبت له في حالة الاذن انه يصح اقراره لما قلنا كذا هذا بل اولي لان حجر العبد
اقوي لانه يصير محجورا عن البيع والشرا والمريض لا يصير محجورا عن البيع والشرا
ثم اثر الحجر هناك ظهر فيما له لا فيما عليه فها هنا اولي واما اذا وجب بدلا عما ليس
بمال فلان بالمرض لم يتعلق حق الغرما بالمبدل وهو النفس لانه ليس بمال فلا
يتعلق بالبدل واما اذا لم يتعلق حقهم به فلا يكون الاقرار باستيفا الدين ابطالا
لحق الغرما فيصح ويبرا الغريم وكذلك اذا اقر المولي باستيفا بدل الكتابة الواقعة
في حالة الصحة يصدق ويبرا المكاتب لما قلنا هذا اذا اقر باستيفا دين وجب له
في حالة الصحة فاما اذا اقر باستيفا دين وجب له في حالة المرض فان وجب بدلا عما
هو مال لم يصح اقراره ولا يصدق في حق غرما الصحة ويجعل ذلك منه اقرارا بالدين
لانه لما مرض فقد تعلق حق الغرما بالمبدل لانه مال فكان البيع والقرض ابطالا
لحقهم عن العين الا ان يصل البدل اليهم فيكون ابطالا معني لقيام البدل مقامه
ولما اقر بالاستيفا فلا وصول للبدل اليهم فلم يصح اقراره بالاستيفا في حقهم فبقي
اقرارا بالدين لان الاقرار بالاستيفا اقرار بالدين لان كل من استوفي دينا من

غيره يصير المستوفا دينا في ذمة المستوفي ثم تقع المقاصة فكان الاقرار بالاستيفا
اقرارا بالدين ولو اقر المريض بالدين وعليه دين الصحة لا يصح في حق غرما الصحة وكذلك
لو اتلف رجل على المريض شيا في مرضه فاقر المريض بقبض القيمة منه لم يصدق
على ذلك اذا كان عليه دين الصحة لان الحق كان متعلقا بالمبدل حالة المرض فيتعلق
بالبدل ولو اتلف في حالة الصحة فاقر في حالة المرض صح لان الاقرار بقبض دين
الصحة في حالة المرض صحيح وان كان بدلا عما هو مال لما بينا وان وجب بدلا عما
ليس بمال يصح اقراره لان المرض لم يتعلق حق غرما الصحة بالمبدل لانه لا يحتمل
التعلق لانه ليس بمال فلا يتعلق بالبدل فصار الاقرار باستيفا به والاقرار
باستيفا دين وجب له في حالة الصحة سوا وذلك صحيح كذا هذا وكذلك لو اقر
رجل للمريض انه قتل عبدا له في مرضه خطا او قطع يد العبد او قامت البينة
على ذلك فلزمه نصف القيمة فاقر المريض بالاستيفا فهو مصدق لان الواجب
بقتل العبد له بدل النفس عندنا لا بدل المال بدليل انه يجب مقدرا كارش
الاحرار حتى لو قطع يد عبد قيمته ثلثون الف درهم فعليه عشرة الاف درهم
الا احد عشر درهما عند ابي يوسف فينقص عشرة عن عشرة الاف لئلا يبلغ دية
الحر وينقص الدرهم الحادي لئلا يبلغ بدل يده بدل نفسه وعند محمد يجب بقطع
يد هذا العبد خمسة الاف الا عشرة دراهم دل ان ارش يد العبد وجب مقدرا
فكان بدلا عما ليس بمال كارش الحر فلا يتعلق به حق الغرما فلا يكون الاقرار بالا
ستيفا ابطالا لحقهم وكذلك لو كان الجاني قتل العبد متعمدا فصالحه المريض على
مال ثم اقر انه استوفى بدل الصلح جاز وكان مصدقا لان بدل الصلح بدل
عما ليس بمال والله اعلم **فصل** وان اقر باستيفا دين وجب له على وارث لم يصح
سوا وجب بدلا عما هو مال او بدلا عما ليس بمال لانه اقرار بالدين لما بينا ان استيفا
الدين بطريق المقاصة وهو ان يصير المستوفي دينا في ذمة المستوفي فكان اقراره
بالاستيفا اقرارا بالدين واقرار المريض لوارثه باطل وعلى هذا لو تزوج امراة
فاقرت في مرض موتها انها استوفت مهرها من زوجها ولا يعلم ذلك الا بقولها وعليها
دين الصحة ثم ماتت قبل ان يطلقها زوجها ولا مال لها غير المهر لا يصح اقرارها ويومر
الزوج برد المهر الى الغرما فيكون بين الغرما بالحصص لان الزوج وارثها واقرار
المريض بدين وجب له على وارثه لا يصح وان وجب بدلا عما ليس بمال لما بينا ان ذلك
اقرار بالدين للوارث وانه باطل ولو اقرت في مرضها انه استوفت المهر من زوجها
ثم طلقها الزوج قبل الدخول بها يصح اقرارها لان الزوج بالطلاق قبل الدخول
خرج من ان يكون وارثا لها فلم يكن اقرارها باستيفا المهر منه اقرارا بالدين للوارث
فصح وليس للزوج ان يضارب الغرما بنصف المهر فيقول انها اقرت باستيفا
جميع المهر مني وهي لا تستحق بالطلاق قبل الدخول الا نصف المهر فصار نصف
المهر دينا لي عليها وانا اضرب مع غرمايها لان اقرارها بالاستيفا انما صح في حق براة
الزوج عن المهر لا في حق اثبات الشركة في مالها مع غرمايها لان ديونهم ديون الصحة
واقرارها للزوج في حال المرض فلا يصح في حقهم ولو كان الزوج دخل بها فاقرت باستيفا
المهر ثم طلقها طلاقا بائنا او رجعيا ثم ماتت بعد انقضا العدة فكذلك الجواب
لان الزوج عند الموت ليس بوارث ولو ماتت قبل انقضا العدة لا يصح اقرارها

اذا
صح

اقرت في مرض موتها
انها استوفت مهرها
من زوجها

اما في الطلاق الرجعي فلان الزوجية باقية والوراثة قايمة واما في البائن فلان العدة باقية
وكانت ممنوعة عن هذا الاقرار لقيام النكاح وفي حالة العدة كان النكاح قايما من وجه فلا
يزول المنع ما دام المانع قايما من وجه ولهذا لا تقبل شهادة المعتدة لزوجها وان كان الطلا[ق]
باينا واذا لم يصح اقرارها وعليها ديون الصحة فيستوفي اصحاب ديون الصحة ديونهم
فان فضل من بعدها شي ينظر الى المهر والى ميراثه منها فيسلم له الاقل منهما ومشايخنا رحمهم الله
يقولون ان هذا الجواب على قول ابي حنيفة رحمه الله فاما على قولهما يجب ان يكون اقرارها
باستيفا المهر من الزوج صحيحا في حق التقديم على الورثة في جميع ما اقرت واصل المسلة
في كتاب الطلاق في المريض يطلق امراته بسوالها ثم يقر لها بمال انه يصح اقراره عندهما
لانها اجنبية لا ميراث لها منه وابو حنيفة يقول لها الاقل من نصيبها من الميراث
ومما اقر لها به فهما يعتبران ظاهر كونها اجنبية وابو حنيفة يقول انهما تواضعا على
ذلك ليقر لها باكثر من نصيبها فكان متهما فيما زاد على ميراثها في حق ساير الورثة
فلم يصح فهذا كذلك والعبد الماذون في حالة المرض في الاقرار باستيفا دين الصحة والمرض
كالحر لانه يملك الاقرار باستيفا الدين وقبضه كالحر وكل ما صح من الحر يصح منه وما لا
فلا والله اعلم **فصل** واما اقرار المريض بالابرا بان اقر المريض انه كان ابرا فلانا من
الدين الذي عليه في صحته لا يجوز لانه لا يملك انشا الابرا للحال فلا يملك الاقرار به
بخلاف الاقرار باستيفا الدين لانه يقبض الدين وانه يملك انشا القبض فيملك الاخبا[ر]
عنه بالاقرار والله اعلم **فصل** واما الاقرار بالنسب فهو الاقرار بالوارث وهو
نوعان احدهما اقرار الرجل بوارث والثاني اقرار الوارث بوارث ويتعلق بكل واحد
واحد منهما حكمان حكم النسب وحكم الميراث اما الاقرار بوارث فلصحته في حق
ثبات النسب شرايط منها ان يكون المقر به ممن يحتمل الثبوت لان الاقرار اخبار عن كاين
فاذا استحال كونه كاينا فالاخبار عن كاين ولا تكون كاين يكون كذبا محضا وبيانه من
اقر بغلام انه ابنه ومثله لا يلد مثله لا يصح اقراره لانه يستحيل ان يكون ابنا له فكان
كاذبا في اقراره بيقين ومنها ان لا يكون المقر بنسبه معروف النسب من غيره فان كان
لم يصح لانه اذا ثبت نسبه من غيره لا يحتمل ثبوته له بعده ومنها تصديق المقر بنسبه
اذا كان في يد نفسه لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه ولا يشترط
صحة المقر لصحة اقراره بالنسب حتى يصح من الصحيح والمريض جميعا لان المريض ليس بمانع
لعينه بل لتعلق حق الغير او التهمة فكل ذلك منعدم واما التعلق فظاهر العدم
لانه لا يعرف التعلق في مجهول النسب وكذلك معنى التهمة لان الارث ليس من
لوازم النسب فان لحرمان الارث اسبابا لا يقدح في النسب من القتل والرق واختلا[ف]
الدين والدار والله اعلم ومنها ان لا يكون فيه حمل نسب الغير سوا كذبه المقر بنسبه
او صدقه لان اقرار الانسان حجة على نفسه لا على غيره لانه على غيره شهادة او دعوى
والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة الفرد فيما يطلع عليه الرجال وهو
من باب حقوق العباد غير مقبولة والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على غيره
اقراره على غيره لا على نفسه فكان دعوى او شهادة وكل ذلك لا يقبل الا بحجة وعلى هذا
يجوز اقرار الرجل بخمسة نفر الوالدين والولد والزوجة والمولى ويجوز اقرار المراة باربعة
نفر الوالدين والزوج والمولى ولا يجوز بالولد لانه ليس في الاقرار بهو لا حمل نسب
الغير على غيره اما الاقرار بالولا فظاهر لانه ليس فيه حمل نسب الى احد وكذلك الاقرار

اقر المريض انه كان ابرا
فلانا من الدين الذي عليه
في صحته

الاقرار بوارث

يجوز اقرار الرجل بخمسة واقرار المراة
الرجل صح باربعة

ان وجد التصديق في حيوة المقر

بالزوجية ليس فيه حمل الغير على غيره لكن لابد من التصديق لما ذكرنا ثم ان وجد التصديق
في حال حياة المقر جاز بلا خلاف وان وجد بعد وفاته فان كان الاقرار من الزوج يصح
تصديق المراة سوا صدقته في حال حيوته او بعد وفاته بالاجماع فان اقر الرجل بالزوجية
فمات ثم صدقته المراة لان النكاح يبقى بعد الموت من وجه لبقا بعض احكامه في
العدة فكان محتملا للتصديق وان كان الاقرار بالزوجية من المراة فصدقها
الزوج بعد موتها لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد يصح
وجه قولهما ما ذكرنا ان النكاح يبقى بعد الموت من وجه فيجوز التصديق كما اذا
اقر الزوج بالزوجية وصدقته المراة بعد موته وجه قول ابي حنيفة ان النكاح
للحال عدم حقيقة فلا يكون محلا للتصديق الا انه اعطي له حكم البقا لاستيفا احكام
كانت ثابتة قبل الموت والميراث حكم لا يثبت الا بعد الموت فكان زايلا في حق هذا

الاقرار بالولد

هذا الحكم فلا يحتمل التصديق والله اعلم واما الاقرار بالولد فانه ليس فيه حمل نسب
غيره على غيره بل على نفسه لا على غيره فيقبل لكن لابد من التصديق اذا كان في يد نفسه

الاقرار بالوالدين

لما قلنا وسوا كان في حالة الحيوة او بعد الوفاة لان النسب لا يبطل بالموت فيجوز التصديق
في الحالين جميعا وكذلك الاقرار بالوالدين ليس فيه حمل نسب غيره على غيره فيكون اقرارا
على نفسه لا على غيره فيقبل وكذلك اقرار المراة بهولا لما ذكرنا الا الولد لان فيه حمل
نسب غيره على غيره وهو نسب الولد على الزوج فلا يقبل الا اذا صدقها الزوج او يشهد
على اقراره بالولادة بخلاف الرجل لان فيه حمل نسب الولد على نفسه ولا يجوز الاقرار

لا يجوز الاقرار بالاخ والعم

بغير هولا من الاخ والعم لان فيه حمل نسب غيره على غيره وهو الاب والجد وكذلك
الاقرار بوارث في حق حكم الميراث يشترط له ما يشترط للاقرار به في حق ثبات النسب
وهي ما ذكرنا الا شرط حمل النسب على الاقرار فان الاقرار بنسب يحمله المقر على غيره
لا يصح في حق ثبات النسب اصلا ويصح في حق الميراث لكن بشرط ان لا يكون له وارث
اصلا ويكون ميراثه له لان تصرف العاقل واجب التصحيح ما امكن فان لم يمكن تصحيحه
في حق ثبات النسب لفقد شرط الصحة امكن في حق الميراث وان كان ثمه وارث قريبا

اقر باخ وله عمة او خالة

كان او بعيدا لا يصح اقراره اصلا ولا شي له في الميراث بان اقر باخ وله عمة او خالة
فميراثه لعمته او لخالته ولا شي للمقر له لانهما وارثان بيقين فكان حقهما ثابتا بيقين
ولا يجوز ابطاله بالصرف الى غيرهما وكذلك اذا اقر باخ او ابن ابن وله مولى الموالاة
الموالاة ثم مات فالميراث للمولى ولا شي للمقر له لان الولا من اسباب الارث ولا يكون
اقراره بذلك رجوعا عن عقد الموالاة لانعدام الرجوع حقيقة فبقي العقد وانه يمنع
صحة الاقرار بالمذكور وكذلك لو كان مولى الموالاة مولى العتاقة من طريق الاولى لانه
عصبة ولو لم يكن له وارث ولكنه اوصى بجميع ماله لرجل فالثلث للموصى له والباقي
للاخ المقر به لانه وارث في زعمه وظنه ولو كان مع الموصى له بالمال مولى الموالاة
ايضا فللموصى له الثلث والباقي للمولى ولا شي للمقر له لان الموالاة لا تمنع صحة الوصية
لكنها تمنع صحة الاقرار بالمذكور لما بينا وكذلك لو كان مكان مولى الموالاة مولى العتاقة
لان مولى العتاقة اخر العصبات يقدم على ذوي الارحام ومولى الموالاة اخر الورثة
موخر عن ذوي الارحام فاضعف الولايتين لما منع صحة الاقرار بالمذكور فاقواهما
اولى ولو اقر باخ في مرض موته وصدقه المقر له ثم انكر المريض بعد ذلك وقال ليس
بيني وبينك قرابة بطل اقراره في حق الميراث ايضا حتى انه لو اوصى بعد الانكار

بماله

بماله لانسان ثم مات ولا وارث فالمال كله للموصى له بجميع المال لان الانكار منه رجوع
والرجوع عن مثل هذا الاقرار صحيح لانه يشبه الوصية وان لم يكن وصية على الحقيقة والرجوع
عن الوصية صحيح ولو انكر وليس هناك موصى له بالمال اصلا فالمال لبيت المال لبطلان
الاقرار اصلا بالرجوع والله اعلم واما الاقرار بوارث فالكلام فيه في موضعين احدهما
في ثبات النسب والثاني في حق الميراث اما الاول فالامر فيه لا يخلو من احد وجهين
اما ان كان الوارث واحدا واما ان كان اكثر من واحد بان مات رجل وترك ابنا فاقر
باخ هل يثبت نسبه من الميت اختلف فيه قال ابو حنيفة ومحمد لا يثبت النسب باقرار
وارث واحد وقال ابو يوسف يثبت وبه اخذ الكرخي وان كان اكثر من واحد بان كان
رجلين او رجلا وامراتين فصاعدا يثبت النسب باقرارهم بالاجماع وجه قول ابي يوسف
ان اقرار الوارث الواحد مقبول فيكون مقبولا في حق النسب كاقرار الجماعة
وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الاقرار بالاخوة اقرار على غيره لما فيه من حمل نسب
غيره على غيره فكان شهادة وشهادة الفرد غير مقبولة بخلاف ما اذا كانا اثنين فصاعدا
لان شهادة رجلين او رجل وامراتين في النسب مقبولة واما في حق الميراث
فاقرار الوارث الواحد بوارث يصح ويصدق في حق الميراث بان اقر الابن المعروف
باخ وحكمه ان يشاركه فيما في يده من الميراث لان الاقرار بالاخوة اقرار بشيئين النسب
واستحقاق المال والاقرار بالنسب اقرار على غيره وذلك غير مقبول لانه دعوى في
الحقيقة او شهادة والاقرار باستحقاق المال على نفسه اقرار وانه مقبول ومثل
هذا جائز ان يكون الاقرار الواحد مقبولا لجهة غير مقبول لجهة اخرى كمن اشترى
ثم اقر ان البايع كان اعتقه قبل البيع يقبل اقراره في حق العتق ولا يقبل في حق ولاية
الرجوع بالثمن على البايع فعلى ذلك ههنا جاز ان يقبل الاقرار بوارث في حق الميراث
ولا يقبل في حق ثبات النسب ولو اقر الابن المعروف باخت اخذت ثلث ما في يده
لانه اقرار فصح في حق الميراث ولها مع الاخ ثلث الميراث ولو اقر بامراة انها زوجة
ابيه فلها ثمن ما في يده ولو اقر بجدة هي ام الميت فلها سدس ما في يده والاصل ان
المقر فيما في يده يعامل معاملة ما لو ثبت النسب ولو اقر ابن الميت بابن ابن للميت
وصدقه لكنه انكر ان يكون المقر ابنه فالقول قول المقر والمال بينهما استحسانا
والقياس ان يكون القول قول المقر له والمال كله له ما لم تقم البينة على النسب وجه
القياس انهما تصادقا على اثبات وراثة المقر له واختلفا في وراثة المقر فيثبت المتفق
عليه ويقف المختلف فيه على قيام الدليل وجه الاستحسان ان المقر له انما استفاد
الميراث من جهة المقر فلو بطل اقراره لبطلت وراثته وفي بطلان وراثته بطلان وراثة
المقر له وكذلك لو اقر بابنة للميت وصدقته لكنها انكرت ان يكون المقر فالقول قول
المقر استحسانا لما قلنا ولو اقرت امراة باخ للزوج للميت وصدقها الاخ ولكنه
انكر ان تكون هي امراة الميت فالقول قول المقر له استحسانا عند ابي حنيفة ومحمد
وزفر وهو القياس وعلى المراة اثبات الزوجية بالبينة وعند ابي يوسف القول
قول المراة والمال بينهما على قدر مواريثهما ولو اقر زوج الميتة باخ لها وصدقه
الزوج لكنه انكر ان يكون هو زوجا لها فهو على هذا الاختلاف وجه قول ابي يوسف
قياس هذه المسلة على المسلة الاولى بالمعنى الجامع الذي ذكرناه في المسلة الاولى ولابي
حنيفة الفرق بين المسلتين ووجهه ان النكاح ينقطع بالموت والاقرار بسبب

منقطع لا بسبع الابينة بخلاف السبب ولو ترك ابنين فاقر احدهما باخ ثالث فان
صدقه الاخ المعروف في ذلك شاركهما في الميراث كما اذا اقرا جميعا لما بينا وان كذبه
فيه فانه يقسم المال بين الاخوين المعروفين اولا نصفين فيدفع النصف الي الاخ
المنكر واما النصف الاخر فيقسم بين الاخ المقر وبين المقر له نصفين عند
عامة العلما وعند ابن ابي ليلي اثلاثا ثلثاه للمقر وثلثه للمقر له وجه قول
ابن ابي ليلي ان من زعم المقر ان المال بين الاخوة الثلثة اثلاث وان ثلث المقر له
نصفه في يده ونصفه في يد اخيه المنكر علي الشيوع الا ان اقراره علي اخيه لا ينفذ
فيما في يد اخيه فينفذ فيما في يده فيعطيه ثلث ذلك ولنا ان من زعم المقر ان حق المقر
بنسبه في الميراث مثل حقه وان المنكر فيما اخذ من الزيادة وهو النصف التام
ظالم فيجعل ما في يده بمنزلة الهالك فيكون النصف الباقي بينهما بالسوية لكل واحد
منهما ربع المال ولو اقر احدهما باخت وان صدقه الاخر فالامر ظاهر وان كذبه
فيقسم اولا بين الاخوين نصفين النصف للاخ المنكر ثم يقسم النصف الباقي
بين الاخ المقر واخته للذكر مثل حظ الانثيين ولو اقر احدهما لامراة انها زوجة
ابينا فان صدقه الاخر فالامر واضح للمراة الثمن والباقي بينهما لكل واحد منهما سبعة
لا يستقيم عليهما فتصح المسلة فتضرب سهمين في ثمانية فيصير لها ثمنها والباقي
بينهما لكل واحد منهما سبعة وان كذبه فلها سبعا ما في يده عند عامة العلما وعند
ابن ابي ليلي لها ثمن ما في يده وجه قوله ان في زعم المقر ان للمراة ما في يد الاخوين
الا ان اقراره صح فيما في يد نفسه ولم يصح في حق صاحبه واذا صح في حق نفسه
يعطيها ثمن ما في يده وجه قول العامة ان في زعم المقر ان ثمن التركة لها ثمن وسبعة
اثمانها لهما بينهما علي السوية اصل المسلة وقسمتها ما ذكرنا ان الاخ المنكر فيما ياخذ
من الزيادة ظالم فاجعل ما في يده كالهالك ويقسم النصف الذي في يد المقر بينه
وبينها علي قدر حقيهما ويجعل ما يحصل للمقر وذلك سبعة علي تسعة اسهم سهمان
من ذلك لها وسبعة اسهم له واذا جعل هذا النصف علي تسعة صار كل المال
علي ثمانية عشر تسعة منها للاخ المنكر وسهمان للمراة وسبعة اسهم للاخ المقر هذا
اذا اقر الوارث بوارث واحد فاما اذا اقر بوارث بعد وارث بان اقر بوارث
ثم اقر بوارث اخر فالاصل في هذا الاقرار انه ان صدقه المقر بوراثته الاول
في اقراره بالوراثة للثاني فالمال بينهم علي فرايض الله تعالي وان كذبه فيه فان كان
المقر دفع نصيب الاول اليه بقضا القاضي لا يضمن ويجعل ذلك كالهالك ويقسمان
ما في يد المقر علي قدر حقيهما وان كان الدفع بغير قضا القاضي يضمن ويجعل المدفوع
كالقايم في يده فيعطي الثاني حقه من كل المال بيان هذه الجملة فيمن هلك وترك
ابنا فاقر باخ له من ابيه وامه فانه يدفع اليه نصف الميراث لما ذكرنا ان اقراره
بالاخوة صحيح في حق الميراث فان اقر باخ اخر فهذا علي وجهين اما ان اقر به بعد ما
دفع الي الاول واما ان اقر به قبل ان يدفع الي الاول نصيبه فان اقر بعد ما دفع
الي الاول نصيبه فان كان الدفع بقضا القاضي فللثاني ربع المال ويبقي في يد
المقر الربع لان الدفع بالقضا في حكم الهالك لكونه مجبورا في الدفع فيكون الباقي بينهما
نصفان لان في زعم المقر ان الثاني يساويه في استحقاق الميراث فيكون لكل واحد
منهما نصف النصف وهو ربع الكل وكذلك اذا كان لم يدفع الي الاول شيا لان

ستة عشر صح

اذا اقر بوارث بعد وارث

نصف المال صار مستحق الصرف اليه والمستحق كالمصروف وان كان دفع اليه بغير قضا
القاضي اعطي جميع المال لما ذكرنا ان الدفع بغير قضا مضمون عليه والمضمون كالقايم
فيدفع جميع المال اليه ويبقي في يده الثلث السدس فان دفع ثلث المال الي الثاني
بغير قضا القاضي ثم اقر بثالث وكذبه الثالث في الاقرار بالاول ولين اخذ الثالث
من ابن المعروف ربع جميع المال لان كل المال قايم معني لان الدفع بغير القضا
مضمون علي الدافع فياخذ السدس الذي في يدي المقر ونصف سدس اخر لان
الدفع الي الاول لين من غير قضا القاضي لم يصح في حق الثالث فيضمن له قدر نصف
سدس فيدفع مع السدس الذي في يده اليه وعلي هذا اذا ترك ابنين فاقر
احدهما باخ اخر فان صدقه الابن المعروف اشتركوا في الميراث وان كذبه
فان صدقه المقر بوراثته الاول فنصف المال بينهم اثلاث لان اقراره بالوراثة
في حقه وفي حق المقر بوراثته الاول صحيح لكنه لم يصح في حق الابن المعروف فكان النصف
للابن المعروف والنصف الباقي بينهما اثلاثا وان كذبه فان كان المقر دفع نصف ما
في يده وهو ربع جميع المال اليه بقضا القاضي كان الباقي بينه وبين الثاني نصفين
لان الدفع بقضا في حكم الهالك فكان الباقي بينهما نصفين لكل واحد ثمن المال
وان كان دفع اليه بغير قضا القاضي فان كان المقر يعطي الثاني مما في يده وهو ربع
المال سدس جميع المال لان الدفع بغير قضا مضمون علي الدافع فيكون ذلك
الربع كالقايم ولو اقر احدهما باخت ودفع اليها نصيبها ثم اقر باخت اخري وكذبه
الاخ فان صدقته الاخت الاولي فنصف المال للاخ المنكر والنصف بين الاخ
المقر وبين الاختين للذكر مثل حظ الانثيين وان كذبه فان كان دفع اليه نصيبها
وهو ثلث النصف وذلك سدس الكل بقضا فالباقي بين المقر وبين الاخت الاولي
الاخري للذكر مثل حظ الانثيين لما مر ان المدفوع بقضا في حكم الهالك فلا يكون مضمونا
علي الدافع وان كان الدفع بغير قضا فان المقر يعطي للاخت الاخري مما في يده نصف ربع
جميع المال لان الدفع بغير اتلاف فصار كانه قايم في يده وقد اقر باختين ولو كان
كذلك يكون لهما ربع جميع المال لكل واحد الثمن كذلك ههنا يعطي الاخري الاخت
مما في يده نصف ربع جميع المال والله اعلم فلو اقر احدهما بامراة لابيه ثم اقر باخري
فان اقر لهما معا فذلك التسعان لهما جميعا وهذا ظاهر لان فرض الزوجات لا يختلف
بالقلة والكثرة وان اقر بالاولي ودفع اليها ثم بالاخري فان صدقته الاولي فكذلك
الجواب وان كذبته فالنصف للاخ المنكر وتسعان للاولي فيبقي هناك الابن المعروف
والمراة الاخري فينظر ان كان دفع التسعين الي الاولي بالقضا يجعل ذلك كالهالك
ويجعل كان لم يكن له مال سوي الباقي وهو سبعة اسهم فيكون ذلك بين الابن
المقر وبين المراة الاخري علي ثمانية اسهم ثمن من ذلك للمراة وسبعة للابن المقر
وان كان دفع اليها بغير قضا يعطي من السبعة التي هي عنده سهما للمراة الاخري
وهو تسع نصف جميع المال لان المدفوع كالقايم وان كان نصف المال عنده قايما يعطي
الاخري التسع وذلك سهم لان المقر به ثمن المال للمراتين جميعا والثمن هو تسعان
تسع للاولي وتسع للاخري الا ان الاولي ظلمت حين اخذت زيادة سهم وذلك
الظلم حصل علي الاخ المقر لانه هو الذي دفع بغير قضا القاضي فيدفع التسع الثاني
الي الاخري وهو تسع نصف المال والباقي للابن وهو ستة اسهم والله اعلم

باخ صح

اقر احد الابنين باخ آخر

لو اقر احد الابنين باخت

اقر احد الابنين بامرأة لابيه

ولو مات رجل وترك ابنا معروفا والف درهم في يده فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الابن او نكل عن اليمين فدفع الى الغريم ذلك ثم ادعى رجل اخر على الميت الف درهم فصدقه الابن او نكل عن اليمين فان كان دفع الى الاول بقضا لم يضمن للثاني شيا لان في الدفع مجبور فكان في حكم الهالك وان كان بغير قضا يضمن للثاني نصف المال لانه مختار في الدفع فكان اتلافا فيضمن كما اذا اقر لهما ثم دفع الى احدهما ولو مات وترك الف درهم فاقر باخ ثم رجع وقال لست باخ لي وانما اخي هذا الرجل فصدقه الاخر بذلك وكذبه في الاقرار الاول فان كان دفع النصف الى الاول بقضا يشاركه الثاني فيما في يده فيقتسمان نصفين لما بينا ان الدفع بقضا في حكم الهالك وان كان بغير قضا يدفع جميع ما في يده وهو نصف المال الى الاخر لما بينا ولو مات وترك ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت دينا الف درهم وكذبه الوارث وصدقه الغريم الاول وانكر الغريم الثاني دون الغريم الاول لم يلتفت الى انكاره ويقتسمان الالف بينهما نصفين لان استحقاق الغريم الثاني انما ثبت باقرار الغريم الاول وهو تصديقه وهو ما اقر له الا بالنصف وكذلك لو اقر الغريم الثاني لغريم ثالث فان الغريم الثالث ياخذ نصف ما في يده لما قلنا ولو مات وترك الفا في يد رجل فقال لرجل انا اخوه لابيه وامه وانكر المقر به ان يكون المقر اخا له فالقول قول المقر استحسانا على ما بينا ولو قال المقر للمقر به انا وانت اخواه لابيه وامه ولي عليه الف درهم دين وانكر المقر به الدين فالمال بينهما نصفان لان دعوى الدين دعوى امر عارض مانع من الارث فلا يثبت الا بحجة ولو مات وترك ابنا والف درهم فادعى رجل على الميت الف درهم فصدقه الوارث بذلك ودفع اليه ثم ادعى رجل اخر ان الميت اوصى له بثلث ماله او ادعى انه ابن الميت فصدقهما بذلك الابن المعروف وكذباه فيما اقر فان كان دفع بغير قضا فلا ضمان على الدافع لان الارث والوصية موخران عن الدين فاقراره لم يصح في حق ثبات النسب وانما يصح في حق الميراث ولم يوجد الميراث ولو اقر لهما اول ودفع اليهما ثم اقر للغريم كان للغريم ان يضمنه ما دفع الى الاولين لان الدين مقدم فاذا دفع بغير قضا فقد اتلف على الغريم حقه وان كان الدفع بقضا لا ضمان عليه لما بينا ولو ثبت الوصية او الميراث بالبينة بقضا او بغير قضا ثم اقر الغريم بدينه فلا ضمان عليه للغريم فيما دفعه الى الوارث والموصى له لانه لما قامت البينة على الميراث او الوصية فقد ظهر انه وارث معروف او موصى له فالاقرار بالدين لا يوجب بطلان حقهما ولو لم يكن دفع اليه لا يجوز له ان يدفع الى الغريم ويجبره القاضي على الدفع الى الوارث والموصى له لما قلنا والله اعلم

فصل واما بيان ما يبطل به الاقرار بعد وجوده فنقول وبالله التوفيق الاقرار بعد وجوده يبطل بشيين احدهما تكذيب المقر له في احد نوعي الاقرار وهو الاقرار بحقوق العباد لان اقرار المقر دليل عدم اللزوم واللزوم لم يعرف ثبوته فلا يثبت مع الشك والثاني رجوع المقر عن اقراره فيما يحتمل الرجوع في احد نوعي الاقرار وهو الاقرار بحقوق الله خالصا كحد الزنا لانه يحتمل ان يكون صادقا في الانكار فيكون كاذبا في الاقرار ضرورة فيورث شبهة في وجوب الحد وسوا رجع قبل القضا او بعده قبل تمام الحد او الرجم قبل الموت لما قلنا ولما ان ماعز لما رجم ببعض الحجارة هرب من ارض قليلة الحجارة الى ارض كثيرة الحجارة فلما بلغ ذلك الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم هلا خليتم سبيله ولهذا يستحب للامام تلقين المقر الرجوع بقوله لعلك لمستها او قبلتها كما لقن رسول الله صلى الله عليه وسلم ماعزا وكما لقن السارق والسارقة بقوله ما اخاله سرق اسرقت قولي لا ولو لم يكن محتملا للرجوع لم يكن للتلقين معنى وفايدة فكان التلقين منه عليه السلام احتيالا للدرء لانه امرنا به بقوله صلى الله عليه وسلم ادروا الحدود بالشبهات وقوله ادروا الحدود ما استطعتم وكذلك الرجوع عن الاقرار بالاقرار لان الواجب بالسرقة والشرب لان الحد الواجب بهما حق الله تعالى خالصا فيصح الرجوع عن الاقرار بهما الا ان في السرقة يصح الرجوع في حق القطع لا في حق المال لان القطع حق الله تعالى على الخلوص فيصح الرجوع عنه فاما المال فحق العبد فلا يصح الرجوع فيه واما حد القذف فلا يصح الرجوع عن الاقرار فيه لان للعبد فيه حقا فيكون متهما في الرجوع فلا يصح كالرجوع عن ساير الحقوق المتمحضة للعباد وكذلك الرجوع عن الاقرار بالقصاص لان القصاص خالص حق العبد فلا يحتمل الرجوع والله اعلم بالصواب

كتاب السير

وقد يسمى كتاب الجهاد والكلام في هذا الكتاب في مواضع • في بيان معنى السير والجهاد لغة وشرعا • وفي بيان كيفية فرض الجهاد • وفي بيان ما يفترض عليه الجهاد وفي بيان ما يندب اليه الامام عند بعث الجيش والسرية الى الجهاد • وفي بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حال شهود الوقعة • وفي بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل • وفي بيان من يجوز تركه ممن لا يحل قتله في دار الحرب ومن لا يجوز • وفي بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره • وفي بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال • وفي بيان حكم الغنايم وما يتصل بها وفي بيان حكم الاستيلا الكفرة على اموال المسلمين • وفي بيان احكام تختلف باختلاف الدارين • وفي بيان احكام المرتدين • وفي بيان احكام الخوارج[٢]

[٢] البغاة صح

اما الاول فالسير جمع سيرة والسيرة في اللغة تستعمل في معنيين احدهما الطريقة يقال هما على سيرة واحدة اي طريقة واحدة والثاني الهيأة قال الله تعالى سنعيدها سيرتها الاولى اي هيأتها فاحتمل تسمية هذا الكتاب بكتاب السير لما فيه من بيان طرق الغزاة وهيأتهم مما لهم وعليهم واما الجهاد في اللغة فعبارة عن بذل الجهد بالضم وهو الوسع والطاقة او عن المبالغة في العمل من الجهد بالفتح وفي عرف الشرع يستعمل في بذل الوسع والطاقة بالقتال في سبيل الله تعالى بالنفس او المال او اللسان او غير ذلك او المبالغة في ذلك والله اعلم

فصل واما بيان كيفية فرضية الجهاد فالامر فيه لا يخلو من احد وجهين اما ان يكون النفير عاما واما ان لم يكن فان لم يكن النفير فهو فرض كفاية ومعناه انه يفترض على جميع من هو من اهل الجهاد لكن اذا قام به البعض يسقط عن الباقين لقوله تعالى فضل الله المجاهدين باموالهم وانفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى وعد الله المجاهدين والقاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين في الاحوال كلها لما وعد القاعد الحسنى لان القعود يكون حراما وقوله تعالى وما كان المومنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طايفة ليتفقهوا في الدين الاية ولان ما فرض له الجهاد وهو الدعوة الى الاسلام واعلا الدين الحق ودفع شر الكفرة وقهرهم يحصل بقيام البعض به وكذا النبي صلى الله عليه وسلم كان يبعث السرايا ولو كان

فرض عين في الاحوال كلها لكان لا يتوهم القعود عنه في حال ولا اذن غيره بالتخلف عنه بحال واذا كان فرضا على الكفاية فلا ينبغي للامام ان يخلي ثغرا من الثغور من جماعة من الغزاة فيهم غناء وكفاية للعدو لقتال العدو فاذا قاموا به يسقط عن الباقين وان ضعف اهل الثغر عن مقاومة الكفرة وخيف عليهم من العدو فعلى من وراءهم من المسلمين الاقرب فالاقرب ان ينفروا اليهم وان يمدوهم بالسلاح والكراع والمال لما ذكرنا انه فرض على الناس كلهم ممن نفر من اهل الجهاد لكن يسقط الفرض عنهم بحصول الكفاية بالبعض فما لم يحصل لا يسقط ولا يباح للعبد ان يخرج الا باذن مولاه ولا المراة الا باذن زوجها لان خدمة المولى والقيام بحقوق الزوجية كل ذلك فرض عين فكان مقدما على فرض الكفاية وفي الاصل ان كل سفر لا يؤمن فيه الهلاك ويشتد فيه الخطر لا يحل للولد ان يخرج اليه بغير اذن والديه لانهما يشفقان على ولدهما فيتضرران بذلك وكل سفر لا يشتد فيه الخطر يحل ان يخرج اليه بغير اذنهما اذا لم يضيعهما لانعدام الضرر ومن مشايخنا من رخص في سفر التعلم بغير اذنهما لانهما لا يتضرران بذلك بل ينتفعان به فلا يلحقه سمة العقوق هذا اذا لم يكن النفير عاما فاما اذا عم النفير بان هجم العدو على بلد فهو فرض عين يفترض على كل واحد من احاد الناس ممن هو قادر عليه لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا قيل نزلت في النفير العام وقوله تعالى ما كان لاهل المدينة ومن حولهم من الاعراب ان يتخلفوا عن رسول الله ولا يرغبوا بانفسهم عن نفسه ولان الوجوب على الكل قبل عموم النفير ثابت الا ان السقوط عن الباقين بقيام البعض به فاذا عم النفير لا يتحقق القيام به الا بالكل فبقي فرضا على الكل عينا بمنزلة الصوم والصلاة فيخرج العبد بغير اذن مولاه المراة بغير اذن زوجها لان منافع العبد والزوجة في حق العبادات المفروضة عينا مستثناة عن ملك المولى والزوج شرعا كما في الصوم والصلاة وكذا يباح للولد ان يخرج بغير اذن والديه لان حق الوالدين لا يظهر في فروض الاعيان كالصوم والصلاة والله اعلم

فصل واما بيان من يفترض عليه فنقول انه لا يفترض الا على القادر عليه فمن لا قدرة له لا جهاد عليه لان الجهاد بذل الجهد وهو الوسع والطاقة بالقتال او المبالغة في عمل القتال ومن لا وسع له كيف يكلف بيذل الوسع والعمل فلا يفترض على الاعمى والاعرج والزمن والمقعد والشيخ الهرم والمريض والضعيف والذي لا يجد ما ينفق قال الله تعالى ليس على الاعمى حرج وقال ليس على الضعفا ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله فقد عذر الله هولاء بالتخلف عن الجهاد ورفع الحرج عنهم ولا جهاد على الصبي والمراة لان بنيتهما لا تحتمل الحراب عادة وعلى هذا الغزاة اذا جاءهم جمع من المشركين ما لا طاقة لهم به وخافوا ان يقتلوهم فلا باس لهم ان يتحازوا الى بعض امصار المسلمين او الى بعض جيوشهم والحكم في هذا الباب لغالب الراي واكثر الظن دون العدد فان غلب على ظن الغزاة انهم يقاومونهم يلزمهم الثبات وان كانوا اقل عددا منهم وان كان غالب ظنهم انهم يغلبون فلا باس ان يتحازوا الى المسلمين ليستعينوا بهم وان كانوا اكثر عددا من الكفرة وكذا الواحد من الغزاة ليس معه سلاح مع الاثنين منهم معهما سلاح او مع واحد منهم ومعه سلاح لا باس ان يولي دبره متحيزا الى فئة ومتى ولي دبره متحرفا الى غير قتال

او متحيزا

او متحيزا الى فئة والمستثنا من الحظر اباحة فكان المحظور تولية مخصوصة وهو ان يولي دبره غير متحرف لقتال ولا متحيزا الى فئة فبقيت التولية لا لجهة التحرف والتحيز مستثناة من الحظر فلا تكون محظورة ونظير هذه الاية قوله تعالى من كفر بالله من بعد ايمانه الا من اكره وقلبه مطمين بالايمان ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم انه على التقديم والتاخير على ما ذكرنا في كتاب الاكراه وبه تبين ان الاية غير منسوخة وكذا قوله تعالى إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مايتين وقوله إن يكن منكم ماية يغلبوا الفا ليس بمنسوخ لان التولية للتحيز الى فئة مرخص فيها فلم يكن الايتان منسوختين والله اعلم والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم للذين فروا الى المدينة انتم الكرارون انا فئة كل مسلم اخبر ان التحيز الى فئة كرار وليس بفرار من الزحف فلا يلحقه الوعيد وعلى هذا اذا كانت الغزاة في سفينة فاحرقت السفينة وخافوا الحرق حكموا فيه غالب رايهم واكبر ظنهم فان غلب على رايهم انهم لو طرحوا انفسهم في البحر لنجوا بالسباحة وجب عليهم الطرح ليسبحوا فيتحيزوا الى فئة وان استوى جانب الحرق والغرق بان كان اذا قاموا حرقوا وان طرحوا غرقوا فلهم الخيار عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لهم ان يطرحوا انفسهم في الماء وجه قوله انهم لو القوا انفسهم لهلكوا ولو قاموا في السفينة لهلكوا ايضا الا انهم لو طرحوا لهلكوا بفعل انفسهم ولو صبروا لهلكوا بفعل العدو ولكان الصبر اقرب الى الجهاد فكان اولى وجه قولهما انه استوى الجانبان في الافضا الى الهلاك فيثبت لهم الخيار لجواز ان يكون الهلاك بالغرق ارفق قوله لو قاموا لهلكوا بفعل العدو قلنا ولو طرحوا لهلكوا بفعل العدو ايضا اذ العدو هو الذي الجاهم اليه فكان الهلاك في الحالين مضافا الى فعل العدو ثم قد يكون الهلاك بالغرق اسهل فيثبت لهم الخيار ولو طعن مسلم برمح فلا باس بان يمشي الى من طعنه من الكفرة حتى يجهزه لانه يقصد بالمشي اليه بذل نفسه لاعزاز دين الله تعالى وتحريض المومنين على ان يبخلوا بانفسهم في قتال اعدا الله تعالى فكان جايزا والله اعلم

فصل واما بيان ما يندب اليه عند بعث الجيش او السرية الى الجهاد فنقول وبالله التوفيق انه يندب الى اشيا منها ان يومر عليهم اميرا لان النبي صلى الله عليه وسلم ما بعث جيشا الا وامر عليهم اميرا ولان الحاجة الى الامير ماسة لانه لا بد من تنفيذ الاحكام وسياسة الرعية ولا يقوم ذلك الا بالامير لتعذر الرجوع في كل حادثة الى الامام ومنها ان يكون الذي يومره عليهم عالما بالحلال والحرام عارفا بوجوه السياسات بصيرا بتدابير الحروب واسبابها لانه لو لم يكن بهذه الصفة لا يحصل ما ينصب له الامير ومنها ان يوصيه بتقوى الله تعالى في خاصة نفسه وبمن معه من المومنين خيرا كذا روي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا بعث جيشا اوصاه بتقوى الله تعالى في خاصة نفسه وبمن معه من المومنين خيرا ولان الامارة امانة عظيمة فلا يقوم بها الا المتقي واذا امر عليهم يكلفهم طاعة الامير فيما يامرهم به وينهاهم لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا اطيعوا الله واطيعوا الرسول واولي الامر منكم وقال النبي صلى الله عليه وسلم اسمعوا واطيعوا ولو امر عليكم عبد حبشي اجدع ما حكم فيكم بكتاب الله ولانه نايب الامام وطاعة الامام لازمة كذا طاعته لانها طاعة الامام الا ان يامرهم بمعصية فلا يجوز طاعتهم اياه فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق

ان يخرج صح

وهم فيها صح

ولو امرهم بشي لابد ون اينتفعون به امر لا فينبغي لهم ان يطيعوه فيه اذا لم يعلموا كونه معصية لان اتباع الامام في محل الاجتهاد واجب كاتباع القضاة في مواضع الاجتهاد

فصل واما بيان ما يجب على الغزاة الافتتاح به حالة الوقعة واما العدو فنقول وبالله التوفيق ان الامر فيه لا يخلو من احد وجهين اما ان كانت الدعوة قد بلغتهم واما ان كانت لم تبلغهم فان كانت الدعوة لم تبلغهم فعليهم الافتتاح بالدعوة الى الاسلام باللسان لقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ولا يجوز لهم القتال قبل الدعوة لان الايمان وان وجب عليهم قبل بلوغ الدعوة بمجرد العقل فاستحقوا القتل بالامتناع لكن الله تعالى حرم قتالهم قبل بعث الرسول وبلوغ الدعوة اليهم فضلا منه ومنة قطعا لمعذرتهم بالكلية وان كان لا عذر لهم في الحقيقة لما قام من الدلايل العقلية التي لو تاملوها حق التامل ونظروا فيها لعرفوا حق الله عليهم لكن تفضل عليهم بارسال الرسل لئلا يبقى لهم شبهة عذر فلا يقولوا ربنا لولا ارسلت الينا رسولا فنتبع اياتك وان لم يكن لهم ذلك في الحقيقة لما بينا ولان القتال ما فرض لعينه بل للدعوة الى الاسلام والدعوة دعوتان دعوة بالبنان وهي القتال ودعوة بالبيان وهو اللسان وذلك بالتبليغ والثانية اهون من الاولى لان في القتال مخاطرة الروح والنفس والمال وليس في دعوة التبليغ شي من ذلك فاذا احتمل المقصود باهون الدعوتين لزم الافتتاح بها هذا اذا كانت الدعوة لم تبلغهم فان كانت قد بلغتهم جاز لهم ان يفتتحوا القتال من غير تجديد الدعوة لما بينا ان الحجة لازمة والعذر منقطع وشبهة العذر انقطعت بالتبليغ مرة لكن مع هذا الافضل ان لا يفتتحوا القتال الا بعد تجديد الدعوة لرجا الاجابة في الجملة وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن يقاتل الكفرة حتى يدعوهم الى الاسلام فيما كان دعاهم غير مرة دل ان الافتتاح بتجديد الدعوة افضل ثم اذا دعوهم الى الاسلام فان اسلموا كفوا عنهم لقوله صلى الله عليه وسلم امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوا عصموا مني دماهم الا واموالهم الا بحقها وقوله صلى الله عليه وسلم من قال لا اله الا الله فقد عصم دمه وماله فان ابوا الاجابة دعوهم الى الذمة الا مشركي العرب والمرتدين لما نذكره ان شا الله تعالى فان اجابوا كفوا عنهم لقوله صلى الله وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وان ابوا استعانوا بالله على قتالهم ووثقوا بعهد الله النصر لهم بعد ان بذلوا جهدهم واستفرغوا وسعهم وثبتوا واطاعوا الله ورسوله وذكروا الله تعالى كثيرا على ما قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا اذا لقيتم فية فاثبتوا واذكروا الله كثيرا لعلكم تفلحون واطيعوا الله ورسوله ولا تنازعوا فتفشلوا وتذهب ريحكم واصبروا ان الله مع الصابرين ولهم ان يقاتلوهم وان لم يبدؤا بالقتال لقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وسوا كان في الاشهر الحرم او في غيرها لان حرمة القتال في الاشهر الحرم صارت منسوخة باية السيف وغيرها من ايات القتال ولا باس بالاغارة والبيات عليهم ولا باس بقطع اشجارهم المثمرة وغير المثمرة وافساد زروعهم لقوله تعالى ما قطعتم من لينة او تركتموها قايمة على اصولها فباذن الله وليخزي الفاسقين اذن بقطع النخيل في صدر الاية ونبه في اخرها ان ذلك ليكون كبتا وغيظا للعدو بقوله وليخزي الفاسقين ولا باس باحراق حصونهم بالنار واغراقها بالما وتخريبها وهدمها عليهم ونصب المنجنيق عليهم لقوله تعالى يخربون بيوتهم بايديهم وايدي المومنين

ولان كل

ولان كل ذلك من باب القتال لما فيه من قهر العدو وكبتهم وغيظهم ولان حرمة الاموال لحرمة اربابها ولا حرمة لانفسهم حتى يقتلون فكيف باموالهم ولا باس برميهم بالنبال وان علموا ان فيهم مسلمين من الاسارى والتجار لما فيه من الضرورة اذ حصون الكفرة قلما تخلوا من مسلم اسير او تاجر فاعتباره يودي الى انسداد باب الجهاد ولكن يقصدون بذلك الكفرة دون المسلمين لانه لا ضرورة في القصد الى قتل مسلم بغير حق وكذا اذا تترسوا باطفال المسلمين ولا باس بالرمي اليهم لضرورة اقامة الفرض لكنهم يقصدون الكفار دون الاطفال فان رموهم واصاب مسلما فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد تجب الدية والكفارة وهو احد قولي الشافعي وجه قول الحسن ان دم المسلم معصوم فكان ينبغي ان يمنع من الرمي الا انه لم يمنع لضرورة اقامة الفرض فيتقدر بقدر الضرورة والضرورة في رفع المواخذة لا في نفي الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة انه رخص له التناول لكن يجب له الضمان لما ذكرنا كذا ههنا ولنا انه كما مست الضرورة الى رفع المواخذة لاقامة فرض القتال مست الى نفي الضمان لان وجوب الضمان يمنع من اقامة الفرض لانهم يمتنعون منه خوفا من لزوم الضمان وايجاب ما يمنع من اقامة الواجب متناقض وفرض القتال لم يسقط دل ان الضمان ساقط بخلاف حالة المخمصة لان وجوب الضمان هناك لا يمنع من التناول لانه لو لم يتناول لهلك وكذا حصل له مثل ما يجب عليه فلا يمتنع عن التناول فلا يودي الى التناقض ولا ينبغي ان يستعينوا بالكفار في قتال الكفار لانه لا يومن غدرهم اذ العداوة الدينية تحملهم عليه الا اذا اضطروا اليهم

فصل واما بيان من يحل قتله من الكفرة ومن لا يحل فنقول الحال لا يخلوا اما ان يكون حال القتال او بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاخذ والاسر حال القتال فلا يحل فيها قتل امراة ولا صبي ولا شيخ فان ولا مقعد ولا يابس الشق ولا اعمى ولا مقطوع اليد والرجل من خلاف ولا مقطوع اليد اليمنى ولا معتوه ولا راهب في صومعة ولا سايح في الجبال لا يخالط الناس ولا قوم في دار او كنيسة ترهبوا وطبق عليهم الباب اما المراة والصبي فلقوله صلى الله عليه وسلم لا تقتلوا امراة ولا وليدا وروي انه صلى الله عليه وسلم راى في بعض غزواته امراة مقتولة فانكر ذلك فقال ها ما اراها قاتلت فلم قتلت ونهى عن قتل النسا والصبيان ولان هولا ليسوا من اهل القتال فلا يقتلون ولو قاتل واحد منهم قتل وكذا لو حرض على القتال او دل على عورات المسلمين او كان الكفرة ينتفعون برايه او كان مطاعا وان كان امراة او صغيرا لوجود القتال من حيث المعنى وقد روي ان ربيعة رفيع السلمي رضي الله عنه ادرك دريد بن الصمة فقتله فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليه ويكره للمسلم ان يبتدي اباه الكافر الحربي بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا امر بمصاحبة الابوين الكافرين بالمعروف والابتدا بالقتل ليس من المصاحبة بالمعروف وروي ان حنظله غسيل الملايكة رضي الله تعالى عنه استاذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل ابيه فنهاه ولان الشرع امر باحيايه بالنفقة عليه فالامر بالقتل وفيه افناره يكون تناقضا فان قصد الاب قتله يدفعه عن نفسه وان اتى ذلك على نفسه ولا يكره ذلك لانه من ضرورات الدفع ولكن لا يقصد بالدفع القتل لانه لا ضرورة الى القصد والاصل فيه ان كل من كان من اهل

يوم حنين صح

القتال يحل قتله سوا قاتل او لم يقاتل وكل من لم يكن من اهل القتال لا يحل قتله الا اذا قاتل او
معنى بالراي والطاعة والتحريض واشباه ذلك على ما ذكرنا فيقتل القسيس والسياح الذي
يخالط الناس والذي يجن ويفيق والاخرس والاصم واقطع اليد اليسرى واقطع احدى
الرجلين وان لم يقاتلوا لانهم من اهل القتال ولو قتل واحد ممن ذكرنا انه لا يحل قتله فلا شي
فيه من دية ولا كفارة الا التوبة والاستغفار لان دم الكفار الكافر لا يتقوم الا بالامان ولم
يوجد واما حال ما بعد الفراغ من القتال وهي ما بعد الاسر والاخذ فكل ما لا يحل في
حال القتال لا يحل قتله بعد الفراغ من القتال وكل من يحل قتله في حال القتال اذا قاتل
حقيقة او معنى يباح قتله بعد الاخذ والاسر الا الصبي والمعتوه الذي لا يعقل فانه
يباح قتلهما في حال القتال اذا قاتلا حقيقة او معنى ولا يباح قتلهما بعد الفراغ
من القتال اذا اسرا وان قتلا جماعة من المسلمين في القتال لان القتل بعد الاسر
بطريق العقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة فاما القتل في حال القتال فلدفع شر
القتال وقد وجد الشر منهما فابيح لدفع الشر وقد انعدم الشر بالاسر فكان القتل
بعده بطريق العقوبة وهما ليسا من اهلها والله اعلم

فصل واما بيان من يسع تركه في دار الحرب ممن لا يحل قتله ومن لا يسع فالامر فيه لا يخلوا من احد وجهين
اما ان كان الغزاة قادرين على حملهم واخراجهم الى دار الاسلام واما ان لم يقدروا
عليه فان قدروا على ذلك فان كان المتروك ممن يولد له ولد لا يجوز تركهم في دار
الحرب لان في تركهم في دار الحرب عونا لهم على المسلمين باللقاح وان كان ممن لا يولد
له ولد كالشيخ الذي لا قتال عنده ولا لقاح فان كان ذا راي ومشورة فلا يباح تركه
في دار الحرب لما فيه من المضرة لانهم يستعينون على المسلمين برايه وان لم يكن له
راي فان شاوا تركوه لانه لا مضرة لهم في تركه وان شاوا اخذوه لفايدة المفاداة
على قول من يرى مفاداة الاسير بالاسير وعلى من لا يرى لا يخرجوهم لما انه لا فايدة
في اخراجهم وكذلك العجوز التي لا يرجى ولادتها وكذلك الرهبان واصحاب
الصوامع اذا كانوا حصورا لا يلقحون وان لم يقدر والمسلمين على حملهم ونقلهم
الى دار الاسلام لا يحل قتلهم ويتركون في دار الحرب لان الشرع نهى عن قتلهم ولا قدرة
على نقلهم فيتركون ضرورة واما الحيوان والسلاح اذا لم يقدروا على الاخراج الى
دار الاسلام اما الحيوان فيذبح ثم يحرق بالنار لئلا يمكنهم الانتفاع به واما السلاح
فما يمكن احراقه بالنار يحرق وما لا يحتمل الاحراق كالحديد ونحوه فيدفن بالتراب
لئلا يجدوه

فصل واما بيان ما يكره حمله الى دار الحرب وما لا يكره فنقول ليس
للتاجران يحمل الى دار الحرب ما يستعين به اهل الحرب على الحراب من الاسلحة
والخيل والرقيق من اهل الذمة وكل ما يستعان به على الحرب لان فيه امدادهم
واعانتهم على حراب المسلمين وقال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولا يمكن
من الحمل وكذا الحربي الذي دخل دار الاسلام لا يمكن من ان يشتري السلاح ولو اشترى
لا يمكن ان يدخله دار الحرب لما قلنا الا اذا كان دخل دار الاسلام بسلاح فاستبدله
فينظر في ذلك ان كان الذي استبدله خلاف جنس سلاحه بان استبدل القوس
بالسيف ونحو ذلك لا يمكن من ذلك اصلا وان كان بدله من جنس سلاحه فان كان
مثله او اردى منه يمكن ولا باس بحمل المتاع والثياب والطعام ونحو ذلك اليهم
لانعدام معنى الامداد والاعانة وعلى ذلك جرت العادة في تجار الاعصار انهم

يدخلون

يدخلون دار الحرب للتجارة من غير ظهور الرد والانكار عليهم الا ان الترك افضل لانهم
يستخفون بالمسلمين ويدعونهم الى ما هم عليه فكان الكف والامساك عن الدخول
من باب صيانة النفس عن الهوان والدين عن الزوال فكان اولى واما المسافرة
بالقران الى دار الحرب فينظر في ذلك ان كان العسكر عظيما مامونا عليه لا باس بذلك لانهم
يحتاجون الى قراة القران واذا كان العسكر عظيما يقع الامن عن الوقوع عن ايدي الكفرة
والاستخفاف به وان لم يكن مامونا عليه كالسرية يكره المسافرة به لما فيه من خوف
الوقوع في ايديهم والاستخفاف به لما فيه من خوف الوقوع في ايديهم والاستخفاف
به فكان الدخول به في دار الحرب تعريضا بالاستخفاف بالمصحف وهذا لا يجوز
وما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم نهى ان يسافر بالقران في ارض العدو محمول على
المسافرة في هذه الحالة وكذلك حكم اخراج النسا مع انفسهم الى دار الحرب على هذا
التفصيل ان كان ذلك في جيش مامون عليه غير مكروه لانهم يحتاجون الى الطبخ والغسل
ونحو ذلك وان كانت سرية لا يومن عليها يكره اخراجهن لما قلنا والله اعلم

فصل واما بيان ما يعترض من الاسباب المحرمة للقتال فنقول وبالله التوفيق الاسباب
المعترضة المحرمة للقتال انواع ثلثه الايمان والامان والالتجا الى الحرم اما الايمان
فالكلام فيه في موضعين في بيان ما يحكم به كون الشخص مومنا والثاني في بيان حكم
الايمان اما الاول فنقول الطرق التي يحكم كون الشخص مومنا ثلاثة نص ودلالة
وتبعيه اما النص فهو ان ياتي بالشهادة او بالشهادتين او ياتي بهما مع التبري مما
هو عليه صريحا وبيان هذه الجملة ان الكفرة اصناف اربعة صنف منهم ينكرون الصانع
اصلا وهم الدهرية المعطلة وصنف منهم يقرون بالصانع وينكرون توحيده
وهم الوثنية والمجوس وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده وينكرون
الرسالة راسا وهم قوم من الفلاسفة وصنف منهم يقرون بالصانع وتوحيده
والرسالة لكنهم ينكرون رسالة رسولنا محمد صلى الله عليه وسلم وهم اليهود
والنصارى فان كان من الصنف الاول او الثاني فقال لا اله الا الله يحكم باسلامه
لان هولا يمتنعون عن الشهادة اصلا فاذا اقروا بها كان ذلك دليلا على ايمانهم وكذلك
اذا قال اشهد ان محمدا رسول الله لانهم يمتنعون عن كل واحد من كلمتي الشهادة
فكان الاتيان بواحدة منهما ايتهما كانت دلالة الايمان وان كان من الصنف الثالث
فقال لا اله الا الله لا يحكم باسلامه لان منكر الرسالة لا يمتنع عن هذه المقالة ولو
قال اشهد ان محمدا رسول الله يحكم باسلامه لانه يمتنع عن هذه الشهادة فكان
الاقرار بها دليل الايمان وان كان من الصنف الرابع فاتى بالشهادتين فقال لا اله الا
الله محمد رسول الله لا يحكم باسلامه حتى يتبرا من الدين الذي هو عليه من اليهودية
والنصرانية لان من هولا من يقر برسالة محمد صلى الله عليه وسلم لكنه يقول انه بعث
الى العرب دون غيرهم فلا يكون اتيانه بالشهادتين دون التبري دليلا على ايمانه
وكذا لو قال يهودي او نصراني انا مومن او مسلم او قال امنت او اسلمت لا يحكم باسلامه
لانهم يدعون انهم مومنون وان الايمان والاسلام هو الذي عليه وروى
الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا قال اليهودي او النصراني انا مسلم او قال
اسلمت يسال عن ذلك اي شي اردت به ان قال اردت به ترك اليهودية او النصرانية
والدخول في دين الاسلام يحكم باسلامه حتى لو رجع عن ذلك يكون مرتدا وان

قال اردت بقولي اسلمت اني على الحق ولم ارد بذلك الرجوع عن ديني لم يحكم باسلامه ولو قال
يهودي او نصراني اشهد ان لا اله الا الله وانبرا عن اليهودية والنصرانية لم يحكم باسلامه
لانهم لا يمتنعون عن التوحيد والتبري عن اليهودية او النصرانية لا يكون دليل الدخول
في دين الاسلام لاحتمال انه تبرا عن ذلك ودخل في دين اخر سوى الاسلام فلا يصلح التبري
دليل الايمان مع الاحتمال ولو اقر مع ذلك وقال دخلت في دين الاسلام او في دين محمد
صلى الله عليه وسلم يحكم باسلامه لزوال الاحتمال بهذه القرينة واما بيان ما يعرف به
كونه مومنا من طريق الدلالة فنحو ان يصلي كتابي او واحد من اهل الشرك في جماعة يحكم
باسلامه عندنا وعند الشافعي لا يحكم باسلامه ولو صلى وحده لا يحكم باسلامه وجه
قول الشافعي ان الصلاة لو صلحت دلالة الايمان لما افترق الحال بين حال الافراد وبين
الاجتماع ولو صلى وحده لم يحكم باسلامه فعلى هذا اذا صلى بجماعة ولنا ان الصلاة بالجماعة
على هذه الهيئة التي نصليها اليوم لم تكن في شرايع من قبلنا فكانت مختصة بشريعة نبينا
محمد صلى الله عليه وسلم فكانت دلالة على الدخول في دين الاسلام بخلاف ما اذا صلى وحده
لان الصلاة وحده غير مختصة بشريعتنا وروي عن محمد انه اذا صلى وحده مستقبل
القبلة باسلامه لان الصلاة مستقبل القبلة دليل الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم
من شهد جنازتنا وصلى الى قبلتنا واكل ذبيحتنا فاشهدوا له بالايمان وعلى هذا
الخلاف اذا اذن في مسجد جماعة يحكم باسلامه عندنا لان الاذان من شعاير الاسلام
فكان الاتيان به دليل قبول الاسلام ولو قرا القران او تلقنه لا يحكم باسلامه لاحتمال
انه فعل ذلك ليعلم ما فيه من غير ان يعتقد حقيقته اذ لا كل من يعلم شيا يومن به ٥
كالمعاندين من الكفرة ولو حج هل يحكم باسلامه قالوا ينظر في ذلك ان تهيا للاحرام ولبى
وشهد المناسك مع المسلمين يحكم باسلامه لانه لان عبادة الحج على هذه الهيئة المخصوصة
لم تكن في الشرايع المتقدمة فكانت مختصة بشريعتنا فكانت دلالة الايمان كالصلاة
بالجماعة وان لبى ولم يشهد المناسك او شهد المناسك ولم يلب لا يحكم باسلامه لانه
لا يصير عبادة في شريعتنا الا بالاداء على هذه الهيئة والاداء لا على هذه الهيئة لا يكون دليل
الاسلام ولو شهد شاهدان انهما راياه يصلي سنة وما قالا رايناه يصلي في جماعة
وهو يقول صليت صلاتي لا يحكم باسلامه لانهم يصلون ايضا فلا تكون الصلاة المطلقة
دلالة الاسلام ولو شهد احدهما وقال رايته يصلي في المسجد الاعظم وشهد الاخر
وقال رايته يصلي في مسجد كذا وهو منكر ولكن يجبر على الاسلام لان الشاهدين اتفقا
على وجود الصلاة منه بجماعة في المسجد لكنهما اختلفا في المسجد وذا يوجب اختلاف
المكان لا نفس الفعل وهو الصلاة فقد اجتمع الشاهدان على فعل واحد حقيقة لكن تقبل
شهادتهما في الجبر على الاسلام لا في القتل لان فعل الصلاة وان كان متحدا حقيقة
فهو مختلف صورة لاختلاف محل الفعل فاورث شبهة في القتل والله اعلم واما الحكم بالاسلام
من طريق التبعية فان الصبي يحكم باسلامه تبعا لابويه عقل او لم يعقل ما لم يسلم
نفسه اذا عقل ويحكم باسلامه تبعا للدار ايضا والجملة فيه ان الصبي يتبع ابويه
في الاسلام والكفر لا عبرة بالدار مع وجود الابوين او احدهما لانه لا بد له من دين
يجري احكامه والصبي لا يهتدي لذلك اما لعدم عقله واما لقصوره فلا بد وان
يجعل تبعا لغيره وجعله تبعا للابوين اولى لانه تولد منهما وانما الدار منشا وعند
انعدامهما في الدار التي فيها الصبي تنتقل التبعية الى الدار لان الدار تستتبع الصبي

في الاسلام في الجملة كاللقيط فاذا اسلم احد الابوين فالولد يتبع المسلم لانهما استويا في جهة
التبعية وهي التولد والتفرع فيرجح المسلم بالاسلام لانه يعلو ولا يعلى ولو كان احدهما
كتابيا والاخر مجوسيا فالولد كتابي لان الكتابي الى احكام الاسلام اقرب فكان الاسلام منه
ارجى وبيان هذه الجملة اذا سبي الصبي واخرج الى دار الاسلام فهذا لا يخلو من ثلثة اوجه
اما ان سبي مع ابويه واما ان سبي مع احد ابويه واما ان سبي وحده فان سبي مع ابويه
فما دام في دار الحرب فهو على دين ابويه حتى لو مات لا يصلى عليه وهذا ظاهر وكذا اذا سبي
مع احدهما وكذلك اذا خرج الى دار الاسلام ومعه ابواه او احدهما لما بينا فان مات الابوان
بعد ذلك فهو على دينهما حتى يسلم بنفسه ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقا الاصل ليس
بشرط لبقا الحكم في التبع وان اخرج الى دار الاسلام وليس معه احدهما فهو مسلم لان التبعية
انتقلت الى الدار على ما بينا ولو اسلم احد الابوين في دار الحرب فهو مسلم تبعا له لان الولد
يتبع خير الابوين دينا لما بينا وكذا لو اسلم احد الابوين في دار الاسلام ثم سبي الصبي بعده
او دخل في دار الاسلام فهو مسلم تبعا له لانه جمعهما دار واحدة لان تبعية الدار لا تعتبر
مع احد الابوين لما ذكرنا فاما قبل الادخال في دار الاسلام فلا يكون مسلما لانهما في دارين
مختلفتين واختلاف الدار يمنع التبعية في الاحكام الشرعية والله اعلم ثم انما تعتبر تبعية
الابوين والدار اذا لم يسلم بنفسه وهو يعقل الاسلام فاما ان اسلم وهو يعقل الاسلام لا تعتبر
التبعية ويصح اسلامه عندنا وعند الشافعي لا يصح واحتج بقوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن
ثلاث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النايم حتى يستيقظ اخبر ان الصبي مرفوع
القلم والفقه مستنبط منه وهو ان الصبي لو صح اسلامه اما ان يصح فرضا واما ان يصح نفلا ومعلوم
ان التنفل بالاسلام محال والفرضية بخطاب الشرع والقلم عنه مرفوع ولان صحة الاسلام من الاحكام
الضارة فانه سبب لحرمان الميراث والنفقة لوقوع الفرقة بين الزوجين والصبي ليس من اهل التصرفات
الضارة ولهذا لم يصح طلاقه وعتاقه ولم يجب عليه الصوم والصلاة فلا يصح اسلامه ولنا انه
امن بالله تعالى عن غيب فيصح اسلامه كالبالغ وهذا لان الايمان عبارة عن التصديق لغة وشرعا
وهو تصديق الله تعالى في جميع ما انزل على رسله او تصديق رسله عليهم السلام في جميع ما جاوا
به عن الله تعالى وقد وجد ذلك منه لوجود دليله وهو اقرار العاقل خصوصا عن طوع فيترتب
عليه الاحكام لانها مبنية على وجود الايمان حقيقة قال الله تعالى ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا
وقال صلى الله عليه وسلم لا يرث المومن الكافر ولا الكافر المومن قوله انه مرفوع القلم قلنا نعم في
الفروع الشرعية فاما الاصول العقلية فممنوع ووجوب الايمان من الاحكام العقلية فيجب
على كل عاقل والحديث يحمل على الاحكام الشرعية توفيقا بين الدلايل وبه نقول واما حكم الايمان
فنقول وبالله العصمة والنجاة للايمان حكمان احدهما يرجع الى الاخرة والثاني يرجع الى الدنيا
اما الذي يرجع الى الاخرة فليبنونة المومن من اهل الجنة اذا ختم عليه قال الله تعالى من جا بالحسنة
فله خير منها واما الذي يرجع الى الدنيا فعصمة النفس والمال لقوله صلى الله عليه وسلم امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماهم واموالهم الا بحقها الا ان
عصمة النفس تثبت مقصودة وعصمة تثبت تابعة لعصمة النفس اذ النفس اصل في التخليق
والمال خلق بذلة للنفس واستبقا لها فمتى ثبتت عصمة النفس ثبتت عصمة المال تبعا الا اذا وجد
القاطع للتبعية على ما يذكر وعلى هذا اذا اسلم اهل بلدة من اهل الحرب قبل ان يظهر عليهم المسلمون
حرم قتلهم ولا سبيل لاحد على اموالهم على ما قلنا وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال من اسلم على مال فهو له ولو اسلم حربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم عمدا

اوخطا فلا شي عليه الا الكفارة وعند ابي يوسف عليه الدية في الخطا وعند الشافعي عليه الدية
مع الكفارة في الخطا والقصاص في العمد واحتجا بالعمومات الواردة في باب القصاص والدية
من غير فصل بين من قتل في دار الاسلام او في دار الحرب ولنا قوله تعالى وان كان من قوم
عدو لكم وهو مومن فتحرير رقبة مومنة اوجب الكفارة وجعلها كل موجب قتل المومن
الذي هو من قوم عدو لنا لانه جعله جزا والجزا ينبي عن الكفاية فاقتضي وقوع الكفاية بها
عما سواها من القصاص والدية جميعا ولان القصاص لم يشرع الا لحكم القصاص الحيوة
قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة والحاجة الي الاحيا عند قصد القتل لعداوة حاملة
عليه ولا يكون ذلك الا عند المخالطة ولم توجد هاهنا وعلي هذا اذا اسلم ولم يهاجر الينا
حتى ظهر المسلمون علي الدار فما كان في يده من المنقول فهو له ولا يكون فيا الا عبدا يقاتل
فانه يكون فيا لان نفسه لم تستفاد العصمة بالاسلام وماله الذي في يده تابع له من
كل وجه فكان معصوما تبعا لعصمة النفس الا عبدا يقاتل لانه اذا قاتل فقد خرج من
يد المولي فلم يبق تبعا له فانقطعت العصمة لانقطاع التبعية فيكون محلا للتملك بالاستيلا
وكذلك ما كان في يد مسلم او ذمي وديعة له فهو له ولا يكون فيا لان يد المودع يده من وجه
من حيث انه يحفظ الوديعة له ويد نفسه من حيث الحقيقة وكل واحد منهما معصوم فكان
ما في يده معصوما فلا يكون محلا للتملك واما ما كان في يد حربي وديعة يكون فيا
عند ابي حنيفة وعندهما يكون له لان يد المودع يده فكان معصوما والصحيح قول ابي
حنيفة لانه من حيث انه يحفظ له يكون يده فيكون تبعا فيكون معصوما ومن حيث
الحقيقة لا يكون معصوما لان نفس الحربي غير معصومة فوقع الشك في العصمة فلا تثبت
العصمة مع الشك وكذا عقاره يكون فيا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد هو والمنقول
سوا والصحيح قولهما لانه من حيث انه يتصرف فيه بحسب مشية يكون في يده فيكون تبعا له
ومن حيث انه محصن محفوظ بنفسه ليس في يده فلا يكون تبعا له فلا تثبت العصمة
مع الشك واما اولاده الصغار فاحرار مسلمون تبعا له واولاده الكبار وامراته يكونون
فيا لانهم في حكم انفسهم لانعدام التبعية واما الولد الذي في البطن فهو مسلم تبعا لابيه
ورقيق تبعا لامه وفيه اشكال وهو ان هذا انشا الرق علي المسلم وانه ممتنع والجواب
ان الممتنع انشا الرق علي من هو مسلم حقيقة لا علي من له حكم الوجود والاسلام شرعا هذا
اذا اسلم ولم يهاجر الينا فظهر المسلمون علي الدار فلو اسلم وهاجر الينا فظهر المسلمون
علي الدار اما امواله فما كان في يد مسلم او ذمي وديعة فهو له ولا يكون فيا لما ذكرنا
وما سوي ذلك فهو في لما ذكرنا ايضا وقيل ما كان في يد حربي وديعة فهو علي الخلاف
الذي ذكرنا واما اولاده الصغار فيحكم باسلامهم تبعا لابيهم فلا يسترقون لان
الاسلام يمنع انشا الرق الا رقا يثبت حكما بان كان الولد في بطن الام واولاده الكبار
في لانهم في حكم انفسهم فلا يكونون مسلمين باسلام ابيهم وكذلك زوجته والولد الذي
في البطن يكون مسلما تبعا لابيه ورقيقا تبعا لامه ولو دخل الحربي دار الاسلام
ثم اسلم ثم ظهر المسلمون علي الدار فجميع امواله واولاده الصغار والكبار وامراته
وما في بطنها في لانه لما لم يسلم في دار الحرب حتى خرج الينا لم تثبت العصمة لماله لانعدام
عصمة النفس فبعد ذلك وان صارت معصومة لكن بعد تباين الدارين وانه يمنع
ثبوت التبعية ولو دخل مسلم او ذمي دار الحرب فاصاب هناك مالا ثم ظهر المسلمون
علي الدار فحكمه وحكم الذي اسلم من اهل الحرب ولم يهاجر الينا سوا والله اعلم واما

الامان فنقول وبالله التوفيق الامان في الاصل نوعان اما موقت واما موبد اما الموقت
فنوعان ايضا احدهما الامان المعروف وهو ان يحاصر الغزاة مدينة او حصنا من حصون
الكفرة فيستامنهم الكفار فيومنونهم والكلام فيه في مواضع في بيان ركن الامان وفي
بيان شرايط الركن وفي بيان حكم الامان وفي بيان صفة الامان وفي بيان
ما يبطل به الامان اما ركنه فهو اللفظ الدال نحو قول القايل امنتكم او انتم امنون
او اعطيتكم الامان وما يجري هذا المجري واما شرايط الركن فانواع منها ان يكون في
حال يكون بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة لان القتال فرض والامان يتضمن تحريم
القتال فيتناقض الا اذا كان في حال ضعف المسلمين وقوة الكفرة لانه اذ ذاك يكون
قتالا معنى لوقوعه وسيلة الي الاستعداد للقتال فلا يودي الي التناقض ومنها
العقل فلا يجوز امان المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط اهلية التصرف
ومنها البلوغ وسلامة العقل عن الافة عند عامة العلما وعند محمد ليس بشرط حتى
ان الصبي المراهق الذي يعقل الاسلام او البالغ المختلط العقل اذا امن لا يصح عند
العامة وعند محمد يصح وجه قوله ان اهلية الامان مبنية علي اهلية الايمان والذي
والصبي الذي يعقل الايمان من اهل الايمان فيكون من اهل الامان كالبالغ ولنا ان
الصبي ليس من اهل حكم الامان فلا يكون من اهل الامان وهذا لان حكم الامان حرمة
القتال وخطاب التحريم لا يتناوله ولان من شرطه صحة الامان ان يكون بالمسلمين ضعف
وبالكفرة قوة وهذه حالة خفية لا يوقف عليها الا بالتامل والنظر ولا يوجد من الصبي
لاشتغاله باللهو واللعب ومنها الاسلام فلا يصح امان الكافر وان كان يقاتل مع المسلمين
لانه متهم في حق المسلمين فلا تومن خيانته ولانه اذا كان متهما فلا يدري انه بني
امانه علي مراعاة مصلحة المسلمين من التفرق عن حال القوة والضعف ام لا فيقع الشك
في وجود شرط الصحة فلا يصح مع الشك واما الحرية فليست بشرط لصحة الامان فيصح
امان العبد الماذون في القتال بالاجماع وهل يصح امان العبد المحجور عن القتال اختلف
فيه قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يصح وقال محمد يصح وهو قول الشافعي وجه قوله
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المسلمون تتكافؤ دماوهم ويسعي
بذمتهم ادناهم والذمة العهد والامان نوع عهد والعبد ادني المسلمين فيتناوله
الحديث ولان حجر المولي يعمل في التصرفات الضارة دون النافعة بل هو في التصرفات
النافعة غير محجور كقبول الهبة والصدقة ولا مضرة للمولي في امان العبد بتعطيل منافعه
عليه لانه يتادي في زمان قليل بل له ولساير المسلمين فيه منفعة فلا يظهر الحجر عنه
فاشبه الماذون بالقتال وجه قولهما ان الاصل في الامان ان لا يجوز لان القتال
فرض والامان يحرم القتال الا اذا وقع في حال يكون بالمسلمين ضعف وبالكفر قوة
لوقوعه وسيلة الي الاستعداد للقتال في هذه الحالة فيكون قتالا معني اذ الوسيلة
الي الشي حكمه حكم ذلك الشي وهذه حالة لا تعرف الا بالتامل والنظر في حال المسلمين
في قوتهم وضعفهم والعبد المحجور لاشتغاله بخدمة مولاه لا تقف عليهما فكان امانه
تركا للقتال المفروض صورة ومعني فلا يجوز وبهذا فارق الماذون لان الماذون
بالقتال يقف علي هذه الحالة فيقع امانه وسيلة الي القتال فكان اقامة للفرض معني
فهو الفرق واما الحديث فلا يتناول المحجور لان الادني اما ان يكون من الدناة
والخساسة واما ان يكون من الدنو وهو القرب والاول ليس بمراد لان الحديث

علي الامان صح

الامان

تناول المسلمين بقوله المسلمون يتكافو دماوهم ولاخساسة مع الاسلام والتاني
لا يتناول المحجور لانه لايكون في صف القتال فلايكون اقرب الي الكفرة والله اعلم وكذلك
الذكورة ليست بشرط فيصح امان المراة لانها بما معها من العقل لا تعجز عن الوقوف
عن حال القوة والضعف وقد روي ان زينب بنت محمد النبي صلى الله عليه وسلم
ورضي عنها امنت زوجها ابا العاص واجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم امانها
وكذلك السلامة عن العمي والزمانة والمرض ليست بشرط فيصح امان الاعمى
والزمن والمريض لان الاصل في صحة الامان صدوره عن راي ونظر في الاحوال
الحقيقة من الضعف والقوة وهذه العوارض لا تقدح فيه ولا يجوز امان التاجر
في دار الحرب والاسير فيها والاسير الذي اسلم هناك لان هولا لا يقفون على حال
الغزاة من القوة والضعف فلا يعرفون الامان مصلحة ولانهم متهمون في حق الغزاة
لكونهم مقهورين في ايدي الكفرة وكذلك الجماعة ليست بشرط فيصح امان الواحد
لقولهم لقوله صلى الله عليه وسلم ويسعى بذمتهم ادناهم ولان الوقوف على حال القوة
والضعف لا يقف على راي الجماعة فيصح من الواحد وسوا امن جماعة كثيرة او قليلة
او اهل مصر او قرية فذلك جايز واما حكم الامان فهو ثبوت الامن للكفرة لان لفظ
الامان يدل عليه وهو قوله امنت فيثبت الامن لهم عن القتل والسبي والاستغنا
فيحرم على المسلمين قتل نسابهم وذراريهم واستغنام اموالهم واما صفته فهو
عقد غير لازم حتى لو راي الامام المصلحة في النقض ينقض لان جوازه مع انه يتضمن
ترك القتال المفروض للمصلحة فاذا صارت المصلحة في النقض ينقض واما
بيان ما ينتقض به الامان فالامر لا يخلو من احد وجهين فيه اما ان كان الامان
مطلقا ولمن واما ان كان موقتا الى وقت معلوم فان كان مطلقا فانتقاضه يكون
بالحد وجهين بطريقين احدهما نقض الامام فاذا نقض الامام ينتقض لكن
ينبغي ان يخبرهم بالنقض ثم يقاتلهم لئلا يكون منهم غدر في العهد والثاني
ان يجي اهل الحصن بالامان الى الامام فينتقض واذا جاوا الى الامام بالامان
فينبغي ان يدعوهم الى الاسلام فان ابوا فالى الذمة فان ابوا ردهم الى مامنهم
ثم قاتلهم احترازا عن الغدر وان ابوا الاسلام والجزية وابوا ان يلحقوا بمامنهم
فان الامام يوجلهم على ما يرى فان رجعوا الى مامنهم في الاجل المضروب والا صاروا
ذمة لا يمكنون بعد ذلك ان يرجعوا الى مامنهم لان مقامهم بعد الاجل المضروب
التزام الذمة دلالة فان كان الامان موقتا الى وقت معلوم ينتهي بمضي الوقت الى من
غير الحاجة الى النقض ولهم ان يقاتلوهم الا اذا دخل واحد منهم دار الاسلام فمضي
الوقت وهو فيه فهو امن حتى يرجع الى مامنه والله اعلم هذا اذا حاصر الغزاة
مدينة او حصنا من حصون الكفرة فجاوا فاستامنوهم فاما اذا استنزلوهم
على الحكم فهذا على وجهين اما ان استنزلوهم على حكم الله تعالى جاز انزالهم عليه
عند ابي يوسف والخيار الى الامام ان شا قتل مقاتلتهم وسبي نساهم وذراريهم
وان شا سبي الكل وان شا جعلهم ذمة وعند محمد لا يجوز الانزال على حكم الله
تعالى فلا يجوز قتلهم واسترقاقهم ولكنهم يدعون الى الاسلام فان ابوا جعلوا
ذمة واحتج محمد بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في وصايا
الامرا عند بعث الجيش واذا حاصرتم مدينة او حصنا فارادوا ان ينزلوهم

على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم على حكم الله فانكم لا تدرون ما حكم الله تعالى فيهم نهي
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الانزال على حكم الله ونبه على المعنى وهو ان حكم الله تعالى
غير معلوم فكان الانزال على حكم الله من الامام قضا بالمجهول وانه لا يصح واذا لم يصح الانزال
على حكم الله فيدعون الى الاسلام فان اجابوا فهم احرار مسلمون لا سبيل على انفسهم
واموالهم وان ابوا لا يقتلهم الامام ولا يسبيهم ولكن يجعلهم ذمة فان طلبوا من
الامام ان يبلغهم مامنهم اي لم يجبهم اليه لانه لو ردهم الى مامنهم لصاروا حربا لنا
وجه قول ابي يوسف ان الاستنزال على حكم الله تعالى هو الاستنزال على الحكم المشروع
للمسلمين في حق الكفرة والقتل والسبي وعقد الذمة كل ذلك حكم مشروع في حقهم
فجاز الانزال عليه فقوله ان ذلك مجهول لا يدري المنزل عليه اي حكم هو قلنا نعم
لكن يمكن الوصول اليه والعلم به لوجود سبب العلم وهو الاختيار وهذا لا يكفي لجواز الانزال
كما قلنا في الكفارات ان الواجب احد الاشيا الثلثة وذلك غير معلوم ثم لم يمنع ذلك
تعلق التكليف به لوجود سبب العلم به وهو اختيار الكفر المكلف كذا هذا يدل عليه
انه يجوز الانزال على حكم العباد بالاجماع والانزال على حكم العباد انزال على حكم الله
تعالى حقيقة اذ العبد لا يملك انشا الحكم من نفسه قال الله تعالى ولا يشرك في حكمه
احدا وقال ان الحكم الا لله ولكن يظهر حكم الله المشروع في هذه الحادثة ولهذا قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لسعد بن معاذ رضي الله عنه لقد حكمت بحكم الله تعالى
من فوق سبعة ارقعة واما الحديث فيحتمل انه مصروف الى زمان جواز ورود النسخ
وهو حال حياة النبي صلى الله عليه وسلم لا نعدام استقرار الاحكام الشرعية في
حيوته صلى الله عليه وسلم فنهى عن الانزال على حكم الله تعالى لئلا يكون الانزال على الحكم
المنسوخ لاحتمال النسخ فيما بين ذلك وقد انعدم هذا المعنى بعد وفاته بخروج
الاحكام عن احتمال النسخ بوفاته صلى الله عليه وسلم واذا جاز الانزال على حكم الله عند
ابي يوسف فالخيار فيه الى الامام فايما كان افضل للمسلمين من القتل والسبي والذمة
فعل لان كل ذلك حكم الله تعالى المشروع للمسلمين في حق الكفرة فان اسلموا قبل الاختيار
فهم احرار مسلمون لا سبيل لاحد عليهم وعلى اموالهم والارض لهم وهي عشرية وكذلك
اذا جعلهم ذمة فهم احرار ويضع على اراضيهم الخراج فان اسلموا قبل توظيف الخراج
صارت عشرية هذا اذا كان الانزال على حكم الله فاما اذا كان على حكم العباد بان
استنزلوهم على حكم رجل فهذا لا يخلو من احد وجهين اما ان استنزلوا على حكم
رجل معين بان قالوا على حكم فلان لرجل سموه واما ان استنزلوا على حكم رجل غير معين
فان كان الاستنزال على حكم رجل غير معين فنزلوا على حكمه فحكم عليهم بشي مما ذكرنا
وهو رجل عاقل مسلم عدل غير محدود في قذف جاز بالاجماع لما روي ان بني قريظة
لما حاصرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم خمسا وعشرين ليلة استنزلوا على حكم
سعد بن معاذ فحكم سعد رضي الله عنه ان يقتل رجالهم وتسبي نساوهم وذراريهم
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد حكمت بحكم الله تعالى من فوق سبعة ارقعة
فقد استصوب رسول الله صلى الله عليه وسلم حكمه حيث اخبر ان ما حكم به حكم
الله تعالى لان حكم الله تعالى لا يكون الا صوابا وليس للحكم ان يحكم بردهم الى دار الحرب
فان حكم فهو باطل لانه حكم غير مشروع لما بينا انهم بالرد يصيرون حربا لنا وان كان
وان كان الحكم عبدا او صبيا لم يجز حكمه بالاجماع وان كان فاسقا او محدودا في

رجالهم وسبي صح

وتقسم اموالهم صح

القذف لم تجز حكمه عند ابي يوسف وعند محمد تجوز وجه قول محمد ان الفاسق
يصلح قاضيا فيصلح حكما بالطريق الاولي وجه قول ابي يوسف ان المحدود في القذف
لا يصلح حكما لانه ليس من اهل الولاية ولهذا لم يصلح قاضيا وكذا الفاسق لا يصلح حكما
وان صلح قاضيا لكنه لا يلزم قضاوه ولهذا لو رفعت قضيته الي قاض اخر ان شا امضاه
وان شا رده وان كان ذميا جاز حكمه علي الكفرة لانه من اهل الشهادة علي جنسه وان
نزلوا علي حكم رجل يختارونه فاختاروا رجلا فان كان موضوعا للحكم جاز حكمه
وان لم يكن موضوعا للحكم لا يقبل منهم حتي يختاروا رجلا فان لم يختاروا
ابلغهم مامنهم لان النزول كان علي شرط وهو حكم رجل يختارونه فاذا لم يختاروا
فقد بقوا في يد الامام بالامان فيردهم الي مامنهم الا انه لا يردهم الي حصن هو
احصن من الاول ولا الي جند يمتنعون به لان الرد الي المامن للتحرج عن توهم
الغدر وانه يحصل بالرد الي ما كانوا عليه فلا ضرورة في الرد الي غيره وان نزلوا علي حكم
رجل غير معين فللامام ان يعين رجلا صالحا للحكم فيهم او يحكم بنفسه بما هو افضل
للمسلمين والله اعلم والثاني الموادعة وهي المعاهدة والصلح علي ترك القتال يقال
توادع الفريقان اي تعاهدا علي ان لا يغزوا كل واحد منهما صاحبه • والكلام
في الموادعة في مواضع • في بيان ركنها وشرطها وحكمها وصفتها وما ينتقض به
اما ركنها فهي لفظة الموادعة او المسالمة او المصالحة او المعاهدة او معني ما
يودي هذه العبارات وشرطها الضرورة وهي ضرورة استعداد القتال بان كان
بالمسلمين ضعف وبالكفرة قوة او المجاوزة عند قوم اخرين ولا تجوز عند عدم
الضرورة لان الموادعة ترك القتال المفروض ولا يجوز الا في حال يقع وسيلة
الي القتال لانها حينئذ يكون قتالا معني وقال الله تعالي ولا تهنوا وتدعوا الي السلم
وانتم الاعلون والله معكم وعند تحقق الضرورة لا باس به لقوله تعالي وان جنحوا
للسلم فاجنح لها وتوكل علي الله وقد روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم وادع
اهل مكة علي ان يوضع الحرب عشر سنين ولا يشترط اذن الامام بالموادعة حتي لو
وادعهم او فريق من المسلمين من غير اذن الامام جازت موادعتهم لان المعول
عليه كون عقد الموادعة مصلحة للمسلمين وقد وجد ولا باس بان ياخذ المسلمون علي
ذلك جعلا لان ذلك في موضع الجزية ويوضع موضع الجزيات في بيت المال ولا
باس بان يطلب المسلمون الصلح من الكفرة ويعطوا علي ذلك مالا اذا اضطروا اليه
لقوله تعالي وان جنحوا للسلم فاجنح لها اباح لنا الصلح مطلقا فيجوز ببدل وبغير بدل
ولان الصلح علي مال لدفع شر الكفرة للحال والاستعداد للقتال في الثاني من باب
المجاهدة بالمال والنفس فيكون جائزا وتجوز موادعة المرتدين اذا غلبوا علي دار
من دور المسلمين وتوبتهم ولا يوخذ منهم علي ذلك مال لان ذلك في معني الجزية
ولا توخذ الجزية من المرتدين فان اخذ منهم شي لا يرد لانه مال غير معصوم الا تري
ان اموالهم محل للاستيلا كاموال اهل الحرب وكذلك البغاة تجوز موادعتهم
لانه لما جازت موادعة الكفرة فلان تجوز موادعة المسلمين اولي ولكن لا يوخذ منهم
علي ذلك مال لان المال الماخوذ علي ترك القتال يكون في معني الجزية ولا توخذ
الجزية الا من الكافر واما حكم الموادعة فما هو حكم الامان المعروف وهو ان يامن
الموادعون علي انفسهم واموالهم ونسائهم وذراريهم لانها عقد امان ايضا ولو

مكة صح

بغير

خرج قوم من الموادعين الي بلدة اخري ليست بينهم وبين المسلمين فغزا المسلمون تلك
البلدة فهولا امنون لا سبيل لاحد عليهم لان عقد الموادعة افاد الامان فلا ينتقض
بالخروج الي موضع اخر كما في الامان الموبد وهو عقد الذمة انه لا يبطل بدخول الذمي
دار الحرب كذا هذا وكذلك لو دخل في دار الموادعة رجل من غير دارهم بتجر بامان ثم
خرج الي دار الاسلام بغير امان فهو امن لانه لما دخل دار الموادعين بامانهم
صار واحدا من جملتهم فلو عاد الي داره ثم دخل دار الاسلام بغير امان كان لنا ان
نقتله ونأسره لانه لما رجع الي داره فقد من ان يكون من اهل دار الموادعة
نبطل حكم الموادعة في حقه فاذا دخل دار الاسلام فهو حربي دخل دار الاسلام بغير
امان ولو اسر واحدا من الموادعين اهل دار اخري فغزا المسلمون علي تلك الدار
كان فيا وقد ذكرنا انه لو دخل اليهم تاجرا فهو امن ووجه الفرق انه لما اسر فقد
انقطع حكم دار الموادعة في حقه واذا دخل تاجرا لم ينقطع واما صفة عقد الموادعة
فهو انه عقد غير لازم محتمل للنقض فللامام ان ينبذ اليهم لقوله تعالي واما تخافن من
قوم خيانة فانبذ اليهم علي سوا فاذا وصل النبذ الي ملكهم فلا باس للمسلمين ان يغزوا
عليهم لان الملك يبلغ قومه ظاهرا الا اذا استيقن المسلمون ان خبر النبذ لم يبلغ
قومه ولم يعلموا به فلا احب ان يغزوا عليهم لان الخبر اذا لم يبلغهم فهم علي حكم الامان
الاول فكان قتالهم منا غدرا وتغريرا وكذلك اذا كان النبذ من جهتهم بان ارسلوا
الينا رسولا بالنبذ واخبروا الامام بذلك فلا باس للمسلمين ان يغزوا عليهم لما قلنا
الا اذا استيقن المسلمون ان اهل ناحية لم يعلموا بذلك لما بينا ولو وادع الامام
علي جعل اخذه منهم ثم بدا له ان ينقض فلا باس به لما بينا انه غير لازم فكان محتملا
للنقض ولكن يبعث اليهم حصة ما بقي من المدة من الجعل الذي اخذه لانه لما اعطوه
ذلك بمقابلة الامان في كل المدة فاذا فات بعضها لزم الرد بقدر الفايت هذا اذا وقع
الصلح علي ان يكونوا مستبقين علي احكام الكفر فاما اذا وقع الصلح علي ان يجري
عليهم احكام الاسلام فهو لازم لا يحتمل النقض لان الصلح الواقع علي هذا الوجه
عقد ذمة فلا يجوز للامام ان ينبذ اليهم والله اعلم واما بيان ما ينتقض به عقد
الموادعة فالجملة فيه ان عقد الموادعة اما ان كان مطلقا عن الوقت واما ان كان
موقتا بوقت معلوم فان كان مطلقا عن الوقت فالذي ينتقض به نوعان نص
ودلالة فالنص هو النبذ من الجانبين صريحا واما الدلالة فهو ان يوجد منهم
ما يدل علي النبذ نحو ان يخرج قوم من دارهم بغير اذن الامام فقطعوا الطريق
في دار الاسلام فان كانوا جماعة لا منعة لهم لا يكونوا ذلك للعهد لان قطع الطريق
بلا منعة لا يصلح دلالة النقض الا تري انه لو نص واحد منهم علي النقض لا ينتقض
كما في الامان الموبد وهو عقد الذمة وان كانوا جماعة لهم منعة فخرجوا بغير اذن
الامام ولا اذن اهل مملكته فالملك واهل مملكته علي موادعتهم لانعدام دلالة
النقض منهم وان كان موقتا بوقت معلوم ينتهي بانتهاء الغاية من غير الحاجة الي
الناقض ولو كان واحد منهم دخل دار الاسلام بالموادعة الموقتة فمضي الوقت
وهو في دار الاسلام فهو امن حتي يرجع الي مامنه لان التعرض يوجب الغدر
والتغرير فيجب التحرز عنه ما امكن والله اعلم • واما الامان الموبد فهو المسمي
بعقد الذمة والكلام فيه في مواضع • في بيان ركن العقد • وفي بيان شرايط

الركن • وفي بيان حكم العقد • وفي صفة العقد • وفي بيان به اهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض له • اما ركن العقد فنوعان نص ودلالة اما النص فهو لفظ يدل عليه قبول الجزية نحو ان يدخل حربي في دار الاسلام بامان فاذا اقام بها سنة بعد ما تقدم اليه في ان يخرج او يكون ذميا والاصل ان الحربي اذا دخل دار الاسلام بامان ينبغي للامام ان يتقدم اليه فيضرب له مدة معلومة على حسب ما يقتضي رايه ويقول له ان جاوزت المدة جعلتك من اهل الذمة فاذا جاوزها صار ذميا لانه لما قال له ذلك فلم يخرج حتى مضت المدة فقد رضي بصيرورته ذميا فاذا اقام سنة من يوم قال له الامام اخذ منه الجزية ولا يتركه يرجع الى وطنه بعد ذلك وان خرج قبل تمام السنة فلا سبيل عليه ولو قال الامام عند الدخول ادخل ولا تمكث سنة فمكث سنة صار ذميا ولا يمكن من الرجوع الى وطنه لما قلنا ولو اشترى المستامن ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا لان وظيفة الخراج تختص بالمقام في دار الاسلام فاذا قبلها فقد رضي بكونه من اهل دار الاسلام فيصير ذميا ولو باعها قبل ان يجب خراجها لم يصر ذميا لان قبول الذمة وجوب الخراج لا نفس الشرا فما لم يوضع عليه الخراج لا يكون يصير ذميا ولو استاجر ارضا خراجية فزرعها لم يصر ذميا لان الخراج على الاجر دون المستاجر فلا يدل على التزام الذمة الا اذا كان خراج مقاسمة فاذا اخرجت الارض واخذ الامام الخراج من الخارج وضع عليه الجزية وجعله ذميا ولو اشترى المستامن ارض المقاسمة واجرها من رجل من المسلمين فاذا اخذ الامام الخراج من ذلك يصير المستامن ذميا لما بينا ان نفس الشرا لا يدل على التزام بل دليل الالتزام هو وجوب الخراج عليه ولم يجب ولو اشترى الحربي المستامن ارض خراج فزرعها فاخرجت زرعا فاصاب الزرع افة لا يصير ذميا لانه اذا اصاب الزرع افة لم يجب الخراج فصار كانه لم يزرعها فبقي نفس الشرا وانه لا يصلح دليل قبول الذمة ولو وجب على المستامن الخراج في اقل سنة منذ يوم ملكها صار ذميا كانه عقد الذمة نصا فيعتبر ابتدا العقد من حين وجب الخروج فيوخذ خراج الراس بعد تمام السنة من ذلك الوقت ولو تزوجت الحربية المستامنة في دار الاسلام ذميا صارت ذمية ولو تزوج الحربي في دار الاسلام ذمية لم يصر ذميا ووجه الفرق ان المراة تابعة لزوجها فاذا تزوجت بذمي فقد رضيت بالمقام في دارنا فصارت ذمية تبعا لزوجها فاما الزوج فليس بتابع للمراة فلا يكون تزوجه اياها دليل الرضا بالمقام في دار الاسلام فلا يصير ذميا والله اعلم واما شرايط الركن فانواع احدها ان لا يكون المعاهد من مشركي العرب فانه لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف لقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الى قوله سبحانه فخلوا سبيلهم امر بقتل المشركين ولم يامر بتخلية سبيلهم الا عند توبتهم وهي الاسلام ويجوز عقد الذمة من اهل الكتاب لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر الى قوله تعالى من الذين اوتوا الكتاب الاية وسوا كانوا من العرب او من العجم لعموم النص ويجوز مع المجوس لانهم ملحقون باهل الكتاب في حق الجزية لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في المجوس سنوا بهم سنة اهل الكتاب وكذلك فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق وضرب الجزية على جماجمهم

والخراج

والخراج على اراضيهم ثم وجه الفرق بين مشركي العرب وبين غيرهم من اهل الكتاب ومشركي العجم ان اهل الكتاب انما تركوا بالذمة وقبول الجزية لا لرغبة فيما يوخذ منهم او طمع في ذلك بل للدعوة الى الاسلام ليخالطوا المسلمين فيتاملوا في محاسن الاسلام وشرايعه وينظروا فيها فيروها موسسة على ما يحتمله العقول وتقبله فيدعوهم ذلك الى الاسلام ويرغبون فيه فكان عقد الذمة لرجا الاسلام وهذا المعنى لا يحصل بعقد الذمة مع مشركي العرب لانهم اهل تقليد وعادة لا يعرفون سوى العادة وتقليد الاباء بل يعدون ما سوى ذلك سخرية وجنونا فلا يشتغلون بالتامل والنظر في محاسن الشريعة ليقفوا عليها فيدعوهم الى الاسلام فتعين السيف داعيا لهم الى الاسلام ولهذا لم يقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم الجزية ومشركوا العرب ملحقون باهل الكتاب في هذا الحكم بالنص الذي روينا ومنها ان لا يكون مرتدا فانه لا يقبل من المرتد ايضا الا الاسلام او السيف لقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون قيل ان الاية نزلت في الردة من بني حنيفة ولان العقد في حق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لان الظاهر انه لا ينتقل عن دين الاسلام بعد ما عرف محاسنه وشرايعه المحمودة في العقول الا لسو اختياره وشوم طبعه فيقع الياس عن فلاحه فلا يكون عقد الذمة وقبول الجزية في حقه وسيلة الى الاسلام واما الصابيون فيعقد لهم عقد الذمة لما ذكرنا في كتاب النكاح ان عند ابي حنيفة هم قوم من اهل الكتاب يقرون الزبور وعندهما هم قوم يعبدون الكواكب فكانوا في حكم عبدة الاوثان فيوخذ منهم الجزية اذا كانوا من العجم والله اعلم ومنها ان يكون موبدا فان وقت له وقتا لم يصح عقد الذمة لان عقد الذمة في افادة العصمة كالخلف عن عقد الاسلام وعقد الاسلام لا يصح الا موبدا فكذا عقد الذمة واما بيان حكم العقد فنقول وبالله التوفيق ان لعقد الذمة احكاما منها عصمة النفس لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله الى قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون انهى اباحة القتال الى غاية قبول الجزية واذا انتهت الاباحة تثبت العصمة ضرورة ومنها عصمة المال لانها تابعة لعصمة النفس وعن علي رضي الله عنه انه قال انما قبلوا عقد الذمة ليكون اموالهم كاموالنا ودماوهم كدمائنا ومنها وجوب الجزية • والكلام في الجزية في مواضع • في بيان سبب وجوب الجزية • وفي بيان شرايط الوجوب • وفي بيان وقت الوجوب • وفي بيان مقدار الواجب وفي بيان ما يسقط به بعد الوجوب • اما الاول فسبب وجوبها عقد الذمة واما شرايط الوجوب فانواع منها العقل ومنها البلوغ ومنها الذكورة فلا تجب على الصبيان والمجانين والنسا لان الله تعالى اوجب الجزية على من هو من اهل الكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر الاية والمقاتلة مفاعلة من القتال وهولا ليسوا من اهل القتال فلا تجب عليهم ومنها الصحة فلا تجب على المريض اذا مرض السنة كلها لان المريض لا يقدر على القتال وكذلك ان مرض اكثر السنة وان صح اكثر السنة وجبت لان للاكثر حكم الكل ومنها السلامة عن الزمانة والعمى والكبر في ظاهر الرواية فلا تجب على الزمن والاعمى والشيخ الكبير وروي عن ابي يوسف انها ليست بشرط وتجب على هولا الا اذا كان لهم مال والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هولا ليسوا من اهل القتال لعادة الا ترى انهم لا يقتلون وكذا الفقير الذي لا يقدر لا فديه لان من لا يقدر على العمل لا يكون من اهل القتال واما اصحاب الصوامع فعليهم الجزية اذا كانوا

قادرين علي العمل لانهم من اهل القتال فان لم يعملوا مع القدرة علي العمل لا يمنع الوجوب كما اذا
كان له ارض خراج فلم يزرعها مع القدرة علي الزراعة انه لا يسقط عنه الخراج ومنها الحرية
فلا تجب علي العبد لان العبد ليس من اهل ملك المال واما وقت الوجوب فاول السنة
لانها تجب لحقن الدمة في المستقبل فلا تؤخر اخر السنة ولكن يوخذ في كل شهر من الفقير
درهم ومن الوسط درهمين ومن الغني اربعة دراهم واما بيان مقدار الواجب فنقول
وبالله التوفيق والعصمة الجزية علي ضربين جزية توضع بالتراضي وهو الصلح وذلك يتقدر
بقدر ما وقع عليه الصلح كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم بني نجران علي الف
ومايتي حلة وجزية يضعها الامام من غير رضاهم بان ظهر الامام علي ارض الكفار واقرهم
علي املاكهم وجعلهم ذمة وذلك علي مراتب لان اهل الذمة علي ثلاث مراتب اغنيا واوساط
وفقرا يضع علي الغني ثمانية واربعين درهما وعلي الوسط اربعة وعشرين وعلي الفقير
المعتمل اثني عشر درهما كذا روي عن عمر رضي الله عنه انه امر عثمان بن حنيف حين
بعثه الي السواد ان يضع هكذا وكان ذلك من عمر بمحضر من المهاجرين والانصار رضي الله
عنهم ولم ينكر عليه فهو كالاجماع علي ذلك مع انه لا يحتمل ان يكون من عمر رضي الله عنه
رايا لان المقدرات سبيل معرفتها التوقيف والسمع لا العقل فهو كالمسموع من رسول
الله صلى الله عليه وسلم ثم اختلف في تفسير الغني في هذا الباب والوسط والفقير
قال بعضهم من يملك نصابا يجب في مثله الزكاة علي المسلمين وهو مايتا درهم
فهو فقير ومن ملك مايتا درهم فهو من الاوساط ومن ملك اربعة الاف فصاعدا
فهو من الاغنيا لما روي عن علي رضي الله عنه وعبد الله بن عمر رضي الله عنهما انهما قالا
اربعة الاف فادونها نفقة وما فوق ذلك كثير وقيل من ملك مايتي درهم الي عشرة
الاف فما دونها فهو من الاوساط ومن ملك زيادة علي عشرة الاف فهو من الاغنيا
والله اعلم واما ما يسقطها بعد الوجوب فانواع منها الاسلام ومنها الموت عندنا
فان الذمي اذا مات او اسلم سقطت الجزية عندنا وعند الشافعي لا تسقط بالموت
والاسلام وجه قوله الجزية وجبت عن العصمة لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله
الي قوله تعالى حتى يعطوا الجزية اباح دما اهل القتال ثم حقنها بالجزية فكانت الجزية
عوضا عن حقن الدم وقد حصل المعوض في الزمان الثاني فلا يسقط عنه العوض ولنا
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس علي مسلم جزية وعن عمر رضي الله
عنه انه رفع الجزية بالاسلام فقال والله ان في الاسلام لمعاذا ان فعل ولانها وجبت
وسيلة الي الاسلام ان الاسلام فرض بالنصوص والجزية تتضمن ترك القتال ولا تجوز
شرع عقد الذمة والجزية الذي فيه ترك القتال وهو التوسل الي الاسلام والا
فيكون تناقضا والشريعة لا تتضمن تناقض وتعذر تحقيق معني التوسل بعد
الموت والاسلام فيسقط ضرورة قوله انها وجبت عن حقن الدم ممنوع بل ما وجبت
الا وسيلة الي الاسلام لان تمكين الكفرة في دار الاسلام وترك قتالهم مع قولهم
في الله ما لا يليق بذاته وصفاته للوصول الي غرض يسير من الدنيا خارج عن الحكمة
والعقل واما التوسل الي الاسلام واعدام الكفرة معقول معما انها ان وجبت لحقن
الدم فانها تجب لذلك في المستقبل واذا صار ذمة محقونا فيما مضي فلا يجوز اخذ
الجزية لاجله فيسقط ومنها مضي سنة تامة ودخول سنة اخري قبل ان يوديها
الذمي يوخذ منه للسنة المستقبلة ولا يوخذ منه للسنة الماضية وعند هما

توخذ

توخذ لما مضي ما دام ذميا والمسئلة تعرف بالمداينة انما توخذ ام لا وجه قولهما
ان الجزية احد نوعي الخراج فلا تسقط بالتاخير الي سنة اخري استدلالا بالخراج الاخر
وهو خراج الارض وهذا لان كل واحد منهما دين فلا يسقط بالتاخير كساير الديون ولابي

احد مما صح

حنيفة وجهان ان الجزية ما وجبت الا لرجا الاسلام ولم يوجد حتي دخلت سنة اخري
انقطع الرجا فيما مضي فلا توخذ فيما لما مضي وبقي الرجا في المستقبل فتوخذ للسنة
المستقبلة والثاني ان الجزية انما جعلت لحقن الدمة في المستقبل فاذا صار ذمة
محقونا في السنة الماضية فلا توخذ الجزية لاجلها لانعدام الحاجة الي ذلك كما اذا
اسلم او مات تسقط عنه الجزية لعدم الحاجة الي الحقن بالجزية كذا هذا والاعتبار
بخراج الارض غير سديد فان المجوسي اذا اسلم بعد مضي السنة لا يسقط عنه
خراج الارض ويسقط عنه خراج الراس بلا خلاف بين اصحابنا وبه تبين ان هذا
كساير الديون فيبطل به الاعتبار بها والله اعلم واما صفة العقد فهي انه لازم في
حقنا حتي لا يملك المسلمون نقضه بحال من الاحوال واما في حقهم فغير لازم بل يحتمل
الانتقاض في الجملة لكنه لا ينتقض الا باحد امور ثلثة احدها ان يسلم الذمي
لما مر ان الذمة عقدت وسيلة الي الاسلام وقد حصل المقصود والثاني ان
يلحق بدار الحرب صار بمنزلة المرتد لان الذمي اذا لحق بدار الحرب يسترق والمرتد
اذا لحق بدار الحرب لا يسترق لما نذكره ان شا الله تعالى والثالث ان يغلبوا علي
موضع فيحاربونا لانهم اذا فعلوا ذلك فقد صاروا اهل الحرب فينتقض العهد
ضرورة ولو امتنع الذمي من اعطا الجزية لا ينتقض عهده لان الاحتمال يحتمل ان يكون
لعذر العدم فلا ينتقض العهد بالشك والاحتمال وكذلك لو سب النبي صلى الله
عليه وسلم لا ينتقض عهده لان هذا زيادة كفر علي كفره والعقد يبقي مع اصل
الكفر فيبقي مع الزيادة وكذلك لو قتل مسلما او زنا بمسلمة لان هذه معاصي
ارتكبوها او هي دون الكفر في القبح والحرمة ولم يثبت الذمة مع الكفر فمع العصمة
اولي واما بيان ما يوخذ به اهل الذمة وما يتعرض له وما لا يتعرض له فنقول

فصل صح

وبالله التوفيق والعصمة ان اهل الذمة يوخذون باظهار علامات يعرفون
بها ولا يتركون يتشبهون بالمسلمين في لباسهم ومركبهم وهيئتهم فيوخذ الذمي
بان يجعل علي وسطه كستيجا مثل الخيط الغليظ ويلبس قلنسوة طويلة مضربة
ويركبه سرجا علي قربوسه مثل الرمانة ولا يلبس طيلسانا مثل طيالسة المسلمين
ولا اردا مثل اردية المسلمين والاصل فيه ما روي عن عمر بن عبد العزيز رضي
الله عنه مر علي رجال ركوب ذوي هيئة فظنهم مسلمين فسلم عليهم فقال له من
اصحابه اصلحك الله اتدري من هولا فقال من هم فقال هولا نصارى بني
تغلب فلما اتي منزله امر ان ينادي في الناس الا لا يبقي نصراني الا عقد ناصيته
وركب الاكاف ولم ينقل انه انكر عليه احد فيكون كالاجماع ولان السلام من
شعاير الاسلام فيحتاج المسلمون الي اظهاره هذا الشعار عند الالتقا ولا
يمكنهم ذلك الا بتمييز اهل الذمة بالعلامة ولان في اظهار هذه العلامات
اظهارا لاثار الذلة عليهم وفيه صيانة عما يدضعفة المسلمين عن التغيير علي ما
قال الله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم
سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون ولهذا وكذا يجب ان يتميز نساوهم عن

نسا المسلمين في حال المشي في الطريق ويجب التمييز في الحمامات في الازر فيخالف ازرهم
المسلمين لما قلنا وكذا يجب ان يتميز الدور بعلامات يعرف بها دورهم من دور المسلمين
ليعرف السايل المسلم انها دور الكفرة فلا يدعو لهم بالمغفرة ويتركون ان يسكنوا في
امصار المسلمين يبيعون ويشترون لان عقد الذمة شرع ليكون وسيلة لهم الى
الاسلام وتمكينهم من المقام في امصارهم المسلمين ابلغ الى هذا المقصود وفيه ايضا
منفعة المسلمين بالبيع والشرا فيمكنون من ذلك ولا يمكنون من بيع الخمور والخنازير
فيها ظاهرا لان حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حقهم كما هي ثابتة في حق المسلمين لانهم
مخاطبون بالحرمات هو الصحيح عند اهل الاصول على ما عرف في موضعه فكان اظهار
بيع الخمر والخنزير منهم اظهار الفسق فيمنعون من ذلك وعندهم ان ذلك مباح
فكان اظهار ذلك اظهار لشعاير الكفر في مكان معد لاظهار شعاير الاسلام وهو
امصار المسلمين فيمنعون عن ذلك وكذا يمنعون عن ادخالها في امصار المسلمين
ظاهرا وروي عن ابي يوسف اني امنعهم من ادخال الخمور ولا امنعهم من ادخال
الخنازير فرق بين الخمر والخنزير لما في الخمر من خوف وقوع المسلم فيها ولا يتوهم
ذلك في الخنزير ولا يمكنون من اظهار صليبهم في عيدهم لانه اظهار شعاير
الكفر فلا يمكنون في امصار المسلمين ولو فعلوا ذلك في كنايسهم لا يتعرض لهم ولو
ضربوا الناقوس في جوف كنايسهم القديمة لم يتعرض لذلك لان اظهار الشعاير
لم يتحقق فان ضربوا به خارجا منها لم يمكنوا منه لما فيه من اظهار الشعاير ولا
يمنعون من اظهار شي مما ذكرنا من بيع الخمور والخنازير والصليب وضرب
الناقوس في قرية او موضع ليس من امصار المسلمين ولو كان فيه عدد كثير من
اهل الاسلام وانما يكره ذلك في امصار المسلمين وهي التي يقام فيها الجمع والاعياد
والحدود ولان المنع من اظهار هذه الاشيا لكونه اظهار الشعاير الكفر في مكان اظهار
شعاير الاسلام فيختص المنع بمكان اظهار شعاير وهو المصر الجامع واما اظهار فسق
ما يعتقدون حرمته كالربا وساير الفواحش التي هي حرام في دينهم فانهم يمنعون
من ذلك سوا كانوا في امصار المسلمين او في امصارهم ومداينهم وكذا المزامير
والعيدان والطبول والغنا واللعب بالحمام ونظيرها يمنعون من ذلك كله في
الامصار والمدن والقرى لانهم يعتقدون حرمة هذه الافعال كما نعتقدها
نحن فلم تكن مستثناة عن عقد الذمة ليتركوا عليها واما الكنايس والبيع القديمة
فلا يتعرض ولا تهدم شي منها واما احداث كنيسة اخرى فيمنعون عنه فيما صار
مصرا من امصار المسلمين لقوله صلى الله عليه وسلم لا كنيسة في الاسلام ولو
انهدمت كنيسة فلهم ان يبنوها كما كانت لان لهذا البنا حكم البقا ولهم ان يستبقوها
وليس ان يحولوها من موضع الى موضع لان التحويل من موضع الى موضع اخر
في حكم احداث كنيسة اخرى واما في القرى او في موضع ليس من امصار المسلمين
فلا يمنعون من احداث الكنايس والبيع كما لا يمنعون من اظهار بيع الخمور والخنازير
لما بينا ولو ظهر الامام على قوم من اهل الحرب فراى ان يجعلهم ذمة ويضع على رؤسهم
وعلى اراضيهم الخراج لا يمنعون من اتخاذ الكنايس والبيع واظهار بيع الخمر والخنزير
لان الممنوع اظهار شعاير الكفر في مكان اظهار شعاير الاسلام وهو امصار المسلمين
ولم يوجد بخلاف ما اذا صاروا ذمة بالصلح بان طلب قوم من اهل الحرب منا

ان يصيروا

ان يصيروا ذمة يودون عن رقابهم واراضيهم شيا معلوما ويجري احكام الاسلام
فصالحناهم على ذلك وكانت اراضيهم مثل اراضي الشام وقرى ورساتيق وامصار
انه لا يتعرض لكنايسهم لكنايسهم القديمة ولكنهم لو ارادوا ان يحدثوا شيا منها
يمنعوا من ذلك لانها صارت مصرا من امصار المسلمين واحداث الكنيسة في مصر
من امصار المسلمين ممنوع عنه شرعا فان مصر الامام للمسلمين مصرا كما مصر عمر
رضي الله عنه الكوفة والبصرة فاشترى قوم من اهل الذمة دورا وارادوا
ان يتخذوا فيها كنايس لم يمكنوا من ذلك لما قلنا وكذلك لو تخلى رجل في صومعته
منع من ذلك لان ذلك في معنى اتخاذ الكنيسة وكل مصر من امصار المشركين
ظهر عليه الامام عنوة فقد استحقه المسلمون فتمنعهم من الصلاة وامرهم ان يتخذوها
مساكن ولا ينبغي ان يهدمها وكذلك كل قرية جعلها الامام مصرا ولو عطل الامام
هذا المصر وتركوا اقامة الجمع والاعياد والحدود فيه كان لاهل القرية ان يحدثوا
ما شاوا والا انه عاد قرية كما كانت نصرانية تحت مسلم لا يمكنها من نصب نصب
الصليب في بيته لان نصب الصليب كنصب الصنم وتصلي في بيته حيث شاءت
هذا الذي ذكرنا حكم ارض العجم واما ارض العرب فلا يترك فيها كنيسة ولا بيعة ولا
يباع فيها الخمر والخنزير مصرا كان او قرية او ماء من مياه العرب ويمنع المشركون
ان يتخذوا ارض العرب مسكنا او وطنا كذا ~~محمد~~ ذكره محمد رحمه الله تفضيلا
لارض العرب على غيرها وتطهيرا لها عن الدين الباطل قال صلى الله عليه وسلم
لا يجتمع دينان في جزيرة العرب واما الالتجا الى الحرم فان الحربي اذا التجا الى الحرم
لا يباح قتله ~~قتله~~ في الحرم ولكن لا يطعم ولا يسقى ولا يوى ولا يبايع حتى يخرج
من الحرم وعند الشافعي يقتل في الحرم واختلف اصحابنا فيما بينهم قال ابو
حنيفة ومحمد لا يقتل في الحرم ولا يخرج منه ايضا وقال ابو يوسف لا يباح
قتله في الحرم ولكن يباح اخراجه من الحرم للشافعي قوله تعالى اقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم وحيث يعبر عن المكان فكان هذا اباحة لقتل المشركين في الاماكن
كلها ولنا قوله تعالى اولم يروا انا جعلنا حرما امنا هذا اذا دخل ملتجيا اما اذا دخل
مكابرة او مقاتلا يقتل لقوله تعالى ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم
فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم ولانه لما دخل مقاتلا فقد هتك حرمة الحرم فيقتل
تلافيا للهتك زجرا لغيره عن الهتك وكذلك لو دخل قوم من اهل الحرب للقتال
فانهم يقتلون ولو انهزموا من المسلمين فلا شي على المسلمين في اسرهم وقتلهم

فصل

واما بيان حكم الغنايم وما يتصل بها فنقول وبالله التوفيق
ههنا ثلثة اشيا النفل والفي والغنيمة فلا بد من بيان معاني هذه الالفاظ
وما يتعلق بها من الشرايط والاحكام اما النفل في اللغة فعبارة عن الزيادة
ومنه سمي ولد الولد نافلة لانه زيادة على الولد الصلبي وسميت التطوعات نوافل
العبادات لكونها زيادات على الفرايض وفي الشريعة عبارة عما اختصه
الامام لبعض الغزاة تحريضا لهم على القتال سمي نفلا لكونه زيادة على ما يسهم
لهم من الغنيمة والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة نحو ان يقول
الامام من اصاب شيا فله ربعه او ثلثه او قال من اصاب شيا فهو له او قال
من احدث شيا او قال من قتل قتيلا فله سلبه او قال لسرية ما اصبتم فلكم

ربعه او ثلثه او قال فهو لكم وذلك جايز لان التخصيص بذلك تحريض على القتال وانه امر
مشروع ومندوب اليه قال الله تعالى يايها النبي حرض المومنين على القتال الا انه لا
ينبغي للامام ان ينفل بكل الماخوذ لان التنفيل بكل الماخوذ قطع حق الغانمين عن المنفل
لكن مع هذا لو راي الامام المصلحة في ذلك ففعله مع سرية جاز لان المصلحة قد
تكون فيه في الجملة ويجوز التنفيل في ساير الاموال من الذهب والفضة والسلب
وغير ذلك لان معنى التحريض على القتال يتحقق في الكل والسلب هو ثياب المقتول
وسلاحه التي معه ودابته التي ركبها بسرجها والاتها وما كان معه من مال في حقيبة
على الدابة وعلى وسطه فاما حقيبته وغلامه وما كان مع غلامه على دابة اخرى فليس
بسلب ولو اشتركا في قتل رجل كان السلب بينهما فان بدا احدهما بضربة ثم اجهزه
الاخر بان كانت الضربة الاولى قد اثخنته وصيرته الى حال لا يقاتل ولا يعين على
القتال فالسلب للاول لانه قتيل الاول وان كانت الضربة الاولى لم تصيره الى
هذه الحالة فالسلب للثاني لانه قتيل الثاني ولو قتل رجل واحد قتيلين او اكثر وهل
يدخل الامام في التنفيل ان قال في جميع ذلك منكم لم يدخل لانه يخصهم وان لم يقل منكم
يدخل لانه عم الكلام هذا اذا نفل الامام فان لم ينفل شيا فقتل رجل من الغزاة
قتيلا لم يختص بسلبه عندنا وقال الشافعي ان قتله مدبرا منهزما لم يختص
بسلبه وان قتله مقبلا مقاتلا يختص بسلبه واحتج بما روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال من قتل قتيلا فله سلبه وهذا منه صلى الله عليه وسلم
نصب الشرع ولانه اذا قتله مقبلا مقاتلا فقد قتله بقوة نفسه فيختص بسلبه
واذا قتله موليا منهزما فانما قتله بقوة الجماعة فكان السلب غنيمة مقسومة
ولنا ان القياس يابى جواز التنفيل والاختصاص بالمصاب من السلب وغيره
لان سبب الاستحقاق ان كان هو الجهاد فالجهاد وجد من الكل وان كان هو الاستيلا
والاصابة والاخذ فذلك يحصل بقوة الكل فيقتضي الاستحقاق للكل فتخصيص
البعض بالتنفيل يخرج مخرج القطع قطع الحق عن المستحق فينبغي ان لا يجوز الا انا
استحسنا الجواز بالنص وهو قوله تعالى يايها النبي حرض المومنين على القتال
والتنفيل تحريض على القتال باطماع زيادة المال لان من له زيادة غنا وفضل
شجاعة لا يرضى طبعه باظهار ذلك مع ما فيه من مخاطرة الروح وتعريض النفس
بالهلاك الا باطماع زيادة لا يشاركه فيه غيره فاذا لم يطمع لا يظهر فلا يستحق الزيادة
والله اعلم واما الحديث فلا حجة له فيه لانه يحتمل انه نصب بذلك القول شرعا
ويحتمل ان يكون نصبه شرطا ويحتمل انه نفل قوما باعيانهم فلا يكون حجة مع الاحتمال
نظيره قوله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له انه لم يجعله ابو حنيفة
حجة لملك الارض المحياة بغير اذن الامام لمثل هذا الاحتمال واما شرط جوازه
فهو ان يكون قبل حصول الغنيمة في يد الغانمين فاذا حصلت في ايديهم فلا نفل
لان جواز التنفيل للتحريض على القتال وذا لا يتحقق الا قبل اخذ الغنيمة فان
قيل اليس انه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نفل بعد احراز الغنيمة
فالجواب انه يحتمل انه عليه السلام انما نفل من الخمس او من الصفي الذي كان له
في الغنايم ويحتمل انه كان مما افا الله عليه فسماه الراوي غنيمة والله اعلم واما
حكم التنفيل فنوعان احدهما اختصاص المنفل بالنفل حتى لا يشاركه فيه

غيره وهل يثبت الملك فيه قبل الاحراز بدار الاسلام ففيه كلام نذكره في موضعه ان
شا الله تعالى والثاني انه لا خمس في النفل لان الخمس انما يجب في غنيمة مشتركة بين الغا
[نميين]
والنفل ما اخلصه الامام لصاحبه وقطع شركة الاغيار عنه فلا يجب فيه الخمس ويشارك
المنفل الغزاة في اربعة اخماس ما اصابوا لان الاصابة او الجهاد يحصل بقوة الكل الا
ان الامام خص البعض ببعضها وقطع حق الباقين عنه فبقي حق الكل متعلقا بما وراه
فيشاركهم فيه والله اعلم واما الفي فهو اسم لمال لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب
نحو الاموال المبعوثة بالرسالة الى امام المسلمين والاموال الماخوذة على موادعة
اهل الحرب ولا خمس فيها لانه ليس بغنيمة اذ هي اسم للماخوذ من الكفرة على سبيل
القهر والغلبة ولم يوجد وقد كان الفي لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة يتصرف
فيه كيف يشا يختصه لنفسه او يفرقه فيمن شا قال الله تعالى وما افا الله على
رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب ولكن الله يسلط رسله على من يشا والله
على كل شي قدير وروي عن عمر رضي الله عنه انه كانت اموال بني النضير مما
افا الله على رسوله كانت خالصة له وكان ينفق منها على اهله نفقة سنته وما
بقي جعله في الكراع والسلاح ولهذا كانت فدك خالصة لرسول الله صلى الله عليه
وسلم اذ كانت لم يوجف عليها الصحابة رضي الله عنهم من خيل ولا ركاب فانه روي
ان اهل فدك لما بلغهم خبر اهل خيبر انهم سالوا رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يجليهم ويحقن دماهم ويخلوا بينه وبين اموالهم بعثوا الى رسول الله صلى
الله عليه وسلم وصالحوه على النصف من فدك فصالحهم على ذلك ثم الفرق بين
رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الايمة في المال المبعوث من اهل الحرب
انه لعامة المسلمين فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة ان الامام
انما اشرك قومه في المال المبعوث اليه من اهل الحرب لان هيبة الايمة بسبب
قومهم فكانت مشتركة بينهم فاما هيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فما كانت
باصحابه بل بما نصر بالرعب كما قال عليه السلام نصرت بالرعب مسيرة شهرين
لذلك كان له ان يختصه لنفسه والله اعلم وعلى هذا اذا دخل حربي الى دار الاسلام
بغير امان فاخذه واحد من المسلمين فيكون فيا لجماعة المسلمين ولا يختص به
الاخذ عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يكون للاخذ خاصة وجه قولهما
ان سبب الملك وجد من الاخذ خاصة فيختص بملكه كما اذا دخلت طايفة من
اهل الحرب دار الاسلام فاستقبلتها سرية من اهل الاسلام فاخذتها انهم يختصون
بملكها والدليل على ان سبب الملك وجد من الاخذ خاصة ان السبب هو الاخذ
والاستيلا وهو اثبات اليد وقد وجد ذلك حقيقة من الاخذ خاصة واهل
الدار ان كانت يد لكنها يد حكمية ويد الحربي حقيقية لانه حر والحر في يد نفسه
واليد الحكمية لا تصلح مبطلة لليد الحقيقية لانها دونها ونقض الشي بما هو مثله
او بما هو فوقه لا بما هو دونه فاما يد الاخذ فيد حقيقية وهي محقة ويد الحربي
مبطلة فجاز ابطالها وجه قول ابي حنيفة انه وجد سبب الملك لعامة المسلمين
في محل قابل للملك وهو المباح فيصير ملكا للكل كما اذا استولى جماعة على صيد وانما
قلنا ذلك لانه كما دخل دار الاسلام فقد ثبت يد اهل الدار عليه لان الدار في
ايديهم كما في الدار يكون في ايديهم ولهذا قلنا انه لا يثبت الملك للغانمين في

الغنايم ما دام في دار الحرب كذا ههنا قوله يد اهل الدار يد حكمية ويد الحربي حقيقية فلا تبطلها قلنا ويد اهل الدار يد حقيقية ايضا لان المعنى من اليد في هذه الابواب القدرة من حيث سلامة الابواب والالات ولاهل الدار الات سليمة لو استعملوها في التصرف عليه لحدثت لهم بمجرى العادة قدرة حقيقية على وجه لا يمكنهم مقاومتهم ومعارضتهم مما انه اذا ثبت يد الاخذ عليه حقيقة فقد ثبت يد اهل الدار لان يده يد اهل الدار لان اهل دار الاسلام كلهم منعة واحدة فانهم يذبون عن دين واحد فكانت يده يد الكل معنى كما اذا دخل الغزاة دار الحرب واخذوا منهم شيا من اموال الكفرة فان الماخوذ يكون من الغنيمة غنيمة مقسومة بين الكل كذا هذا واما السريتان اذا التقيا في دار الاسلام فاخذتها سرية الاسلام فانما اختصوا بملكها للحاجة والضرورة وهي ان بالامام حاجة وضرورة الى بعث السرايا لحراسة الحوزة وحماية البيضة من شر الكفرة اذ الكفرة يتصدون دار الاسلام والدخول في حدودها بغتة فاذا علموا ببعث السرايا وتهيئهم للذب عن حريم الاسلام قطعوا الاطماع فبقيت البيضة محروسة فلو لم يختصوا بالماخوذ لما انقادت طبعهم لكفاية هذا الشغل فيمتد اطماع الكفرة الى دار الاسلام ولهذا اذا نفل الامام سرية فاصابوا شيا يختصون به لوقوع الحاجة الى التنفيل لاختصاص بعض الغزاة بزيادة شجاعة لا ينقاد طبعه لاظهارها الا بالترغيب بزيادة من المصاب بالتنفيل كذا هذا فهل يجب فيه الخمس فعن ابي حنيفة روايتان والصحيح انه لا يجب لان الخمس انما يجب في الغنايم والغنيمة اسم للمال الماخوذ عنوة وقهرا بايجاف الخيل والركاب ولم يوجد لحصوله في ايديهم بغير قتال فكان مباحا ملك لا على سبيل القهر والغلبة فلا يجب فيه الخمس كالمباحات وكذا روي عن محمد روايتان والصحيح انه يجب فيه الخمس لان الملك عنده ثبت باخذه وانما اخذه على سبيل القهر والغلبة فكان في حكم الغنايم ومنها ما ذكرنا ان عند ابي حنيفة كما دخل دار الاسلام فقد انعقد سبب الملك فيه لوقوعه في يد اهل الدار فاعتراض الاسلام بعد انعقاد سبب الملك لا يمنع الملك وعندهما سبب الملك هو الاخذ حقيقة فكان حرا قبله فقد وجد الاسلام قبل وجود سبب الملك فيه فيمنع ثبوته على ما مر ولو رجع هذا الحربي الى دار الحرب خرج من ان يكون بالاجماع اما عند ابي حنيفة فلان حق اهل دار الاسلام لا يتاكد الا بالاخذ حقيقة ولم يوجد واما عندهما فلانه لا يثبت الملك اصلا الا حقيقة الاخذ ولم يوجد وصار هذا كما اذا انفلت واحد من الاسارى قبل الاحراز بدار الاسلام والتحق بمنعتهم انه يعود حرا كما كان كذا هذا ولو ادعى هذا الحربي انه دخل بامان يقبل قوله عند ابي حنيفة وعندهما لا يقبل اما عندهما فلان دخوله دار الحرب سبب لثبوت الملك والامان عارض مانع من انعقاد السبب فلا يقبل دعوى العارض الا بحجة واما عندهما فلان الملك فيه يقف على حقيقة الاخذ فكان حرا قبله فكان دعوى الامان دعوى حكم الاصل فيقبل وكذلك لو قال الاخذ اني امنته لم يقبل قوله عند ابي حنيفة وعندهما يقبل اما عنده فلان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير فلا يقبل وعندهما هذا اقرار على نفسه وانه غير متهم في حق نفسه ولو دخل هذا الحربي الحرم قبل ان يوخذ فهو فيء عند ابي حنيفة ودخول الحرم لا يبطل ذلك عنده لان ما ذكرنا من المعنى لا يوجب الفصل بين الحرم وغيره والدليل عليه ان الاسلام

لم يبطل

لم يبطل الملك فالحرم اولى لان الاسلام اعظم حرمة من الحرم وعندهما لا يكون فيا الا بحقيقة الاخذ فيبقى على اصل الحرية ولا يتعرض لكنه لا يطعم ولا يسقى ولا يوى ولا يبايع حتى يخرج من الحرم ولو امنه رجل من المسلمين في الحرم او بعد ما خرج من الحرم لم يصح عند ابي حنيفة وعندهما يصح ويرده الى مامنه لان عنده صار فيا لجماعة المسلمين بنفس الدخول دار الاسلام وعندهما لا يصير فيا الا بحقيقة الاخذ فاذا امنه قبل الاخذ يصح ولا يصح بعده لانه مرقوق ولو اخذه رجل في الحرم واخرجه منه فقد اسا وكان فيا لجماعة المسلمين عند ابي حنيفة وعندهما لمن اخذه اما عنده فلان الملك قد ثبت بدخوله دار الاسلام فالاخذ في الحرم لا يبطله واما عندهما فلان الملك ان كان يثبت بالاخذ وانه منهي لكن النهي لغيره وهو حرمة الحرم فلا يمنع كونه سببا للملك في ذاته كالبيع وقت النداء ونحو ذلك ولو اخذه في الحرم ولم يخرجه فينبغي ان يخلى سبيله في الحرم رعاية لحرمة الحرم ما دام فيه والله اعلم وامّا القسمة والكلام فيها في مواضع في تفسير الغنيمة وفي بيان ما يملكه الامام من التصرف من الغنايم وفي بيان قسمة الغنايم وفي بيان ما يباح به الانتفاع به من الغنايم وفي بيان قسمة الغنايم وفي بيان مصارفها

الغنيمه

اما الاول فالغنيمة اسم للماخوذ من اهل الحرب على سبيل القهر والغلبة والاخذ على سبيل القهر والغلبة لا يتحقق الا بالمنعة اما حقيقة المنعة او بدلالة المنعة وهي اذن الامام وعند الشافعي هي اسم للماخوذ من اهل الحرب كيف ما كان ولا يشترط المنعة اصلا وبيان ذلك في مسايل اذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فاخذوا منهم اموالا فانها تقسم قسمة الغنايم بالاجماع سوا دخلوا باذن الامام او بغير اذنه لوجود الاخذ على سبيل القهر والغلبة لوجود المنعة القايمة مقام المقابلة حقيقة واقل المنعة اربعة في ظاهر الرواية لقوله صلى الله عليه وسلم خير الاصحاب اربعة والمروي عن ابي يوسف انها تسعة ولو دخل من لا منعة له باذن الامام فان الماخوذ غنيمة في ظاهر الروايات عن اصحابنا لوجود المنعة دلالة على ما نذكره ولو دخل واحد بغير اذن الامام لم يكن غنيمة عندنا لانعدام المنعة اصلا وعند الشافعي يكون غنيمة والصحيح قولنا لان الغنيمة والغنم والمغنم اسم في اللغة اسم لما اصيب من اموال اهل الحرب واوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب وكذا اشارة النص دليل عليه وهي قوله تعالى وما افا الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب اشار الى ان ما لم يوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب لا يكون غنيمة واصابة مال الحرب بايجاب الخيل والركاب لا يكون الا بالمنعة اما حقيقة او دلالة لان من لا منعة له لا يمكنه على طريق القهر والغلبة فلم الماخوذ غنيمة بل كان مالا مباحا مختصا به الاخذ كالصيد الا ان باخذاه جميعا فيكون الاخذ بينهما كما لو اخذا صيدا اما عند وجود المنعة فيتحقق الاخذ على سبيل القهر والغلبة اما حقيقة المنعة فظاهر وكذا دلالة المنعة وهي اذن الامام لانه لما اذن له الامام بالدخول فقد ضمن له المعرفة بالمدد والنصرة عند الحاجة فكان دخوله باذن الامام امتناعا بالجيش الكثيف معنى فكان الماخوذ ماخوذا على سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة فهو الفرق ولو اجتمع فريقان احدهما دخل باذن الامام والاخر بغير اذنه ولا منعة لهم فالحكم

كيفية صح

في كل فريق عند الاجتماع ما هو الحكم عند الانفراد انه ان تفرد كل فريق باخذ شي فلكل فريق ما
اخذ كما لو انفرد كل فريق بالدخول فاخذ شيا وان اشترك الفريقان فالماخوذ بينهم على عدد
الاخذين ثم ما اصاب الماذون لهم يخمس ويكون اربعة اخماسه بينهم يشترك فيه
الاخذ وغير الاخذ لانه غنيمة وهذا سبيل الغنايم وما اصاب الذين لم يوذن لهم لا خمس
فيه ويكون بين الاخذ ولا يشركهم الذين لم ياخذوا لانه مال مباح وهذا حكم اخذ
المال المباح على ما بينا هذا اجتمع فريقان ولا منعة لهم فاما اذا اجتمعا وكان لهم
باجتماعهم منعة فما اصاب واحد منهما وجماعتهم يخمس واربعة اخماسه بينهم
لان الماخوذ غنيمة لوجود المنعة فكان وجود الاذن وعدمه بمنزلة واحدة ولو
كان الذين دخلوا باذن الامام لهم منعة ثم لحقهم لص او لصان لا منعة لهم بغير اذن
الامام ثم لقوا قتالا واصابوا مالا واصابوا غنايم فما اصابوا العسكر قبل ان
يلحقهم اللص فان هذا اللص لا يشاركهم فيه وما اصابوه بعد ان لحق هذا اللص
بهم فانه يشاركهم لان الاصابة قبل اللحاق حصلت بقتال العسكر حقيقة وكذلك
الاحراز بدار الاسلام لان لهم غنية عن معونة اللص فكان دخوله في الاستيلا على
المصاب قبل اللحاق وعدمه بمنزلة واحدة ولا يشبه هذا الجيش اذا لحقهم المدد
انهم يشاركهم فيما اصابوا لان الجيش يستعين بالمدد لقوتهم فكان الاحراز حاصلا
بالكل وكذلك الاصابة بعد اللحوق حصلت باستيلا الكل كذلك يشاركهم بخلاف
اللص واحد والله اعلم ولو اخذ واحد من الجيش شيا من المتاع الذي له قيمة
وليس بيد انسان منهم كالمعادن والكنوز والخشب والسمك فذلك كله غنيمة وفيه
الخمس وذلك لان ذلك الواحد انما اخذه بمنعة الجماعة وقوتهم فكان مالا ماخوذا على
سبيل القهر والغلبة فكان غنيمة وان لم يكن لذلك الشي في دار الحرب ولا في دار الاسلام
قيمة فهي له خاصة لانه اذا لم يكن له قيمة لم يقع فيه تمانع وتدافع فلا يقع اخذه على
سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة ولو اخذ شيا له قيمة في دار الحرب نحو الخشب فعمله
انية او غيرها رده الى الغنيمة لانه اذا كان له قيمة بذاته فالعمل فيه فضل فان لم
يكن ذلك الشي متقوما فهو له خاصة لما قلنا ولا خمس فيما يوخذ على موادعة اهل الحرب
لانه ليس بماخوذ على سبيل القهر والغلبة فلم يكن غنيمة وكذا ما بعث رسالة الى امام
المسلمين لا خمس فيه لما قلنا ولو حاصر المسلمون قلعة في دار الحرب فافتدوا انفسهم
بمال ففيه الخمس لانه غنيمة لكونه ماخوذا على سبيل القهر والغلبة والله اعلم واما بيان
ما يملكه الامام من التصرف في الغنايم فجملة الكلام فيه انه اذا ظهر الامام على دار
الحرب فاستولى عليه لا يخلو من احد انواع ثلثة المتاع والاراضي والرقاب اما المتاع
يخمس ويقسم الباقي بين الغانمين ولا خيار للامام فيه واما الاراضي فللامام فيها
الخيار ان شا خمسها ويقسم الباقي لما بينا وان شا تركها في يد اهلها بالخراج وجعلهم
ذمة ان كانوا بمحل الذمة بان كانوا من اهل الكتاب او من مشركي العرب ووضع
الجزية على روسهم والخراج على اراضيهم وهذا عندنا وعند الشافعي ليس للامام ان
يترك في ايديهم بالخراج بل يقسمها وجه قوله ان الاراضي صارت ملكا للغزاة
بالاستيلا فكان الترك في ايديهم ابطالا لملك الغزاة فلا يملكه الامام كالمتاع
قلنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان عمر رضي الله عنه لما فتح سواد العراق ترك
الاراضي في ايديهم وضرب على روسهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج بمحضر من الصحابة

رضي الله

رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فكان ذلك اجماعا منهم واما الرقاب فالامام فيها
بين خيارات ثلاث ان شا قتل الاسارى منهم وهم الرجال المقاتلة وسبي النسا والذراري
لقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق وهذا بعد الاخذ والاسر لان الضرب فوق الاعناق
لاجل الاسر هو الابانة من المفصل ولا يقدر على ذلك حالة القتال ويقدر عليه بعد الاخذ
والاسر وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما استشار الصحابة رضي الله عنهم في اسارى
بدر فاشار بعضهم الى الفدا واشار عمر رضي الله عنه الى القتل فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم لو جات من السما نار ما نجا الا عمر اشار الى ان الصواب كان هو القتل وكذا روي
انه صلى الله عليه وسلم امر بقتل عقبة بن ابي معيط والنضر بن الحرث يوم بدر وبقتل
هلال بن خطل ومقيس بن صبابة يوم فتح مكة ولان المصلحة قد تكون في القتل لما فيه
من استيصالهم فكان للامام ذلك وان شا استرق الكل فخمسهم وقسمهم لان الكل غنيمة
حقيقة لحصولها في ايديهم عنوة وقهرا بايجاف الخيل والركاب فكان له ان يقسم الكل الا
رجال مشركي العرب فانهم لا يسترقون عندنا بل يقتلون او يسلمون وعند الشافعي
الشا يجوز استرقاقهم وجه قوله انه يجوز استرقاق مشركي العجم واهل الكتاب
من العجم والعرب فكذا استرقاق العرب والمرتدين وهذا لان الاسترقاق حكم الكفر
وهم في الكفر سوا فكانوا في احتمال الاسترقاق سوا واما قوله تعالى اقتلوا المشركين
حيث وجدتموهم الى قوله تعالى في حق اهل الكتاب ومشركي العجم للتوسل الى الاسلام
ومعنى الوسيلة لا يتحقق في حق مشركي العرب والمرتدين على ما بينا من قبل واما
النسا والذراري فيسترقون كما تسترق نسا مشركي العجم وذراريهم لان النبي
صلى الله عليه وسلم استرق نسا هوازن وهم من صميم العرب وكذا الصحابة
رضي الله عنهم استرقوا نسا المرتدين من العرب وذراريهم وان شا من عليهم
وتركهم احرارا بالذمة كما فعل عمر رضي الله عنه بسواد العراق الا مشركي العرب
والمرتدين فانه لا يجوز تركهم بالذمة وعقد الجزية كما لا يجوز بالاسترقاق لما
بينا ولو شهدوا بشهادة قبل ان يجعلهم الامام ذمة لم تجز شهادتهم لانهم اهل
الحرب كما فان جعلهم ذمة فاعاد والشهادة جازت لان شهادة اهل الذمة مقبولة
في الجملة فاما شهادة اهل الحرب فغير مقبول مقبولة اصلا وليس للامام ان يمن
على الاسير فيتركه من غير ذمة لا يقتله ولا يقسمه لانه لو فعل ذلك لرجع الى
الى المنعة فيصير حربا علينا فان قيل اليس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم
من على الزبير بن باطا من بني قريظة وكذا من على اهل خيبر فالجواب انه ثبت
انه من على الزبير ولم يقتله اما لم يثبت انه تركه بالجزية ام بدونها فاحتمل
انه تركه بالجزية وبعقد الذمة واما اهل خيبر فقد كانوا اهل الكتاب فتركهم ومن
عليهم ليصيروا اكره للمسلمين ويجوز المن لذلك لان ذلك في معنى الجزية فيكون
تركا بالجزية من حيث المعنى والله اعلم وهل للامام ان يفادي الاسرى اما المفاداة
بالمال فلا تجوز عند اصحابنا في ظاهر الروايات وقال محمد مفاداة الشيخ الكبير الذي
لا يرجى له ولد تجوز وعند الشافعي يجوز المفاداة بالمال كيف ما كان واحتج بظاهر
قوله تعالى فاما منا بعد واما فدا وقد فادى رسول الله صلى الله عليه وسلم اسارى
بدر بالمال وادنى درجات فعله صلى الله عليه وسلم الجواز والاباحة ولنا ان
قتل الاسير مامور به لقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق وانه منصرف الى ما

مشركي صح

بعد الاخذ والاسر لما تلنا وقوله اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم والامر بالقتل للتوسل الى الاسلام
فلا يجوز تركه الا لما شرع له القتل وهو ان يكون وسيلة الى الاسلام ولا يحصل معنى التوسل بالمفاداة
فلا يجوز ترك المفروض لاجله وتحصل بالذمة والاسترقاق لما بينا فكان اقامة للفرض معنى لا تركا
له ولان المفاداة بالمال اعانة لاهل الحرب على الحراب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حربا
علينا وهذا لا يجوز محمد يقول معنى الاعانة لا يحصل من الشيخ الكبير الذي لا يرجى له ولد فجاز
فداوه بالمال ولكنا نقول ان كان لا يحصل هذا الطريق يحصل بطريق اخر وهو الراي والمشورة
وتكثير السواد واما قوله تعالى فاما منا بعد واما فدا فقد قال بعض اهل التفسير ان الاية
منسوخة بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون
بالله ولا باليوم الاخر الاية لان سورة نزلت بعد سورة محمد صلى الله عليه وسلم ويحتمل ان
تكون الاية في اهل الكتاب فيمن عليهم بعد اسرهم على ان يصيروا اكرة كما فعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم باهل خيبر او فعل ذمة كما فعل عمر رضي الله عنه باهل السواد ويسترقوا واما اسارى
بدر فقد قيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما فعل ذلك باجتهاده ولم ينتظر الوحي
فعوتب عليه بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما اخذتم عذاب عظيم حتى قال صلى الله عليه
وسلم لو انزل من السما نارا ما نجا الا عمر يدل عليه قوله تعالى ما كان لنبي ان تكون له اسرى
حتى يثخن في الارض على احد وجهي التاويل اي ما كان لنبي ان ياخذ الفدا في الاسارى حتى يثخن
في الارض اي يغلب في الارض منعه عن اخذ الفدا فيها واشار الى ان ذلك يغلب في الارض
اذ لو اطلقهم لرجعوا الى المنعة وصاروا حربا على المسلمين فلا تتحقق الغلبة ويحتمل ان المفاداة
كانت جايزة ثم نسخت بقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق وقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث
وجدتموهم وانما عوتب صلى الله عليه وسلم بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لا لحظر المفاداة
بل لانه لم ينتظر بلوغ الوحي وعمل باجتهاده اي لولا من حكم الله ان لا يعذب احدا على العمل بالاجتهاد
لمسكم العذاب بالعمل بالاجتهاد وترككم انتظار الوحي والله اعلم وكذا لا يجوز مفاداة الكراع
بالمال لان ذلك يرجع الى اعانتهم على الحرب ويجوز مفاداة اسارى المسلمين بالدراهم والدنانير
والثياب ونحوها مما ليس فيه اعانة لهم على الحرب ولا يفادون بالسلاح لان فيه اعانة لهم على الحرب
واما مفاداة الاسير بالاسير فلا يجوز عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يجوز وجه
قولهما ان في المفاداة خلاص المسلم وذلك اولى من اهلاك الكافر ولابي حنيفة رحمه الله ما
ذكرنا ان قتل المشركين فرض بقوله تعالى المشركين وقوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق
فلا يجوز تركه الا انه لما شرع له اقامة الفرض وهو التوسل الى الاسلام لانه لا يكون تركا
معنى وذا لا يحصل بالمفاداة ويحصل بالذمة والاسترقاق فيمن يحتمل ذلك على ما بينا ان فيها
اعانة لاهل الحرب على الحرب لانهم يرجعون الى المنعة فيصيرون حربا على المسلمين واختلف
ابو يوسف ومحمد فيما بينهما قال ابو يوسف يجوز المفاداة قبل القسمة ولا يجوز بعدها
وقال محمد يجوز في الحالين وجه قول محمد انه لما جازت المفاداة قبل القسمة فكذا بعد
القسمة لان الملك ان لم يثبت قبل القسمة فالحق ثابت ثم قيام الحق لم يمنع جواز المفاداة فكذا
قيام الملك وجه قول ابي يوسف ان المفاداة بعد القسمة ابطال ملك المقسوم له من غير
رضاه وهذا لا يجوز في الاصل بخلاف ما قبل القسمة لانه لا ملك قبل القسمة انما الثابت حق
غير متقرر فجاز ان يكون محتملا للابطال بالمفاداة والله اعلم ولا يجوز ان يعطى رجل واحد
من الاسارى ويوخذ بدله رجلين من المشركين لان كم من واحد غلب اثنين واكثر من ذلك
فيودي الى الاعانة على الحرب وهذا لا يجوز واذا عزم المسلمون على قتل الاسارى فلا ينبغي

ان يعذبوهم بالجوع والعطش وغير ذلك من انواع التعذيب لان ذلك تعذيب من غير فايدة
وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في بني قريظة لا تجمعوا حرهذا اليوم وحر السلاح
ولا تمثلوا بهم لقوله صلى الله عليه وسلم في وصايا الامرا لا تمثلوا ولا ينبغي للرجل ان يقتل اسير صاحبه
لان له ضرب اختصاص به حيث اخذه واسره فلم يكن لغيره ان يتصرف فيه كما لو التقط شيا
والافضل ان ياتي به الامام ان قدروا عليه حتى يكون الامام هو الحاكم فيه لتعلق حق
الغزاة به فكان الحكم فيه للامام وانما يقتل من الاسارى من بلغ بالسن او بالاحتلام على
قدر ما اختلف فاما من لم يبلغ او شك في بلوغه فلا يقتل وكذا المعتوه الذي لا يعقل لما بينا
من قبل ولو قتل رجل من المسلمين اسيرا في دار الحرب او في دار الحرب فان كان قبل القسمة
فلا شي فيه من دية ولا كفارة ولا قيمة لان دمه غير معصوم قبل القسمة فان للامام فيه
خيار القتل وان كان بعد القسمة او بعد البيع فيراعى فيه حكم القتل لان الامام اذا قسمهم
او باعهم فقد صار دمهم معصوما فكان مضمونا بالقتل الا انه لا يجب القصاص لقيام شبهة
الاباحة كالحربي المستامن ثم ما ذكرنا من خيار القتل للامام في الاسارى قبل القسمة اذا لم
يسلموا فان اسلموا قبل القسمة فلا يباح قتلهم لان الاسلام عاصم وللامام خيار ان شاء
استرقهم فقسمهم وان شاء تركهم احرارا بالذمة اذا كانوا محل الذمة والاسترقاق لان الاسلام
يدفع الرق اما لا يرفعه لان في الرفع ابطال حق الغزاة وهذا لا يجوز واما بيان قسمة الغنايم
فنقول وبالله العصمة القسمة نوعان قسمة حمل ونقل وقسمة ملك اما القسمة الحمل فهي ان عزت
الدواب ولم يجد الامام حمولة ففرق الغنايم على الغزاة ليحمل كل قدر نصيبه الى دار الاسلام
ثم يستردها منهم فيقسمها قسمة ملك وهذه القسمة جايزة بلا خلاف ولا تكون قسمة ملك كما
لو دعين يقتسمان الوديعة ليحفظ كل واحد منهما بعضها جاز ذلك ويكون قسمة حفظ لا قسمة
ملك فكذا هذا واما قسمة الملك فلا يجوز في دار الحرب عند اصحابنا وعند الشافعي يجوز
وهذا الخلاف مبني على اصل وهو ان الملك هل يثبت في الغنايم في دار الحرب للغزاة فعندنا لا
يثبت الملك اصلا فيها لا من كل وجه ولا من وجه ولكن ينعقد سبب الملك فيها على ان يصير
علة عندنا للاحراز بدار الاسلام وهو تفسير حق الملك او حق التملك عندنا وعند الشافعي
يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الفراغ من القتال قولا واحدا وله في حال فور
الهزيمة قولان وينبني على هذا الاصل مسايل منها انه اذا مات واحد من الغانمين في دار
الحرب لا يورث نصيبه عندنا وعنده يورث ومنها ان المدد اذا لحق الجيش واحرزوا
الغنايم حمله الى دار الاسلام يشاركوهم فيها عندنا وعنده لا يشاركونهم ومنها ان الامام
اذا باع شيا من الغنايم لا لحاجة الغزاة لا يجوز عندنا وعنده يجوز ومنها ان الغنايم محاز
ناعتبر مجتهد ولا معتقد جواز القسمة لا يجوز عندنا وعنده يجوز فاما اذا راى الامام القسمة
فقسمها نفذت قسمته بالاجماع وكذلك لو راى البيع فباعها لانه حكم امضاه في محل الاجتهاد
بالاجتهاد فينفذ وجه قول الشافعي ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم غنايم
خيبر بخيبر وقسم غنايم اوطاس باوطاس وقسم غنايم بني المصطلق في ديارهم وقسم غنايم
بدر بالجعرانة وهي وادي من اودية بدر وادنى ما يحمل عليه النبي صلى الله عليه وسلم هو الجواز
والاباحة ولانه وجد الاستيلاء على مال مباح فيفيد الملك استدلالا بالاستيلاء على الحطب
والحشيش ولا شك ان المستولى عليه مال مباح لانه مال الكافر وانه مباح والدليل على تحقق
الاستيلاء ان الاستيلاء عبارة عن اثبات اليد على المحل وقد وجد ذلك حقيقة وانكار
الحقايق مكابرة ورجعة الكفار بعد انهزامهم واستردادهم امر موهوم ولا دليل عليه

فلا يعتبر ولنا ان الاستيلا انما يفيد الملك اذا ورد على مال مباح غير مملوك ولم يوجد هاهنا
لان ملك الكفرة قايم لان الملك كان ثابتا لهم ومتى ثبت الملك لانسان لا يزول الا بازالته او
بخروج المحل من ان يكون منتفعا به حقيقة بالهلاك او بعجز المالك عن الانتفاع به
دفعا للتناقض فيما شرع الملك له ولم يوجد شي من ذلك اما الازالة وهلاك المحل
فظاهر العدم واما قدرة الكفرة على الانتفاع باموالهم فان الغزاة ما داموا في دار الحرب
فالاسترداد ليس بنادر بل هو ظاهر او محتمل احتمالا على السوا والملك كان ثابتا لهم
فلا يزول مع الاحتمال واما الاحاديث فاما غنايم خيبر واوطاس وبني المصطلق فانما قسمها
رسول الله صلى الله عليه وسلم في تلك الديار لانه افتتحها فصارت ديار الاسلام واما
غنايم بدر فقد روي انه قسمها بالمدينة فلا يصح الاحتجاج به من التعارض ثم الملك ان لم
يثبت للغزاة في الغنايم في دار الحرب فقد ثبت الحق لهم حتى يجوز لهم الانتفاع بها
من غير حاجة على ما نذكره ولو تعلق الحق لجاز لانه يكون مالا مباحا وكذا لو وطي واحد من
الغزاة جارية من المغنم لا يجب عليه الحد لان له فيها حقا فاورث شبهة في درء الحد ولا
يجب عليه العقر ايضا لانه بالوطي اتلف جزوا من منافع بضعها ولو اتلفها لا يضمن فها هنا
اولى ولا يثبت النسب ايضا لو ادعى الولد لان ثبات الولد يعتمد الملك او الحق الخاص
ولا ملك هاهنا والحق عام وكذا لو اسلم الاسير في دار الحرب لا يكون حرا ويدخل في القسمة
لتعلق حق الغانمين به بنفس الاخذ والاستيلا فاعتراض الاسلام عليه لا يبطله بخلاف
ما اذا اسلم قبل الاسر انه يكون حرا ولا يدخل في القسمة لان عند الاخذ والاسر لم يتعلق
به حق احد فكان الاسلام دافعا الحق لا رافعا اياه على ما بينا واما بعد الاحراز بدار الاسلام
قبل القسمة فيثبت الملك او يتاكد الحق ويتقرر لان الاستيلا السابق انعقد سببا لثبوت
الملك او تاكد الحق على ان يصير علة عند وجود شرطها وهو الاحراز بدار الاسلام وقد
وجد فيجوز القسمة ويجري فيه الارث ويضمن المتلف وينقطع شركة
المدد ونحو ذلك الا انه لو اعتق واحد من الغانمين عبدا من المغنم لا ينفذ اعتاقه
استحسانا لان نفاذ الاعتاق يقف على الملك الخاص ولا يتحقق ذلك الا بوجود القسمة
فاما الموجود قبل القسمة فملك عام او حق متاكد وانه لا يحتمل الاعتاق لكنه يحتمل الارث
والقسمة ويكفي لايجاب الضمان وانقطاع شركة المدد على ما بينا وكذلك لو استولد جارية
من المغنم وادعى الولد لا تصير ام ولد له استحسانا لما بينا ان ثبات الولد النسب
وامومية الولد تقف على ملك خاص وذلك بالقسمة او حق خاص ويلزمه العقر
لان الملك العام او الحق المتاكد يكون مضمونا بالاتلاف واما بعد القسمة فيثبت
الملك الخاص لكل واحد منهم في نصيبه لان القسمة افراز الانصبا وتعيينها ولو قسم
الامام الغنايم فوقع عبد في سهم رجل فاعتقه لا شك انه ينفذ اعتاقه لان الاعتاق
صادف ملكا خاصا فاما اذا وقع في سهم جماعة منهم عبد فاعتقه احدهم ينفذ
اعتاقه عند ابي حنيفة رحمه الله قل الشركا او كثروا وروي عن ابي يوسف ان
كانوا عشرة او اقل منها ينفذ اعتاقه وان كانوا اكثر من ذلك لا ينفذ فابو حنيفة
رحمه الله نظر في خصوص الملك الى القسمة وابو يوسف الى العدد والصحيح نظر ابي
حنيفة لان القسمة تمييز وتعيين فكانت قاطعة لعموم الشركة مخصصة للملك
وان كثر العدد والله اعلم ولو اخذ غنيمة ثم غلبهم العدو فاستنقذوها من ايديهم
ثم جا عسكر اخر فاخذها من العدو فاخرجوها الى دار الاسلام ثم اختصم الفريقان

نظر في

الزيادات صح

نظر في ذلك فان كان الاولون لم يقتسموها ولم يحرزوها بدار الاسلام فالغنيمة للاخرين لان الاولين
لم يثبت لهم الا مجرد حق غير متقرر وقد ثبت للاخرين ملك عام او حق متقرر يجري مجرى الملك
فكانوا اولى بالغنايم وان كان الاولون قد اقتسموها فالغنيمة لهم وان كانوا لم يحرزوها
بدار الاسلام لانهم ملكوها ملكا خاصا فاذا غلبهم الكفار فقد استولوا على املاكهم فان وجدوا
في يد الاخرين قبل القسمة اخذوها بغير شي وان وجدوها بعد القسمة اخذوها بالقيمة
ان شاوا كما في ساير اموالهم التي استولى عليها العدو ثم وجدوها في يد الغانمين قبل
القسمة وبعدها وان كانوا لم يقتسموها ولكنهم احرزوها بدار الاسلام فان وجدوها
بعد قسمة الاخرين فالاخرين اولى لان الثابت لهم ملك خاص بالقسمة والثابت للاولين
ملك عام او حق متقرر عام فكان اعتبار الملك الخاص اولى واما اذا وجدوها
قبل قسمة الاخرين ففيه روايتان ذكر في الزيادات ان الاولين اولى وذكر في السير
الكبير ان الاخرين اولى وجه رواية الزيادات ان الثابت لكل واحد من الفريقين
ان كان حق الحق المتاكد لكن نقض الحق بالحق جايز لان الشي يحتمل الانتقاض بمثله
كما في النسخ ولهذا جاز نقض الملك بالملك وجه الرواية الاخرى ان حق الاخرين ثابت متقرر
وحق الاولين زايل ذاهب فاستصحاب الحال الثانية اولى اذ هو يصلح للترجيح وهذا هو
القياس في الملك وكان ينبغي ان لا ينتقض الحادث بالقديم الا ان النقض هناك ثبت
نصا بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص هذا اذا كان الكفار احرزوا الاموال
بدار الحرب فان كانوا لم يحرزوها حتى اخذ الفريق الاخر من المسلمين منهم في دار الاسلام
فالغنايم للاولين سوا قسمها الاخرون او لم يقسموها لان الكفار لا يملكون اموال
المسلمين بالاستيلا الا بعد الاحراز بدار الحرب ولم يوجد فكانت الغنايم في حكم يد
الاولين ما دامت في دار الاسلام فكان الاخرون اخذوه من ايدي الاولين فيلزمهم
الرد عليهم الا اذا كان الامام قسمها بين الاخرين وراية ان الكفار قد ملكوها بنفس
الاستيلا وان كانوا في دار الاسلام كما هو مذهب بعض الناس فكانت قسمته في محل
الاجتهاد فتنفذ وتكون للاخرين والله اعلم هذا الذي ذكرنا من كون الاحراز بدار الاسلام
شرطا لثبوت الملك في الغنايم المشتركة واما الغنايم الخالصة وهي الانفال فهل هو
شرط فيها قال بعض المشايخ انه شرط عند ابي حنيفة حتى لا يثبت الملك قبل الاحراز بدار
الاسلام وعند محمد ليس بشرط فيثبت الملك فيها بنفس الاخذ والاصابة استدلالا
بمسيلة ظهر فيها الاختلاف وهي ان الامام اذا نفل وقال ما اصاب جارية فهي له فاصاب
رجل من المسلمين جارية فاستبراها في دار الحرب بحيضة لا يحل له وطيها عند ابي حنيفة
وعند محمد يحل وقال بعضهم الاحراز بالدار ليس بشرط لثبوت الملك في الانفال بالاجماع
واختلافهما في تلك المسلة لا يدل على الاختلاف في ثبوت الملك لانه كما ظهر الاختلاف
بينهما في النفل فقد ظهر الاختلاف في القسمة المقسومة قال الامام اذا قسم الغنايم
في دار الحرب فاصاب رجلا جارية فاستبراها بحيضة فهو على الاختلاف وكذا لو راى
الامام بيع الغنايم فباع من رجل جارية فاستبراها المشتري بحيضة فهو على الاختلاف ولا
خلاف بين اصحابنا في الغنايم المقسومة انه لا يثبت الملك فيها قبل الاحراز بدار الاسلام
دل ان منشا الخلاف هناك شي اخر ورا الملك وعدمه والصحيح ان ثبوت الملك في النفل
لا يقف على الاحراز بدار الاسلام بين اصحابنا بخلاف الغنايم المقسومة لان سبب الملك
فيها تحقق وهو الاخذ والاستيلا ولا يجوز تاخير الحكم عن سببه الا لضرورة وفي

الغنايم وهي خوف شر الكفرة لانه لو ثبت الملك بنفس الاخذ لاشتغلوا بالقسمة وليسارع كل
الى احراز نصيبه بدار الاسلام وتفرق الجمع وفيه خوف توجه الشر عليهم من الكفرة
فتاخر الملك فيها الى ما بعد الاحراز بدار الاسلام لهذه الضرورة وهذه الضرورة منعدمة
في الانفال لانها خالصة غير مقسومة فلا معنى لتاخر الحكم عن السبب والدليل على التفرقة
بينهما ان المدد اذا لحق الجيش لا يشارك المنفل له كما بعد الاحراز بالدار بخلاف الغنيمة
المقسومة وكذا لو مات المنفل له يورث نصيبه كما لو مات بعد الاحراز بالدار بخلاف
الغنيمة المقسومة فثبت بهذه الدلايل ان الملك في النفل لا يقف على الاحراز بالدار بلا
خلاف بين اصحابنا الا ان هذا النوع من الملك لا يظهر في حل الوطي عند ابي حنيفة رحمه
الله وهذا لا يدل على عدم الملك اصلا الا ترى ان حل الوطي قد يمتنع مع قيام الملك
لعوارض من الحيض والنفاس والمحرمية والصهرية ونحو ذلك ثم انما لم يثبت الحل
هناك مع ثبوت الملك لانه ملك متزلزل غير متقرر لاحتمال الزوال ساعة فساعة
لان الدار دارهم فكان احتمال الاسترداد قايما ومتى استردوا يرتفع السبب من حين
وجوده ويلتحق بالعدم اما من كل وجه او من وجه فيتبين ان الوطي لم يصادف
محله وهو الملك المطلق ولهذا قال والله اعلم قال ابو حنيفة انه لا يحل وطيها بعد قسمة
الامام وبيعه اذا راى ذلك وان وقعت قسمته جايزة وبيعه نافذا مفيدا للملك
لما ذكرنا من المعنى والله اعلم واما بيان ما يجوز الانتفاع به من الغنايم وما لا يجوز
فالكلام فيه في موضعين احدهما في بيان ما ينتفع به منها والثاني في بيان ما
ينتفع به اما الاول فلا باس بانتفاع الماكول والمشروب والعلف والحطب منها
قبل الاحراز بدار الاسلام فقيرا كان المنتفع او غنيا لعموم الحاجة الى الانتفاع به
في حق الكل لانهم لو كلفوا حملها من دار الاسلام الى دار الحرب مدة ذهابهم وايابهم
ومقامهم لوقعوا في حرج عظيم بل تعذر عليهم ذلك فسقط اعتبار حق كل واحد من
الغانمين في حق صاحبه والتحق بالعدم شرعا والتحقت هذه الحال بالمباحات الاصلية
لهذه الضرورة وكذلك كل ما كان ماكولا مثل السمن والزيت والخل لا باس ان يتناول
الرجل ويدهن نفسه ودابته لان الحاجة الى الانتفاع بهذه الاشيا قبل الاحراز
بدار الاسلام لازمة وما كان من الادهان لا يوكل من البنفسج والخيري فلا ينبغي
ان ينتفع به لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة بل من الحاجات الزايدة
ولا ينبغي ان يبيعوا شيا من الطعام والعلف وغير ذلك مما يباح الانتفاع به بذهب ولا
فضة ولا عروض لان اطلاق الانتفاع واسقاط اعتبار الحقوق والحاقها بالعدم
للضرورة التي ذكرنا ولا ضرورة في البيع ولان محل البيع هو المال المملوك وهذا ليس
بمال مملوك لان الاحراز بالدار شرط ثبوت الملك ولم يوجد فان باع رجل شيا رد
الثمن الى الغنيمة لان الثمن بدل مال تعلق به حق الغانمين فكان مردودا الى المغنم
ولو احرزوا شيا من ذلك بدار الاسلام وهو في ايديهم لاندفاع الضرورة وان
كانت قد قسمت الغنيمة فان كانوا اغنيا تصدقوا به على الفقرا وان كانوا فقرا ينتفعوا
به لتعذر قسمته على الغزاة لكثرتهم وقلته فاشبه اللقطة والله اعلم هذا اذا كانت
قايمة بعد القسمة فان كان انتفع بها بعد القسمة فان كان غنيا تصدق بقيمته على الفقرا
لانه اكل مالا لو كان قايما لكان سبيله التصدق لكونه مالا تعلق به حق الغانمين
وتعذر صرفه اليهم لقلته وكثرتهم فيقوم بدله مقامه وهو قيمته وان كان فقيرا

لم يجب عليه شي لانه اكل مالا لو كان قايما كان له ان ياكله واما ما سوى الماكول والمشروب
والعلف والحطب فلا ينبغي ان ينتفعوا به لان حق الغانمين متعلق به وفي الانتفاع ابطال
حقهم الا انه اذا احتاج الى استعمال شي من السلاح او الدواب او الثياب فلا باس
باستعماله بان انقطع سيفه فلا باس بان ياخذ سيفا من الغنيمة فيقاتل به لكنه اذا استغنى
عنه رده الى الغنيمة وكذا اذا احتاج الى ركوب فرس ولبس ثوب اذا دفع حاجته
الى المغنم لان هذا موضع الضرورة ايضا لكن الثابت بالضرورة لا يتعدى محل الضرورة
حتى انه لو اراد ان يستعمل شيا من ذلك وقاية لسلاحه ودوابه وثيابه وصيانة لها
فلا ينبغي له ذلك لانعدام تحقق الضرورة وكذا اذا ذبحوا البقر والغنم واكلوا اللحم
ردوا الجلد الى المغنم لان الانتفاع به ليس من الحاجات اللازمة والله اعلم واما
بيان من ينتفع بالغنايم فنقول انه لا ينتفع بها الا الغانمون فلا يجوز للتجار ان
ياكلوا شيا من الغنيمة الا بثمن لان سقوط اعتبار حق كل واحد من الغانمين في
حق صاحبه لمكان الضرورة ولا يجوز اسقاط اعتبار الحقيقة من غير ضرورة ولا ضرورة
في حق غيرهم وللغانمين ان ياكلوا ويطعموا عبيدهم ونساءهم وصبيانهم لان انفاق
الرجل على هولا انفاق على نفسه لان نفقتهم عليه والاصل ان كل من عليه نفقته فله ان
يطعمه ومن لا فلا ولا يجوز لاجير الرجل للخدمة ان ياكل منه لان نفقته على نفسه لا
عليه وللمراة اذا دخلت دار الحرب لمداواة المرضى والجرحى ان تاكل وتعلف دابتها
وتطعم رقيقها لان المراة تستحق الرضخ من الغنيمة فكانت من الغانمين والله اعلم
واما بيان كيفية قسمة الغنايم وبيان مصارفها فنقول وبالله التوفيق ان الغنايم
تقسم على خمسة اسهم سهم منها وهو خمس الغنيمة لاربابه واربعة اخماسها للغانمين
اما الخمس فالكلام فيه في بيان كيفية قسمة الخمس وفي بيان مصرفه فنقول لا خلاف
في ان خمس الغنيمة في حال حياة النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم على خمسة اسهم
سهم للنبي صلى الله عليه وسلم وسهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين
وسهم لابن السبيل قال الله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه وللرسول
ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل واضافة الخمس الى الله تعالى يحتمل
ان يكون لكونه مصروفا الى وجوه القرب التي هي لله تعالى وهو قوله وللرسول ولذي
القربى الاية على ما يضاف المساجد والكعبة الى الله تعالى لكونها مواضع اقامة العبادات
والقرب التي هي لله تعالى ويحتمل ان يكون تعظيما للخمس على ما هو الاصل في اضافة جزئية
الاشيا الى الله تعالى انها تخرج مخرج تعظيم المضاف كقوله بيت الله وناقة الله ويحتمل ان
يكون لخلوصه لله تعالى لخروجه عن تصرف الغانمين كقوله تعالى الملك يومئذ لله
والملك في كل الايام كلها لله تعالى لكن خص ذلك اليوم بالملك له فيه لانقطاع تصرف
الاغيار والله اعلم ثم اختلف العلما في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي
سهم ذوي القربى بعد وفاته اما سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد قال
علماونا رحمة الله عليهم انه سقط بعد وفاته وقال الشافعي رحمه الله تعالى انه لم يسقط
ويصرف الى الخلفا لان رسول الله صلى الله عليه وسلم انما كان ياخذ كفاية له لاشتغاله
بمصالح المسلمين والخلفا بعده مشتغلون بذلك فيصرف سهمه اليهم كفاية لهم
ولنا ان ذلك الخمس كان خصوصية لرسول الله صلى الله عليه وسلم كالصفي الذي كان
له والفي وهو الذي كان لم يوجف عليه المسلمون بخيل ولا ركاب ثم لم يكن لاحد

خصوص من الفيء والصفي فكذا يجب ان لا يكون لا حد خصوص من الخمس ولهذا لم يكن للخلفا
الراشدين بعده تحققه انه لو كان بقي بعده لكان بطريق الارث وقد قال صلى الله عليه
وسلم انا معاشر الانبيا ما نورث ما تركنا صدقة واما سهم ذوي القربى فقد قال
الشافعي انه باق ويصرف الى اولاد بني هاشم واولاد فاطمة وغيرها يستوي فيه فقيرهم
وغنيهم واما عندنا فعلى الذي كان بقي واختلف المشايخ انه كيف كان والصحيح انه
كان لفقرا القرابة دون اغنيايهم يعطون لفقرهم وحاجتهم لا لقرابتهم وقد بقي
كذلك بعد وفاته فيجوز ان يعطى فقرا قرابة النبي صلى الله عليه وسلم كفايتهم دون
اغنيايهم ويقدمون على غيرهم من الفقرا ويجاوزهم من الخمس ايضا لما لا حظ لهم
من الصدقات لكن يجوز ان يعطى غيرهم من فقرا المسلمين دونهم فيقسم الخمس عندنا
على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابنا السبيل ويدخل فقرا ذوي
القربى ويقدمون ولا يدفع الى اغنيايهم شي وعند الشافعي سهم لذوي القربى
على حدة صرف الى غنيهم وفقيرهم احتج الشافعي بقوله تعالى واعلموا انما غنمتم فان
لله خمسه وللرسول ولذي القربى الاية الله تعالى جعل سهما لذوي القربى وهم
القرابة من غير فصل بين الفقير والغني وكذا روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قسم الخمس على خمسة اسهم واعطا سهما منها لذوي القربى ولم يعرف له ناسخ
في حال حيوته ولا نسخ بعد وفاته ولنا ما روى محمد بن الحسن رحمه الله في
كتاب السير ان ابا بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم اجمعين قسموا خمس
الغنايم على ثلثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابنا السبيل
بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه عليهم احد فيكون اجماعا منهم على ذلك وبه
تبين ان ليس المراد من ذوي القربى قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم اذ لا يظن بهم
مخالفة كتاب الله تعالى ومخالفة رسول الله صلى الله عليه وسلم في فعله ومنع الحق
عن المستحق وكذا لا يظن بمن حضرهم من الصحابة رضي الله عنهم السكوت عما لا يحل
مع ما وصفهم الله تعالى بالامر بالمعروف والنهي عن المنكر وكذا ظاهر الاية لا يدل
عليه لان اسم ذوي يتناول عموم القرابات القرابات الا ترى الى قوله تعالى للرجال
نصيب مما ترك الوالدان والاقربون ولم يفهم منه قرابة الرسول صلى الله عليه وسلم
وما روي انه قسم الخمس على خمسة اسهم واعطا ذا القربى سهما فنعم لكن الكلام في انه
خاصة وكذا قوله الوصية للوالدين والاقربين ولم ينصرف الى قرابة الرسول
صلى الله عليه وسلم لفقرهم وحاجتهم او لقرابتهم وقد علمنا بقسمة الخلفا الراشدين
انه اعطاهم لحاجتهم وفقرهم لا لقرابتهم والدليل عليه انه كان صلى الله عليه وسلم
يشدد في امر الغنايم فتناول من وبر بعير وقال لا يحل لي من غنايمكم ولا وزن
هذه الوبرة الا الخمس وهو مردود فيكم ردوا الخيط والمخيط فان الغلول عار
ونار وشنار على صاحبه يوم القيمة لم يخص القرابة بشي من الخمس بل عم المسلمين جميعا
بقوله والخمس مردود فيكم فدل ان سبيلهم سبيل ساير فقرا المسلمين يعطى من يحتاج
منهم كفايته والله اعلم ولو اعطى اي فقير فريق اتفق مما سماهم الله تعالى جاز لان ذكر
هولا الاصناف لبيان المصارف لا لايجاب الصرف الى كل صنف منهم شيا بل لتعيين المصرف
حتى لا يجوز الصرف الى غير هولا كما في الصدقات واما الكلام في الاربعة الاخماس
ففي موضعين ففي بيان من يستحق الصرف السهم منها ومن لا يستحق وفي بيان مقدار

الوجه ٥

الاستحقاق

الاستحقاق اما الاول فالذي يستحق السهم منها هو الرجل المسلم المقاتل وهو ان يكون من
اهل القتال ودخل دار الحرب على قصد القتال سوآ قاتل او لم يقاتل لان الجهاد والقتال ارهاب
وذا كما يحصل بمباشرة القتل يحصل بثبات القدم في صف القتال ردا للمقاتلة خشية كر العدو
عليهم وكذا روي ان اصحاب بدر كانوا اثلاثا ثلث في نحر العدو يقتلون ويأسرون وثلث
يجمعون الغنايم وثلث يكونون ردا لهم خشية كر العدو عليهم وسوآ كان صحيحا او مريضا
شابا او شيخا حرا او عبدا ماذونا بالقتال لانهم من اهل القتال فاما المراة والصبي
العاقل والذمي والعبد المحجور فليس لهم سهم كامل لانهم ليسوا من اهل القتال الا ترى انه
لا يجب القتال على الصبي والذمي اصلا ولا يجب على المراة والعبد الا عند الضرورة وهي
ضرورة عموم النفير كذلك لم يستحقوا كمال السهم ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام
وكذا روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يعطي العبيد والصبيان والنسوان سهما
كاملا من الغنايم وكذا لا يسهم للتاجر لانه لم يدخل الدار على قصد القتال الا اذا قاتل
مع العسكر فانه يستحق ما يستحقه العسكر لانه تبين انه دخل الدار على قصد القتال وكان
مقاتلا ولا سهم للاجير لانعدام الدخول على قصد القتال فانه قاتل ينظر في ذلك فان ترك الخدمة
فقد التحق بالعسكر وان لم يترك فلا شي له اصلا لانه اذا لم يترك تبين انه لم يدخل على قصد
واما بيان مقدار الاستحقاق وبيان حال المستحق وهو المقاتل فنقول وبالله التوفيق
والعصمة المقاتل اما ان يكون راجلا واما ان يكون فارسا فان كان راجلا فله سهم واحد
وان كان فارسا فله سهمان عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد ثلثة اسهم سهم له
وسهمان لفرسه وبه اخذ الشافعي وروايات الاخبار تعارضت في الباب روي بعضها
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وفي بعضها انه قسم له ثلثة اسهم
الا ان رواية السهمين عاضدها القياس وهو ان الرجل اصل في الجهاد والفرس تابع له لانه
آلة الا ترى ان فعل الجهاد يقوم بالرجل وحده ولا يقوم بالفرس وحده فكان الفرس تابعا
في باب الجهاد ولا يجوز تفضيل التبع على الاصل في السهم واخبار الاحاد اذا تعارضت
فالعمل بما عاضده القياس اولى ويستوي فيه العتيق من الخيل والفرس والبردون لانه
لا فصل في النصوص بين فارس وفارس لان استحقاق سهم الفرس لحصول ارهاب العدو
به والله تعالى وصف جنس الخيل بذلك بقوله ومن رباط الخيل ترهبون عدو الله وعدوكم
فلا يفصل بين نوع ونوع ولا يسهم لاكثر من فرس واحد عند ابي حنيفة ومحمد وزفر
وعند ابي يوسف يسهم لفرسين وجه قول ابي يوسف ان الغازي يقع الحاجة له
الى فرسين يركب احدهما ويجنب الاخر حتى اذا اعيى المركوب عن الكر والفر تحول
الى الجنيبة وجه قولهما ان الاسهام للخيل في الاصل ثبت على مخالفة القياس لان
الخيل آلة الجهاد ثم لا يسهم لآلات الجهاد فكذا الخيل الا ان الشرع ورد به لفرس
واحد فالزيادة على ذلك ترد الى اصل القياس على ان ورود الشرع ان كان معلولا بكونه
آلة مرهبة للعدو بخلاف ساير الالات فالمعتبر هو اصل الارهاب بدليل انه لا
يسهم لما زاد على فرسين بالاجماع مع ان معنى الارهاب يزداد بزيادة الفرس ثم اختلف
في ان حال المقاتل مع كونه فارسا او راجلا في اي وقت يعتبر وقت دخوله دار الحرب
ام وقت شهود الوقعة فعندنا يعتبر وقت دخوله دار الحرب اذا دخلها على قصد القتال
وعند الشافعي يعتبر وقت شهود الوقعة حتى ان الغازي اذا دخل دار الحرب فارسا
فمات فرسه او نفر او اخذه العدو فله سهم الفرسان عندنا وعنده سهم الرجالة واحتج

بما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان استحقاق الغنيمة بالجهاد
ولم يوجد وقت دخول دار الحرب لان الجهاد بالمقاتلة ودخول دار الحرب من باب قطع
المسافة لا من باب قطع المقاتلة ولنا ان الله تعالى جعل الغنايم للمجاهدين قال الله تعالى
فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا وقال تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء وقال وعدكم الله مغانم
كثيرة تاخذونها وقال واذ يعدكم الله احدى الطايفتين انها لكم وغير ذلك من النصوص
والذي جاوز الدرب فارسا على قصد القتال مجاهد لوجهين احدهما ان المجاوزة على هذا
الوجه ارهاب العدو وانه جهاد والدليل على انه ارهاب العدو وانه جهاد وقوله تعالى
ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم ولان ديار الحرب لا تخلو عن عيون الكفرة
وطلايعهم فاذا دخلها جيش كثيف رجالا وركبانا فالجواسيس تخبرونهم بذلك فيقع الرعب
في قلوبهم حتى يتركوا القرى والرساتيق هربا الى القلاع والحصون المنيعة فكان مجاوزة
الدرب على قصد القتال ارهاب العدو وانه جهاد والثاني ان فيه غيظ الكفرة
وكبتهم لان وطي اراضيهم وعقر دارهم مما يغيظهم قال الله تعالى ولا يطوون موطيا
يغيظ الكفار وفيه قهرهم واما الجهاد وما الجهاد الا قهر اعدا الله تعالى لاعزاز دينه
واعلا كلمته فدل ان مجاوزة الدرب فارسا على قصد القتال جهاد ومن جاهد فارسا
فله سهم الفرسان ومن جاهد راجلا فله سهم الرسالة بقوله صلى الله عليه وسلم للفارس
سهمان وللراجل سهم واما امر عمر رضي الله عنه فيحتمل انه قال ذلك في وقعة خاصة
بان وقع القتال في دار الاسلام او في ارض فتحت عنوة وقهرا ثم لحق المدد او نحمل على
هذا توفيقا بين الدلايل بقدر الامكان صيانة لها عن التناقض ونحن به نقول ان
المدد لا يشاركونهم في الغنيمة في تلك الوقعة الا اذا شهدوها ولا كلام فيه وعلى هذا
اذا دخل راجلا ثم اشترى فرسا او استاجرا او استعارا او وهب فله سهم الرجال عندنا
لاعتبار وقت الدخول وعند الشافعي له سهم الفرسان لاعتبار وقت الدخول وقال
الحسن في هذه الصورة اذا قاتل فارسا فله سهم فارس وعلى هذا اذا دخل فارسا ثم باع
فرسه او اجر او رهنه او اعاره فقاتل وهو راجل فله سهم راجل ذكره في السير الكبير
وروى الحسن عن ابي حنيفة وسوى على هذه الرواية بين البيع والموت وبين البيع
قبل شهود الوقعة وبعدها والصحيح جواب ظاهر الرواية لان المجاوزة فارسا على قصد
القتال دليل الجهاد فارسا ولما باع فرسه تبين انه لم يقصد به الجهاد فارسا بل قصد
به التجارة وكذا هذا في الاجارة والاعارة والرهن بخلاف ما بعد شهود الوقعة لان
البيع بعده لا يدل على قصد التجارة لان الغازي لا يبيع فرسه في ذلك الوقت لقصد التجارة
عادة بل لقصد ثبات القدم والتشمير للقتال بعامة ما في وسعه وامكانه والله
اعلم

فصل

واما بيان حكم استيلا الكفرة على اموال المسلمين فالكلام فيه في
موضعين احدهما في بيان اصل الحكم والثاني في بيان كيفيته اما الاول فنقول لا خلاف
في ان الكفار اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على اموالهم ولم يحرزوها بدارهم انهم لا
يملكونها حتى لو ظهر عليهم المسلمون واخذوا ما في ايديهم لا تصير ملكا لهم وعليهم
ردها الى اربابها بغير شي وكذا لو قسموها في دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون فاخذوها
من ايديهم اخذها اصحابها بغير شي لان قسمتهم لم تجز في دار الاسلام ثم ظهر عليهم المسلمون
لعدم الملك فكان وجودها والعدم بمنزلة واحدة بخلاف قسم الامام الغنايم في دار
الحرب انها جايزة وان لم يثبت الملك فيها في دار الحرب لان قسمة الامام انما تجوز عندنا

اذا اجتهد

اذا اجتهد وافضى رايه الى الملك حتى لو قسم مجازفة لا يجوز على ان القضا القسمة هنا
قضا صدر من امام جايز القضا ولم يوجد هاهنا ولا خلاف في انهم ايضا اذا استولوا
على رقاب المسلمين ومدبريهم وامهات اولادهم ومكاتبيهم انهم لا يملكونهم وان
احرزوهم بالدار واختلف فيما دخلوا دار الاسلام فاستولوا على اموال المسلمين
واحرزوها بدار الحرب قال علماونا رحمهم الله يملكونها حتى لو كان المستولى عليه
عبدا فاعتقه الحربي او باعه او كاتبه او دبره او كانت امة فاستولدها جاز
ذلك خاصة وقال الشافعي لا يملكونها وجه قوله انهم استولوا على مال معصوم
والاستيلا على مال معصوم لا يفيد الملك كاستيلا المسلم على مال المسلمين
واستيلايهم على الرقاب وانما قلنا لان عصمة مال المسلم ثابتة في حقهم لانهم مخاطبون
بالحرمات اذا بلغتهم الدعوة وان اختلفنا في العبادات والاستيلا يكون محظورا
والمحظور لا يصلح سببا للملك ولنا انهم استولوا على مال مباح غير مملوك ومن
استولى على مال مباح غير مملوك يملكه كمن استولى على الحطب والحشيش والصيد
ودلالة ان هذا استيلا على مال مباح غير مملوك ان ملك المالك المالك
يزول بعد الاحراز بدار الحرب فتزول العصمة بزوال الملك والدليل
على زوال الملك ان الملك هو الاختصاص بالمحل في حق التصرف اذ شرع للتمكن
من التصرف في المحل وقد زال ذلك بالاحراز بالدار لان المالك لا يمكنه الانتفاع
به الا بعد الدخول ولا يمكنه الدخول بنفسه لما فيه من مخاطرة الروح والقا
النفس في التهلكة وغيره قد لا يوافقه ولو وافقه فقد لا يظفروا به ولو ظفروا به
قلما يمكنهم الاسترداد لان الدار دارهم واهل الدار يذبون عن دارهم فاذا زال
معنى الملك او شرع له الملك يزول الملك ضرورة وكذلك لو استولوا على عبيدنا
فهو على هذا الاختلاف لان العبد مال قابل للتملك بالاستيلا ولهذا يحتمل
التملك بساير اسباب الملك بخلاف الاحرار والمدبرين والمكاتبين وامهات
الاولاد هنا اذا دخلوا دار الاسلام فاستولوا على عبيد المسلمين واحرزوهم
بدار الحرب فاما ان ابق عبد او امة ولحق بدار الحرب فاخذه الكفار لا يملكونه
عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يملكونه وجه قولهما انهم استولوا على
مال مباح غير مملوك فيملكونه قياسا على الدابة التي ندت من دار الاسلام الى
دار الحرب فاخذوها الكفار وساير اموال المسلمين التي استولوا عليها والدليل
على انهم استولوا على مال مباح غير مملوك انه كما دخل دار الحرب فقد زال ملك
المالك لما ذكرنا في المسالة الاولى وزوال الملك لا يوجب زوال المالكية الا ترى
انه لا يوجب زوال الرق وجه قول ابي حنيفة ان الاستيلا لم يصادف محله
فلا يفيد الملك قياسا على الاستيلا على الاحرار والمدبرين والمكاتبين وامهات
الاولاد ودلالة ان الاستيلا لم يصادف محله ان محل الاستيلا هو المال ولم
يوجد لان المالية في هذا المحل انما تثبت ضرورة ثبوت الملك للغانمين لان الاصل
فيه هو الحرية وكما دخل دار الحرب فقد زال الملك لما ذكرنا في المسالة المتقدمة
فتزول المالية الثابتة ضرورة ثبوته فكان ينبغي ان يزول الرق ايضا الا انه
بقي شرعا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع بخلاف الدابة لان المالية فيها
لا تثبت ضرورة ثبوت الملك لانها مال والاموال كلها محل لثبوت الملك وبخلاف

الابق المتردد في دار الاسلام لان الاستيلا حقيقة صادقة وهو مال مملوك فكان ينبغي ان يثبت للحال لوجود سببه الا انه تاخر الي وقت الاحراز بالدار لمانع وهو ملك المالك فاذا احرزوه بدارهم فقد زال المانع لزوال الملك فيعمل الاستيلا السابق عمله في اثبات الملك والملك لا يثبت الا في المال فيثبت المالية ضرورة اما ها هنا لا استيلا حال كونه مالا اصلا وبعد ما وجد الاستيلا لا مالية لزوال الملك فلم يصادف الاستيلا محله فلا يفيد الملك واما بيان كيفية الحكم فنقول ملك المسلم يزول عن ماله باستيلا الكفار عليه ويثبت لهم عندنا على وجه له حق الاعادة اما بعوض او بغير عوض حتي لو ظهر عليهم المسلمون واخذوها واحرزوها بدار الاسلام فان وجده المالك القديم قبل القسمة اخذه بغير شي سوا كان من ذوات الامثال او من ذوات القيم وان وجده بعد القسمة فان كان من ذوات الامثال لا ياخذه لانه لو اخذه اخذه بمثله فلا يفيد وان لم يكن من ذوات الامثال ياخذه بقيمته ان شا لان الاخذ بالقيمة مراعاة الجانبين جانب الملك القديم باتصاله الي قديم ملك الخاص الماخوذ منه بغير عوض وجانب الغانمين بصيانة ملكهم الخاص عن الزوال من غير عوض فكان الاخذ بالقيمة نظر الجانبين ومراعاة للحقين بخلاف ما اذا وجده قبل القسمة انه ياخذه بغير شي لان الثابت للغانمين قبل القسمة بعد الاحراز ليس ليس الا الحق المتاكد او الملك العام فكانت الاعادة الي قديم الملك رعاية للملك الخاص اولي وقد روي ان بعير الرجل من المسلمين استولي عليه اهل الحرب ثم ظهر عليهم المسلمون فوجده صاحبه في المغنم فسال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شي وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة وكذلك لو كان الحربي باع الماخوذ من المسلمين ثم ظهر عليه المسلمون فان المالك القديم ياخذه قبل القسمة بغير شي وبعد القسمة بالقيمة لانه باعه مستحق الاعادة الي قديم الملك فبقي كذلك ولو كان المستولي عليه مدبرا او مكاتبا او ام ولد ثم ظهر عليه المسلمون فاخرجوه الي دار الاسلام اخذه المالك القديم بغير شي قبل القسمة وبعدها لانه حر من وجه والحر من كل وجه او من وجه لا يحتمل التملك بالاستيلا ولهذا لا يحتمله بساير اسباب الملك فاذا حصلوا في ايدي الغانمين وجب ردهم الي المالك القديم ولو وهب الحربي ما ملكه بالاستيلا لرجل من المسلمين اخذه المالك القديم بالقيمة ان شا لانه فيه نظر الجانبين على ما بينا وكذلك لو باعه من مسلم بعوض فاسد بان باع من مسلم عبد المسلم بخمر او خنزير اخذه صاحبه بقيمة العبد لان تسمية الخمر والخنزير لم يصح فكان هذا بيعا فاسدا والبيع الفاسد مضمون بقيمة المبيع فصار كانه اشتراه بقيمته ولو لم يكن العوض فاسدا اخذه بالثمن الذي اشتراه ان شا ان كان اشتراه بخلاف جنسه لان الاخذ عند اختلاف الجنس مفيد وكذلك لو كان اشتراه بجنسه لكن باقل منه فانه ياخذه بمثل ما اشتراه ولا يكون هذا ربوا لان الربوا فضل مال قصد استحقاقه بالبيع من غير عوض يقابله والمالك القديم لا ياخذ بطريق البيع بل بطريق الاعادة الي قديم ملكه فلا يتحقق الربوا وان كان اشتراه من جنسه بمثله قدرا لا ياخذه لانه لا يفيد ولو اشتراه رجل من العدو من رجل اخر ثم حضر المالك القديم اخذه من الثاني بالثمن الثاني وليس له ان ينقض البيع الثاني وياخذه بالثمن الاول من المشتري الاول في ظاهر الرواية

وروي عن محمد في النوادر ان المالك بالخيار ان شا نقض البيع واخذه بالثمن الاول وان شا اخذه بالثمن الثاني وجه رواية النوادر ان اخذ المالك القديم تملك ببدل فاشبه حق الشفعة ثم حق الشفيع مقدم على حق المشتري فكذا حقه والجامع ان حق كل واحد منهما سابق على حق المشتري والسبق من اسباب الترجيح وجه ظاهر الرواية انه لا ملك للمالك القديم في المحل بوجه بل هو زايل من كل وجه وانما الثابت له حق الاعادة وانه ليس بمعني في المحل فلا يمنع جواز البيع فلا يملك نقضه بخلاف حق الشفعة فان الشفيع يتملك الشقص المشفوع مقتضي الاخذ بالشفعة بتمليك البايع منه على ما عرف وعلى هذا الاصل اذا علم المالك القديم بشرا الماسور وترك الطلب زمانا لا يبطل حقه لان هذا الاخذ ليس في معني الاخذ بالشفعة ليشترط له الطلب على سبيل المواثبة وعلى قياس ما روي عن محمد يبطل كما يبطل حق الشفعة بترك الطلب على المواثبة وكذلك هذا الحق يورث في ظاهر الرواية حتي لو مات القديم كان لورثته ان ياخذوه وعلى قياس ما روي عن محمد لا يورث كما لا يورث حق الشفعة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان هذا الاخذ ليس ابتدا الملك بل هو اعادة الي قديم الملك بخلاف الاخذ بالشفعة وحق الاعادة الي قديم الملك مما يحتمل الارث لحق الرد بالعيب وليس لبعض الورثة ان ياخذ واذلك دون البعض لانه حق ثبت للكل فلا ينفرد به البعض ولو اشتري الماسور رجل وادخله دار الاسلام ثم اسره العدو ثانيا فاشتراه رجل اخر فادخله دار الاسلام فالمشتري الاول احق من المالك القديم وليس للمالك القديم ان ياخذه من المشتري الثاني لانه لما اسر من يد المشتري الاول نزل المشتري الاول منزلة المالك القديم فكان حق الاخذ له لكن اذا اخذه المشتري الاول فالمالك القديم ان ياخذه بالثمنين ان شا او يدع لانه لما اخذه المشتري الاول بالثمن فقد قام عليه بالثمنين فكانه اشتراه بهذا القدر من المال ولم يوجد الاسر اصلا ولو اعتق الحربي العبد الماسور في دار الحرب او دبره او كاتبه او كانت امة فاستولدها ثم ظهر المسلمون عليها عتقت هي واولادها وكذا المدبر والمكاتب اما اذا اعتقه فلان يده زالت عنه وهو مسلم فحصلت في يد نفسه فعتق عليه كالعبد الحربي اذا خرج الينا مسلما والاستيلا فرع النسب والنسب يثبت في دار الحرب وقهر الحربي كموته وان مات عتقت ام ولده كذا اذا غلب عليه وعتق المدبر لهذا المعني والمكاتب في يد نفسه لزوال يد المولي عنه وهو مسلم فيعتق ولانه اذا قهر المولي سقط عنه بدل الكتابة فعتق لزوال رقه ولو كان الماسور حرا فاشتراه مسلم واخرجه الي دار الاسلام فلا شي للمشتري على الحر لانه ما اشتراه حقيقة اذ الحر لا يحتمل التملك لكنه بذل مالا لاستخلاص الاسير بغير اذنه فكان متطوعا فيه فلا يملك الرجوع عليه وان امره الحر بذلك ففعله بامره رجع عليه لانه لما امره بذلك فكانه استقرض منه هذا القدر من المال فاقرضه اياه ثم امره ان يدفعه الي فلان فعل الي فلان ففعل فيرجع عليه بحكم الاستقراض ولو اسلم اهل الحرب ومتاع المسلمين الذي احرزوه في ايديهم فهو لهم ولا حق للمالك القديم فيه لانه مال اسلموا عليه ومن اسلم على مال فهو له على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا الذي ذكرنا حكم استيلا الكفار فاما حكم الشرا فنقول الحربي اذا خرج فاشتري عبدا مسلما يثبت الملك له فيه عندنا لكنه يجبر على البيع وكذلك لو خرج الينا بعبده فاسلم في يده يجبر

على البيع وعند الشافعي لا يجوز شرا الكافر العبد المسلم وهي مسئلة كتاب البيوع فان
لم يبعه حتى دخل به دار الحرب عتق عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يعتق
وجه قولهما ان احراز الكافر ماله بدار الحرب اثره في زوال العصمة لا في زوال الملك
فان مال الكافر مملوك لكنه غير معصوم وجه قول ابي حنيفة ان الثابت للحربي بالشرا
ملك مجبور على ازالته فلو لم يعتق بادخاله دار الحرب لم يبق الملك الثابت له شرعا
بهذه الصفة لتعذر الجبر بالاحراز بوجهه فيؤدي الى تغيير المشروع وهذا لا يجوز ثم
طريق الزوال هو الاحراز بالدار وان كان هو في الاصل شرط زوال الملك والعصمة
في استيلاء الكفار لتعذر تحصيل العلة فاقيم الشرط مقامه على الاصل المعهود من
اقامة الشرط مقام العلة عند تعذر تعليق الحكم بالعلة ولو اشترى عبدا ذميا فهو
على هذا الاختلاف ايضا لان الحربي مجبور على بيع العبد الذمي ايضا ولا يترك ليدخل
دار الحرب ولو اسلم عبد لحربي في دار الحرب لا يعتق وهو عبد على حاله بالاجماع لان
الملك وان كان واجب الازالة لكن لا طريق للزوال هاهنا فبقي على حاله ولو خرج هذا
العبد الينا فان خرج مراغما لمولاه ولحق بعسكر المسلمين عتق لان دار الحرب دار قهر
وغلبة وقد قهر مولاه بخروجه مراغما اياه فصار مستوليا على نفسه مستغنيا اياها
فيزول ملك المالك عنه وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في اباق عبد
الطايف هو لا عتقا الله تعالى ولو خرج غير مراغم بان خرج باذن المولى للتجارة فهو عبد
لمولاه لكن يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه فلانه باعه على ملكه وكذا لو لم يخرج
مراغما ولكن ظهر المسلمون على الدار يعتق ايضا لانه لما اسلم فقد بقي عليه ملك مستحق
الزوال محتاج الى طريق الزوال وقد وجد وهو احرازه نفسه بمنعة المسلمين وانه
اسبق من احراز المسلمين اياه بدار الاسلام ليملكوه فكان اولى ولو لم يخرج ولم يظهر
على الدار ولكن باعه الحربي من مسلم او حربي عتق عند ابي حنيفة قبل المشتري
او لم يقبل وعند ابي يوسف ومحمد لا يعتق وجه قولهما انه كما زال ملك البايع عنه
فقد ثبت ملك المشتري فيه فلا يعتق وجه قول ابي حنيفة ما ذكرنا ان هذا ملك
مستحق الزوال موقوف زواله على سبب الزوال على ما بينا فاذا عرضه على البيع والبيع
سبب لزوال الملك فقد رضي بزواله الى غيره فكان بزواله اليه ارضى لانه استحق
الزوال وغيره ما استحقه والرضى بالزوال شرط الزوال ولو اسلم حربي في دار الحرب
وله رقيق فيها فخرج هو الى دار الاسلام ثم تبعه عبده بعد ذلك كافرا كان او مسلما
فهو عبد لمولاه لان خروجه الى مولاه نحو خروجه مع مولاه ولو خرج مع مولاه لكان
عبدا لمولاه كذا هذا

فصل واما بيان الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين
فنقول وبالله التوفيق لا بد اولا من معرفة الدارين دار الاسلام ودار الكفر
لتعرف الاحكام التي تختلف باختلافهما ومعرفة ذلك مبنية على معرفة ما به تصير
الدار دار اسلام او دار كفر فنقول لا خلاف بين اصحابنا في ان دار الكفر تصير دار
اسلام بظهور احكام الاسلام فيها واختلفوا في دار الاسلام انها بماذا تصير
دار الكفر قال ابو حنيفة رحمه الله انها لا تصير دار الكفر الا بثلاث شرايط احدها
ظهور احكام الكفر فيها والثاني ان تكون متاخمة لدار الكفر والثالث انه لا يبقى
فيها مسلم ولا ذمي امنا بالامان الاول وهو امان المسلمين وقال ابو يوسف
ومحمد انها تصير دار الكفر فيها وجه قولهما ان قولنا دار الاسلام ودار الكفر اضافة

الدار الى الاسلام والى الكفر وانما تضاف الدار الى الاسلام والى الكفر بظهور الاسلام والكفر
فيها فيهما كما تسمى الجنة دار السلام والنار دار البوار لوجود السلامة في الجنة والبوار في
الاسلام النار وظهور الاسلام والحكم بظهور احكامهما فاذا ظهر احكام الكفر في دار فقد
صارت دار كفر فصحت الاضافة ولهذا صارت دار الاسلام بظهور احكام الاسلام فيها من غير
شريطة اخرى فكذا تصير دار الكفر بظهور احكام الكفر فيها والله اعلم وجه قول ابي حنيفة
ان المقصود من اضافة الدار الى الاسلام والكفر ليس هو عين الاسلام والكفر وانما
المقصود هو الامن والخوف ومعناه ان الامان ان كان للمسلمين فيها على الاطلاق والخوف
للكفرة على الاطلاق فهي دار الكفر والاحكام مبنية على الامان والخوف لا على الاسلام
والكفر فكان اعتبار الامان والخوف اولى فما لم تقع الحاجة للمسلمين الى الاستيمان بقي
الامن الثابت فيها على الاطلاق فلا تصير دار الكفر وكذا الامن الثابت على الاطلاق
لا يزول الا بالمتاخمة بدار الحرب فيتوقف صيرورتها دار الحرب على وجودهما معا ان اضافة
الدار الى الاسلام احتمل ان يكون لما قلتم واحتمل ان يكون لما قلنا وهو ثبوت الامن فيها
على الاطلاق وانما يثبت للكفرة بعارض الذمة والاستيمان فان كانت الاضافة لما قلتم تصير
دار الكفر بما قلتم وان كانت الاضافة لما قلنا لا تصير دار الكفر الا بما قلنا فلا تصير
ما به دار الاسلام بيقين دار الكفر بالشك على الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول
بالشك والاحتمال بخلاف دار الكفر حيث تصير دار الاسلام بظهور احكام الاسلام فيها
لان هناك الترجيح لجانب الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يعلو ولا يعلى فزال
الشك على ان الاضافة ان كانت باعتبار ظهور الاحكام لكن لا تظهر احكام الكفر الا عند
وجود هذين الشرطين اعني المتاخمة وزوال الامان الاول لانها لا تظهر الا بالمنعة
ولا منعة الا بهما والله اعلم وعلى قياس هذا الاختلاف في ارض لاهل الاسلام ظهر عليها المشركون
واظهروا فيها احكام الكفر او كان اهلها ذمة فنقضوا الذمة وظهروا احكام الشرك
هل تصير دار الحرب فهو على ما ذكرنا من الاختلاف فاذا صارت دار الحرب فحكمها اذا ظهرنا
عليها وحكم ساير دور الحرب سواء وقد ذكرناه ولو فتحها الامام ثم جاء اربابها فان كان
قبل القسمة اخذوا بغير شيء وان كان بعد القسمة اخذوا بالقيمة ان شاؤا لما ذكرنا من قبل
وعاد الماخوذ على حكمه الاول الخراجي عاد خراجيا والعشري عاد عشريا لان هذا ليس
استحداث الملك بل هو عود قديم الملك اليه فيعود بوظيفته الا اذا الامام وضع
عليها الخراج قبل ذلك فلا يكون عشريا لان تصرف الامام صدر عن ولاية شرعية
فلا يحتمل النقض

فصل واما الاحكام التي تختلف باختلاف الدارين فانواع منها
ان المسلم اذا زنى في دار الحرب او سرق او شرب الخمر او قذف مسلما لا يؤخذ بشيء من
ذلك لان الامام لا يقدر على اقامة الحدود في دار الحرب لعدم الولاية ولو فعل شيئا
من ذلك ثم رجع الى دار الاسلام لا يقام عليه الحد ايضا لان الفعل لم يقع موجبا اصلا
ولو فعل في دار الاسلام ثم هرب الى دار الحرب يؤخذ به لان الفعل وقع موجبا للاقامة
فلا يسقط بالهرب الى دار الحرب وكذا اذا قتل مسلما لا يؤخذ بالقصاص وان كان عمدا
لتعذر الاستيفاء الا بالمنعة اذ الواحد يقاوم الواحد والمنعة منعدمة ولان
كونه في دار الحرب اورث شبهة في الوجوب والقصاص لا يجب مع الشبهة ويضمن الدية
خطا كان او عمدا وتكون في ماله لا على العاقلة لان الدية تجب على العاقل ابتدا لان القتل
وجد منه ولهذا وجب القصاص والكفارة على العاقل لا على غيره فكذا الدية تجب عليه

ابتدا هو الصحيح ثم العاقلة تتحمل عنه بطريق التعاون لما اتصل اليه بحيوته من المنافع من
النصرة والعز والشرف بكثرة العشاير والبر والاحسان لهم ونحو ذلك وهذه المعاني لا تحصل
عند اختلاف الدارين فلا يتحمل عنه العاقلة وكذلك لو كان اميرا على سرية او امير جيش
فزنا رجل منهم او سرق او شرب الخمر او قتل مسلما خطا او عمدا لم يا خذ الامير بشي من ذلك
لان الامام ما فوض عليه اقامة الحدود والقصاص لعلمه انه لا يقدر على اقامتها في دار
الحرب الا انه يضمنه السرقة ان كان استهلكها ويضمنه الدية في باب القتل القتل
لانه يقدر على استيفا ضمان المال ولو غزا الخليفة او امير الشام ففعل رجل من العسكر
شيا من ذلك اقام عليه الحد واقتص منه في العمد وضمنه الدية في ماله في الخطا لان
اقامة الحدود الى الامام ويمكنه الاقامة بما له من القوة والشوكة باجتماع الجيوش
وانقيادها له فكان لعسكره حكم دار الاسلام ولو شذ رجل من العسكر ففعل شيا من ذلك
درئ عنه الحد والقصاص لاقتصار ولاية الامام عن المعسكر وعلى هذا ايضا تخرج الحربي
اذا اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتل مسلم عمدا او خطا انه لا قصاص عليه عندنا
لما ذكرنا وعلى هذا مبني على ان التقوم عندنا يثبت بدار الاسلام لان التقوم بالعزة
ولا عزة الا بمنعة المسلمين وعند الشافعي التقوم يثبت بالاسلام وعلى هذا اذا اسلم
الحربي في دار الحرب ولم ان عليه صلاة ولا صيا ما ثم خرج الى دار الاسلام فليس قضا ما
مضى وقال ابو يوسف استحسن ان يجب عليه القضا وجه قوله ان الصلاة قد وجبت
لوجود سبب الوجوب وهو الوقت وشرطه وهو الاسلام والصلاة الواجبة اذا فاتت
عن وقتها تقضى كالذمي اذا اسلم في دار الاسلام ولم يعرف ان عليه ذلك حتى مضى عليه
اوقات صلوات ثم علم وجه قول ابي حنيفة ان وجوب الشرايع يعتمد البلوغ وهو العلم
بالوجوب لان وجوبها لا يعرف الا بالشرع بالاجماع ان اختلفا في الايمان الا ان حقيقة
العلم ليست بشرط بل امكان الوصول اليه كاف وقد وجد ذلك في دار الاسلام لانها
دار العلم بالشرايع ولم يوجد في دار الحرب لانها دار الجهل بها بخلاف وجوب الايمان
وشكر النعم وحرمة الكفر والكفران ونحو ذلك لان هذه الاحكام لا يقف وجوبها
على الشرع بل يجب بمجرد العقل عندنا فان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة انه يقول لا
عذر لاحد من الخلق في جهله معرفة خالقه لان الواجب على جميع الخلق معرفة الرب جل
جلاله وتوحيده لما يرى من خلق السموات والارض وخلق نفسه وساير ما خلق الله
تعالى واما الفرايض فمن لم يعلمها ولم تبلغه فان هذا لم يقم عليه حجة حكمية بلفظه
وعلى هذا اذا دخل مسلم او ذمي دار الحرب بامان فعاقد حربيا عقد الربوا او غيره
من العقود الفاسدة جاز عند ابي حنيفة ومحمد وكذلك لو كان اسيرا في ايديهم
او اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا فعاقد حربيا وقال ابو يوسف لا يجوز للمسلم
في دار الحرب الا ما يجوز له في دار الاسلام على وجه قول ابي يوسف ان حرمة الربوا
ثابتة في العاقدين اما في حق المسلم فظاهر واما في حق الحربي فلان الكفار مخاطبون
بالحرمات قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا عنه ولهذا حرم مع الذمي والحربي
الذي دخل دارنا بامان وجه قولهما ان اخذ الربوا في معنى اتلاف المال واتلاف مال
الحربي مباح وهذا لانه لا عصمة لمال الحربي فكان المسلم يتوسل من اخذه الا بطريق الغدر
والخيانة فاذا رضي به انعدم معنى الغدر بخلاف الذمي والحربي المستامن لان اموالهما
معصومة عن الاتلاف ولو عاقد هذا المسلم الذي دخل بامان مسلما هناك ولم يهاجر

الينا جاز عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز ولو كانا اسيرين او دخلا بامان للتجارة فتعاقدا
عقد الربا او غيره من البياعات الفاسدة لا يجوز بالاتفاق وجه قولهما ان اخذ الربوا من
المسلم اتلاف مال معصوم من غير رضاه معنى لان الشرع حرم ان تطيب نفسه بذلك
بقوله صلى الله عليه وسلم من زاد او استزاد فقد اربى والساقط شرعا والعدم حقيقة
سوا فاشبه تعاقد الاسيرين والتاجرين وجه قول ابي حنيفة ان اخذ الربا في معنى
اتلاف المال ومال الذي اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا غير مضمون بالاتلاف
يدل عليه ان نفسه غير مضمونه بالقصاص ولا بالدية عندنا وحرمة المال تابعة
لحرمة النفس بخلاف التاجرين والاسيرين فان مالهما مضمون بالاتلاف وعلى هذا
اذا دخل دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا ثم خرج المسلم وخرج الحربي
مستامنا فان القاضي لا يقضي لواحد منهما على صاحبه بالدين وكذا لو غصب احدهما صاحبه
شيا لا يقضي عليه بالغصب لان المداينة في دار الحرب وقعت هدرا لانعدام ولايتنا
عليهم وانعدام ولايتهم ايضا في حقنا وكذا غصب كل واحد منهما صادف مالا غير مضمون
فلم ينعقد سببا لوجوب الضمان وكذا لو كانا حربيين داين احدهما صاحبه ثم خرجا
مستامنين ولو خرجا مسلمين يقضي بالدين لثبوت الولاية ولا يقضي بالغصب لما بينا
الا ان المسلم لما كان هو الغاصب يفتى بعني بان يرد عليهم لانه صار غادرا بهم
ناقضا عهدهم فيلزمه التوبة ولا تتحقق التوبة الا برد المغصوب وعلى هذا
مسلمان دخلا دار الحرب بامان بان كانا تاجرين مثلا فقتل احدهما صاحبه عمدا
لا قصاص على القاتل لما بينا وان كان خطا فعليه الدية في ماله والكفارة لانهما من
اهل دار الاسلام وانما دخلا دار الحرب لعارض امن الا انه لم يجب القصاص للشبهة
او لتعذر الاستيفاء على ما بينا ولو كانا اسيرين او كان المقتول اسيرا مسلما فلا
شي على القاتل الا الكفارة في الخطا عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد عليه
الكفارة والدية وجه قولهما ان الاسيرين من اهل دار الاسلام كالمستامنين
وانما الاسر امر عارض ولابي حنيفة ان الاسير مقهور في يد اهل الحرب فصار تبعا لهم
فبطل تقومه والله اعلم وعلى هذا الحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب لا ينفذ عند
ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ينفذ وقيل لا خلاف في العتق انه ينفذ انما الخلاف
في الولا انه يثبت منه عندهما لا يثبت وعنده يثبت وجه قوله ان ركن الاعتاق
صدر من اهل الاعتاق في محل مملوك للمعتق فيصح كما لو اعتق في دار الاسلام وجه قولهما
ان الاعتاق في دار الحرب لا يفيد زوال الملك لان الملك في دار الحرب بالقهر والغلبة
حقيقة فكل مقهور مملوك وكل قاهر مالك هذا ديانتهم وانما يعرفون سوى القدرة
الحقيقة حتى ان العبد منهم اذا قهر مولاه يصير هو مالكا ومولاه مملوكا وهذا
لا يفيد الاعتاق في دار الحرب فلا يفيد زوال ملك المالك هذا معنى قول مشايخنا
لابي حنيفة رحمه الله يعتق بلسانه مسترق بيده وكذلك لو اشترى قريبه لا يعتق
عليه لانه لا يعتق بصريح الاعتاق فكيف يعتق بالشرا وكذا لو دبره او كاتبه
في دار الحرب حتى لو دخل دار الاسلام ومعه مدبرا ومكاتب دبره او كاتبه
في دار الحرب جاز بيعه لان التدبير اعتاق مضاف الى ما بعد الموت والكتابة
تعليق العتق بشرط اذا بدل الكتابة ثم لم ينفذ اعتاقه المنجز فكذا المعلق والمضاف
ولو استولد امته في دار الحرب صح استيلاده اياها حتى لو خرج بها الى دار الاسلام

لايجوز بيعها لان الاستيلاد اكتساب ثبات النسب للولد والحربي من اهل ذلك الا يرى
ان انساب اهل الحرب ثابتة واذا اثبت النسب صارت ام ولد له فخرجت عن محلية البيع
لكونها حرة من وجه قال النبي صلى الله عليه وسلم اعتقها ولدها ولو دخل الحربي الينا بامان
فقد لزمه احكام الاسلام ما دام في دار الاسلام ومن احكام الاسلام ان يملك المعتق
ان يسترق بيع ما اعتقه بلسانه ولو دبر عبده في دار الحرب ثم رجع الى دار الحرب
وخلف المدبر وخلف ام ولده التي استولدها في دار الاسلام او في دار الحرب ثم مات
على كفره او قتل او اسر تحكم بعتقهما اما اذا مات او قتل فظاهر لان ام الولد والمدبر
يعتقان بموت سيدهما والمقتول ميت باجله عند اهل السنة وان رغم انف المعتزلة
واما اذا اسر فلانه صار مملوكا فلم يبق مالكا ضرورة واما ما لكه الذي كاتبه في دار الاسلام
ودخل هو الى دار الحرب فهو مكاتب على حاله وبدل الكتابة عليه لورثته اذا مات وكذلك
المرهون والودايع والديون التي له على الناس وما كان للناس عليه فهي كلها على حالها
اذا مات لانه دخل دار الاسلام بامان ومعه هذه الاموال فكان الاموال فيها باقيا
وكذلك لو ظهر على الدار فهرب الحربي او قتل ولم يظهر على الدار فملكه على حاله
يعود فياخذه او تجيء ورثته فياخذونه اما اذا هرب ولم يقتل ولم يوسر فظاهر واما
اذا قتل ولم يظهر فلان ماله صار ميراثا لورثته فيجيئون فياخذونه والمكاتب على
حاله يؤدي الى ورثته فيعتق فاما اذا ظهروا اسرا واسر ولم يظهروا وظهر وقتل
مكاتبه اما اذا اسر وظهر ظهر واسر ولم يظهر فظاهر لانه ملك بالاسر وكذا اذا
ظهر وقتل لان القتل بعد الظهور قتل بعد الاسر ويبطل ما كان له من الدين لما ذكرنا
انه بالاسر صار مملوكا فلم يبق مالكا فسقطت ديونه ضرورة ولا يصير مالكا للاسر
لان الدين في الذمة وما في الذمة لا يحل عليه الاسر وكذلك ما عليه من الديون يسقط
ايضا لانه لو بقي لتعلق برقبته فلا يخلص السبي للسابي واما ودايعه فهي في الجماعة
للجماعة وروي عن ابي يوسف انها تكون فيا للمودع ووجه قوله ان يده من يد الغانمين
اسبق والمباح مباح من سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجه ظاهر الرواية
ان يد المودع يده تقديرا فكان الاستيلاء عليه بالاسر استيلاء على ما في يده تقديرا ولا يختص
به الغانمون لانه مال لم يوخذ على سبيل القهر والغلبة فكان فيا حقيقة لا غنيمة
فيوضع موضع الفي واما الرهن فعند ابي يكون للمرتهن بدينه والزيادة له وعند
محمد يباع فيستوفي قدر دينه والزيادة في جماعة المسلمين والله اعلم

واما بيان احكام المرتدين فالكلام فيه في مواضع في بيان ركن الردة وفي بيان
شرايط صحة الركن وفي بيان حكم الردة اما ركنها فهو اجراء كلمة الكفر على اللسان
بعد وجود الايمان اذ الردة عبارة عن الرجوع عن الايمان فالرجوع عن الايمان
يسمى ردة في عرف الشرع واما شرايط صحتها فانواع منها العقل فلا تصح ردة المجنون
والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرايط الصحة خصوصا في الاعتقادات ولو كان
الرجل ممن يجن ويفيق فان ارتد في حال جنونه لم يصح وان ارتد في حال افاقته
صحت لوجود دليل الرجوع في احدى الحالتين دون الاخرى وكذلك السكران
الذاهب العقل لا تصح ردته استحسانا والقياس ان تصح في حق الاحكام وجه القياس
ان الاحكام مبنية على الاقرار بظاهر اللسان لا على ما في القلب اذ هو امر باطن لا يقف
عليه وجه الاستحسان ان احكام الكفر مبنية على الكفر كما ان احكام الايمان

مبنية على الاقرار بظاهر اللسان لا على ما في القلب الايمان والايمان والكفر يرجعان
الى التصديق والتكذيب وانما الاقرار دليل عليهما واقرار السكران الذاهب العقل
لا يصلح دلالة على التكذيب فلا يصح اقراره واما البلوغ فهل هو شرط اختلف فيه قال ابو
حنيفة ليس بشرط فتصح ردة الصبي العاقل وقال ابو يوسف شرط حتى لا تصح ردته
وجه قوله ان عقل الصبي في التصرفات الضارة المحضة ملحقة بالعدم ولهذا
لم يصح طلاقه وعتاقه وتبرعاته والردة مضرة محضة فاما الايمان فيقع لذلك صح
ايمانه ولم تصح ردته وجه قولهما ان صح ايمانه فتصح ردته وهذا لان صحة الايمان
والردة مبنية على وجود الايمان والردة حقيقة لان الايمان والكفر من الافعال
الحقيقية وهما افعال جارحة القلب بمنزلة افعال الجوارح والاقرار الصادر
عن عقل دليل وجودهما وقد وجدها منا الا ان مع وجودها منه حقيقة لا تقتل
ولكن تحبس لما نذكر ان شاء الله تعالى والقتل ليس من لوازم الردة فان المرتدة لا تقتل
بلا خلاف بين اصحابنا والردة موجودة واما الذكورة فليست بشرط فتصح ردة
المراة عندنا لكنها لا تقتل بل تجبر على الاسلام وعند الشافعي تقتل وستاتي المسلة في
موضعها ان شاء الله تعالى ومنها الطوع فلا تصح ردة المكره على الردة استحسانا اذا
كان قلبه مطمينا بالايمان والقياس ان تصح في حق الاحكام وقد ذكرنا وجه القياس
والاستحسان في كتاب الاكراه والله اعلم واما حكم الردة فنقول وبالله التوفيق
للردة احكام كثيرة بعضها يرجع الى نفس المرتد وبعضها يرجع الى ملكه وبعضها
يرجع الى تصرفاته وبعضها يرجع الى ولده اما الذي يرجع الى نفسه فانواع منها اباحة
دمه اذا كان رجلا حرا كان او عبدا لسقوط عصمته بالردة قال النبي صلى الله عليه
وسلم من بدل دينه فاقتلوه وكذا العرب لما ارتدت بعد وفاة رسول الله صلى الله
عليه وسلم اجمعت الصحابة رضي الله عنهم على قتلهم ومنها يستحب ان يستتاب ويعرض
الاسلام عليه لاحتمال ان يسلم لكن لا يجب لان الدعوة قد بلغته فان اسلم فمرحبا
واهلا بالاسلام وان ابى نظر الامام في ذلك فان طمع في توبته او سال هو التاجيل
اجله ثلاثة ايام وان لم يطمع في توبته ولم يسال هو التاجيل قتله من ساعته
والاصل فيه ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قدم عليه رجل من جيش المسلمين فقال هل
عندكم من مغربة خبر قال رجل نعم رجل كفر بالله بعد اسلامه فقال عمر ماذا فعلتم به
قال قربناه فضربنا عنقه فقال عمر هلا طينتم عليه بيتا ثلاثا واطعمتموه
كل يوم رغيفا واستتبتموه لعله يتوب ويرجع الى امر الله تعالى اللهم اني لم احضر
ولم امر ولم ارض اذ بلغني وهكذا روي عن علي رضي الله عنه انه قال يستتاب
المرتد ثلاثا وتلا هذه الاية ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا ثم
ازدادوا كفرا ولان من الجايز انه اعترضت له شبهة حملته على الردة فيوجل
ثلاثا لعلها تنكشف في هذه المدة فكانت الاستتابة ثلاثا وسيلة الى الاسلام
عسى فندب عليها فان قتله انسان قبل الاستتابة يكره له ذلك ولا شيء عليه لزوال
عصمته بالردة وتوبته ان ياتي بالشهادتين ويتبرا عن الدين الذي انتقل
اليه وان تاب ثم ارتد ثانيا فحكمه في المرة الثانية كحكمه في المرة الاولى انه ان
تاب في المرة الثانية قبلت توبته وكذلك في المرة الثالثة والرابعة لوجود
الايمان ظاهرا في كل كرة لوجود دليله وهو اقرار العاقل وقال الله تعالى

محمد رحمهما الله تعالى صح

الله عنه صح

ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا فقد اثبت الايمان له بعد وجود الردة منه والايمان بعد
وجوده لا يحتمل الرد الا انه اذا تاب في المرة الرابعة يضربه الامام ويخلي سبيله
وروي عن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا تاب في المرة الثالثة حبسه الامام حتى
يري عليه ولم يخرجه من السجن حتى يري عليه خشوع التوبة والاخلاص واما المراة
فلا يباح دمها اذا ارتدت ولا تقتل عندنا ولكن تجبر على الاسلام واجبارها على الاسلام
ان تحبس وتخرج كل يوم فتستتاب ويعرض عليها الاسلام فان اسلمت والا حبست
ثانيا هكذا الى ان تسلم او تموت وذكر الكرخي وزاد عليه تضرب اسواطا في كل يوم
تخرج تعزيرا لها على ما فعلت وعند الشافعي تقتل لعموم قوله صلى الله عليه وسلم من
بدل دينه فاقتلوه ولان علة اباحة الدم هو الكفر بعد الايمان ولهذا قتل الرجل وقد
وجد منها ذلك بخلاف الحربية ولان الكفر بعد الايمان اغلظ من الكفر الاصلي لان هذا
رجوع بعد القبول والوقوف على محاسن وحججه وذلك امتناع من القبول بعد التمكن
من الوقوف دون حقيقة الوقوف فلا يستقيم الاستدلال ولنا ما روي ان رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا تقتلوا امراة ولا وليدا ولان القتل انما شرع وسيلة الى الاسلام
بالدعوة اليه على الطريقين عند وقوع الناس عن اجابتها بادناهما وهو دعوة اللسان
بالاستتابة باظهار محاسن الاسلام والنسا اتباع الرجال في اجابة هذه
الدعوة في العادة فانهن في العادات الجارية يسلمن باسلام ازواجهن على ما روي ان رجلا
اسلم وتحته خمس نسوة فاسلمن معه واذا كان كذلك فلا يقع شرع القتل في حقها
وسيلة الى الاسلام فلا يفيد ولهذا لم تقتل الحربية بخلاف الرجل فان الرجل لا يتبع راي
غيره خصوصا في امر الدين بل يتبع راي نفسه فكان رجاء الاسلام ثابتا فكان شرع
القتل مفيدا فهو الفرق والحديث محمول على الذكور عملا بالدلايل صيانة لها عن التناقض
وكذلك الامة اذا ارتدت لا تقتل عندنا وتجبر على الاسلام ولكن يجبرها مولاها ان
احتاج الى خدمتها ويحبسها في بيته لان ملك المولى فيها بعد الردة قايم وهي مجبورة على
الاسلام فكان الدفع الى المولى رعاية للحقين ولا يطاها لان المرتدة لا تحل لاحد وكذلك
العاقل لا يقتل وان صحت ردته عند ابي حنيفة ومحمد لان قتل البالغ والدعوة
الى الاسلام باللسان واظهار حججه واتضاح دلايله لظهور العناد ووقوع الياس
عن فلاحه وهذا لا يتحقق من الصبي فكان الاسلام منه مرجوا والرجوع الى الدين
الحق منه مامولا فلا يقتل ولكن يجبر على الاسلام بالحبس لان الحبس يكفيه وسيلة
الى الاسلام وعلى هذا صبي ابواه مسلمان حتى حكم باسلامه تبعا لابويه فبلغ كافرا
ولم يسمع منه اقرار باللسان بعد البلوغ لا يقتل لانعدام الردة منه اذ هي اسم للتكذيب
بعد سابقة التصديق ولم يوجد منه التصديق بعد البلوغ اصلا لانعدام
دليله وهو الاقرار حتى لو اقر بالاسلام ثم ارتد يقتل لوجود الردة منه لوجود
دليلها وهو الاقرار فلم يكن الموجود منه ردة حقيقة ولكنه يحبس لانه كان له حكم
الاسلام قبل البلوغ الا ترى انه حكم باسلامه بطريق التبعية والحكم في اكسابه
كالحكم في اكساب المرتد لانه مرتد حكما وسنذكر الكلام في اكساب المرتد في موضعه
ان شا الله تعالى ومنها ان المرتد لا يسترق وان لحق بدار الحرب لانه لم يشرع فيه الا
الاسلام او السيف لقوله تعالى تقاتلونهم او يسلمون وكذلك الصحابة رضي الله عنهم
اجمعوا عليه في زمن ابي بكر رضي الله عنه ولان استرقاق الكافر للتوسل الى الاسلام

واسترقاقه

كانت صح

واسترقاقه لا يقع وسيلة الى الاسلام على ما مر من قبل وهذا لم يجز ابقاوه على الجزية بخلاف
المرتدة اذا لحقت بدار الحرب انها تسترق لانها لم يشرع قتلها ولا يجوز ابقا الكافر على الكفر
الا مع الجزية او مع الرق ولا جزية على النسوان فكان ابقاوها على الكفر مع الرق مع الكفر
مع الرق انفع للمسلمين من ابقايها من غير شي وكذا الصحابة رضي الله عنهم استرقوا نسا
من ارتد من العرب وصبيانهم حتى قيل ان ام محمد بن الحنفية وهي خولة بنت اياس
كانت من سبي بني حنيفة ومنها حرمة اخذ الجزية فلا يوخذ الجزية من المرتد لما ذكرنا
ومنها ان العاقلة لا تعقل جنايته لما ذكرنا من قبل ان موجب الجناية على الجاني وانما العاقلة
تتحمل عنه بطريق التعاون والمرتد لا يعاون ومنها الفرقة اذا ارتد احد الزوجين
ثم ان كانت الردة من المراة كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق وان كانت من الرجل
ففيه خلاف مذكور في كتاب النكاح ولا ترتفع هذه الفرقة بالاسلام وان ارتد الزوجان
معا واسلما معا فهما على نكاحهما معا وعند زفر فسد النكاح ولو اسلم احدهما قبل
الاخر فسد النكاح بالاجماع وهي من مسايل كتاب النكاح ومنها حرمة ذبيحته لانه
لا ملة له لما ذكرنا ومنها انه لا يجوز نكاحه لما ذكرنا انه لا ولاية له ومنها انه لا يرث من احد
لانعدام الملة والولاية ومنها انها تحبط اعماله لكن بنفس الردة عندنا وعند الشافعي
بشريطة الموت عليها وهي مسلة كتاب الصلاة ومنها انه لا يجب عليه شي من العبادات
عندنا لان الكفار غير مخاطبين بشرايع هي عبادات عندنا وعند الشافعي يجب عليه
وهي من مسايل اصول الفقه واما الذي يرجع الى ماله فثلاثة انواع حكم الملك وحكم
الميراث وحكم الدين اما الاول فنقول لا خلاف في انه اذا اسلم تكون امواله على حكم
ملكه ولا خلاف ايضا في انه اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب تزول امواله عن ملكه
واختلف في انه تزول بهذه الاسباب مقصورا على الحال او بالردة من حين وجودها
على التوقف فعند ابي يوسف ومحمد ملك المرتد لا يزول عن ماله بالردة وانما يزول
بالموت او القتل او باللحاق بدار الحرب وعند ابي حنيفة رحمه الله الملك في امواله
موقوف على ما يظهر من حاله وعلى هذا الاصل يبنى حكم تصرفات المرتد انها جايزة عندهما
كما تجوز من المسلم حتى لو اعتق او دبر او كاتب او باع او اشترى او وهب نفذ ذلك
كله وعنده تصرفاته موقوفة لوقوف املاكه فان اسلم جاز كله وان مات او قتل او لحق
بطل كله وجه قولهما ان الملك كان ثابتا له حالة الاسلام لوجود سبب الملك واهليته
وهي الحرية والردة لا تؤثر في شي من ذلك ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية الجواز فقال
ابو يوسف جوازها جواز تصرف الصحيح وقال محمد جواز تصرف المريض مرض الموت
وجه قول محمد ان المرتد على شرف التلف لانه يقتل فاشبه المريض مرض الموت
وجه قول ابي يوسف ان اختيار الاسلام بيده فيمكنه الرجوع الى الاسلام فيتخلص
عن القتل والمريض لا يمكنه دفع المرض عن نفسه فاني يتشابها وجه قول ابي حنيفة
انه وجد سبب زوال الملك وهو الردة لانها سبب لوجوب القتل والقتل سبب لحصول
الموت فكان زوال الملك عند الموت مضافا الى السبب السابق وهو الردة ولا
يمكنه اللحاق بدار الحرب باموال لا يمكن من ذلك بل يقتل فيبقى ماله فاضلا عن حاجته
فكان ينبغي ان يحكم بزوال ملكه للحال الا انا توقفنا فيه لاحتمال العود الى الاسلام
لانه اذا عاد ترتفع الردة من الاصل ويجعل كان لم يكن فكان التوقف في الزوال
للحال لاشتباه العاقبة فاشبه فان اسلم تبين ان الردة لم تكن سببا لزوال الملك

لارتفاعها من الاصل فيتبين ان تصرفه صادف محله وان قتل او مات او لحق يتبين انها وقعت
سببا للزوال من حين وجودها فيتبين ان الملك كان زايلا من حين وجود الردة لان الحكم لا يتخلف
عن سببه فلم يصادف التصرف محله فبطل فاما قبل ذلك كان ملكه موقوفا فكانت تصرفاته المبنية
عليه موقوفة ضرورة واجمعوا على انه يصح استيلاده حتى لو استولد امته فادعى ولدها انه يثبت
النسب وتصير الجارية ام ولد له اما عندهما فلان المحل مملوك له ملكا تاما واما عند ابي
حنيفة فلان الملك الموقوف لا يكون ادنى حالا من حق الملك ثم حق الملك يكفي لصحة الاستيلاد
فهذا اولى واجمعوا على انه يصح طلاقه وتسليمه الشفعة لان الردة لا تؤثر في ملك النكاح والتسليم
للشفيع حق لا يحتمل الارث ومعارضته موقوفة بالاجماع لانها مبنية على المساواة واما
المرتدة فلا يزول ملكها عن اموالها بلا خلاف فيجوز تصرفاتها في مالها بالاجماع لانها لا تقتل فلم
تكن ردتها سببا لزوال ملكها واذا عرفت حكم المرتد وحال تصرفاته المبنية عليه فحال المرتد
لا يخلوا من ان يسلم او يموت او يقتل او يلحق بدار الحرب فان اسلم فقد عاد على حكم ملكه
القديم لان الردة ارتفعت من الاصل حكما وجعلت كان لم تكن اصلا وان مات او قتل صار
ماله لورثته وعتق امهات اولاده ومدبروه ومكاتبه اذا ادى الى ورثته ويحل الديون
التي عليه وتقضى عنه لان هذه احكام الموت وكذلك اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي
بلحاقه لان اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت في حق زوال ملكه عن امواله المتروكة
في دار الاسلام لان زوال الملك عن المال بالموت حقيقة لكونه مالا فاضلا عن حاجته
لانتهاء حاجته بالموت وعجزه عن الانتفاع به وقد وجد هذا المعنى في اللحاق لان المال الذي
في دار الاسلام خرج من ان يكون منتفعا به في حقه لعجزه عن الانتفاع به فكان له حكم
المال الفاضل عن حاجته لعجزه عن قضاء حاجته به فكان اللحاق بمنزلة الموت لكونه
مزيلا للملك واذا قضى القاضي باللحاق يحكم بعتق امهات اولاده ومدبريه ويقسم ماله
بين ورثته ويحل ديونه المؤجلة لان هذه احكام متعلقة بالموت وقد وجد معنى
واما المكاتب فيودي الى ورثته ويعتق فاذا عتق فولاه للمرتد لانه المعتق ولو لحق بدار
الحرب ثم عاد الى الاسلام مسلما فهذا لا يخلوا من احد وجهين احدهما ان يعود قبل قضا
القاضي بلحاقه بدار الحرب والثاني ان يعود بعد ذلك فان عاد قبل ان يقضي القاضي
بلحاقه عاد على حكم املاكه في المدبرين وامهات الاولاد وغير ذلك لما ذكرنا ان هذه الاحكام
متعلقة بالموت واللحوق بدار الحرب ليس بموت حقيقة لكن يلحق بالموت اذا اتصل به
قضاء القاضي باللحاق فما وجد من ماله في يد ورثته بحاله فهو احق به لان ولده جعل
خلفا له في ماله فكان تصرفه بطريق الخلافة له فكانه وكله فله ان ياخذ ما وجده قايما
على حاله وما زال ملك الوارث عنه بالبيع او بالعتق فلا رجوع فيه لان تصرف الخلف
كتصرف الاصل بمنزلة تصرف الوكيل واما ما اعتق الحاكم من امهات اولاده ومدبريه
فلا سبيل عليهم لان الاعتاق مما لا يحتمل الفسخ وكذا المكاتب اذا كان ادى الى الورثة ان
كان قايما وان زال ملكهم عنه لا يجب عليهم ضمانه كسائر امواله لما بينا وان كان لم يود
بدل الكتابة وان عجز عاد رقيقا له ولو رجع كافرا الى دار الاسلام واخذ طايفة من ماله
وادخلها دار الاسلام الحرب ثم ظهر المسلمون عليه فان رجع بعد ما قضى بلحاقه فالورثة
احق به ان وجدته قبل القسمة اخذته مجانا بلا عوض وان اخذته بعد القسمة اخذته بالقيمة
في ذوات القيم لانه اذا لحق وقضى بلحاقه فقد زال ملكه الى الورثة فهذا مال مسلم استولى
عليه الكافر واحرزه بدار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فوجده المالك القديم فالحكم فيه

ماذكرنا

ماذكرنا وان رجع قبل الحكم باللحاق ففيه روايتان في رواية هذا ورجوعه بعد الحكم باللحاق سوا
وفي رواية يكون فيا لا حق للورثة اصلا والله اعلم ولو جنى جناية ثم لحق بدار الحرب ثم عاد الينا
ثانيا فما كان من حقوق العباد كالقتل والقذف والغصب يوخذ به وما كان من حقوق الله تعالى
كالزنا والسرقة وشرب الخمر يسقط لان اللحاق ملحق بالموت فيورث شبهة في سقوط ما يسقط
بالشبهات ولو فعل شيا من ذلك بعد اللحاق بدار الحرب ثم مات لم يوخذ شي منه لان فعله
لم ينعقد موجبا لصيرورته في حكم اهل الحرب هذا الذي ذكرنا حكم ماله الذي خلفه في
دار الاسلام واما الذي لحق به دار الحرب فهو ملكه حتى لو ظهر المسلمون عليه يكون فيا لان
ملك الورثة لم يثبت في المال المحمول الى دار الحرب فبقي على ملك المرتد وهو غير معصوم فكان
محل التملك بالاستيلا كساير اموال اهل الحرب واما حكم الميراث فنقول لا خلاف بين اصحابنا
في ان المال الذي اكتسبه في حال الاسلام يكون ميراثا لورثته المسلمين اذا مات او قتل او
لحق وقضي باللحاق وقال الشافعي هو في واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه
لا يرث الكافر المسلم ولا المسلم الكافر نفى ان يرث المسلم الكافر ووارثه مسلم فيجب ان لا يرثه
ولنا ما روي ان عليا رضي الله عنه قتل المستورد العجلي بالردة وقسم ماله بين ورثته وكان
ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا من الصحابة
ولان الردة في كونها سببا لزوال الملك كالموت على اصل ابي حنيفة رحمه الله على ما قررناه
فاذا ارتد فهذا مسلم مات فيرثه المسلم فاذا هذا ارث المسلم من المسلم لا من الكافر فقد
قلنا بموجب الحديث بحمد الله تعالى واما على اصلهما فالردة ان كانت لا توجب زوال الملك يمكن
احتمال العود الى الاسلام الا ترى انه يجبر على الاسلام فيبقى على حكم الاسلام في حق الارث
وذلك جايز الا ترى انه بقي على حكم الاسلام في حق المنع من التصرف في الخمر والخنزير فجاز ان يبقى
عليه في حق الارث ايضا فلا يكون ارث المسلم من الكافر فيكون عملا بالحديث ايضا والله اعلم
واختلفوا الذي اكتسبه في حال الردة قال ابو حنيفة هو في وقال ابو يوسف ومحمد هو ميراث
وجه قولهما ان كسب الردة ملكه لوجود سبب الملك من اهل الملك في محل قابل ولا شك ان
المرتد اهل الملك لان اهلية الملك بالحرية والردة لا تنافيها بل تنافي ما بينا فيها وهو الرق
اذ المرتد لا يحتمل الاسترقاق واذا ثبت ملكه فيه احتمل الانتقال الى ورثته بالموت او ما هو
في معنى الموت على ما بينا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ما ذكرنا ان الردة سبب لزوال
الملك من حين وجودها بطريق الظهور على ما بينا ولا وجود للشي مع سبب وجود سبب
زواله فكان كسب الردة مالا لا مالك له فلا يحتمل الارث فيوضع في بيت مال المسلمين ثم
اختلفوا فيما يورث من مال المرتد انه يعتبر حال الوارث وهي اهلية الوراثة وقت الردة
الى وقت الموت فعند ابي يوسف ومحمد تعتبر اهلية الوراثة وقت الموت لان ملك المرتد
انما يزول عندهما بالموت فتعتبر الاهلية في ذلك الوقت لا غير وعن ابي حنيفة رحمه الله
روايتان في رواية يعتبر وقت الردة لا غير حتى لو كان اهلا وقت الردة ورث وان زالت
اهليته بعد ذلك وفي رواية يعتبر دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الردة وجه
هذه الرواية ان الارث يثبت بطريق الاستناد لا بطريق الظهور لان الموت امر لا بد منه
للارث والقول بالارث بطريق الظهور ايجاب الارث قبل الموت ولا سبيل اليه فاذا
وجد الموت يثبت الارث ثم يستند الى وقت وجود الردة وزوال الاهلية فيما بين الوقتين
يمنع من الاستناد فيشترط دوام الاهلية من وقت الردة الى وقت الموت حتى لو كان بعض
الورثة مسلما وقت الردة ثم ارتد عن الاسلام قبل موت المرتد لا يرث وكذا اذا مات قبل

موته او المراة انقضت عدتها قبل موته وجه الرواية الاولى ان الارث يتبع زوال
الملك والملك زال بالردة لا من وقت وجودها فيثبت الارث في ذلك الوقت بطريق
الظهور قوله هذا ايجاب الارث قبل الموت قلنا هذا ممنوع بل هذا ايجاب الارث بعد
الموت لان الردة في معنى الموت لانها لا تعمل عمل الموت في زوال الملك على ما بينا فكانت
الردة موتا معنى وكذا اختلف ابو يوسف ومحمد فيما اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي
باللحاق فانه يعتبر اهلية الوراثة وقت القضا باللحاق ام وقت اللحاق فعند ابي يوسف
يعتبر وقت القضا وعند محمد يعتبر وقت اللحاق وجه قول محمد ان وقت الارث
وقت زوال الملك وملك المرتد انما يزول باللحاق لانه به يعجز عن الانتفاع بماله في المتروك
في دار الاسلام الا ان العجز قبل القضا غير متقرر لاحتمال العود فاذا قضى تقرر العجز
وصار العود كالممتنع عادة فكان المانع في زوال الملك هو اللحاق فتعتبر الاهلية وقته
وجه قول ابي يوسف ان الملك لا يزول الا بالقضا فكان المؤثر في الزوال هو
القضا وعلى هذا الاختلاف المرتدة اذا لحقت بدار الحرب لان المعنى لا يوجب الفصل
ولو ارتد الزوجان معا ثم جاءت بولد ثم قتل الاب على ردته فان جاءت به لاقل من ستة
اشهر من وقت الردة يرثه لانه علم ان العلوق حصل في حالة الاسلام قطعا وان جاءت
به لستة اشهر فصاعدا من وقت الردة لم يرثه لانه يحتمل انه علق في حالة الردة فلا يرث
مع الشك ولو ارتد الزوج دون المراة او كانت له ام ولد مسلمة ورثه مع ورثة المسلمين
وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لان الام مسلمة فكان الولد على حكم الاسلام تبعا
لامه فيرث اباه ولو مات مسلم عن امراته وهي حامل فارتدت ولحقت بدار الحرب
فولدت هناك ثم ظهر على الدار فانه لا يسترق ويرث اباه لانه مسلم تبعا لابيه
ولو لم تكن ولدته حتى سبيت ثم ولدته في دار الاسلام فهو مسلم مرقوق تبعا لابويه
مرقوق تبعا لامه ولا يرث اباه لان الرق من اسباب الحرمان ولو تزوج المرتد
مسلمة فولدت له غلاما او وطئ امة مسلمة فولدت له فهو مسلم تبعا لامه ويرث اباه
لثبوت النسب وان كانت الام كافرة لا يحكم باسلامه لانه لم يوجد اسلام احد
الابوين والله اعلم واما حكم الدين فعند ابي يوسف ومحمد ديون المرتد في كسب
الاسلام والردة جميعا لان كل ذلك عندهما ميراث واما عند ابي حنيفة فقد ذكر
ابو يوسف عنه انه في كسب الا ان لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الاسلام وروى الحسن
عنه انه في كسب الاسلام الا ان لا يفي به فيقضى الباقي من كسب الردة وقال الحسن
دين الاسلام في كسب الاسلام ودين الردة في كسب الردة وهو قول زفر والصحيح
رواية الحسن لان دين الاسلام الانسان يقضى من ماله لا من مال غيره وكذا
دين الميت يقضى من مال الميت لا من مال وارثه لان قيام الدين يمنع زوال
ملكه الى وارثه بقدر الدين لكون الدين مقدما على الارث فكان قضا دين كل ميت
من مال وارثه وماله وكسب الاسلام فاما كسب الردة فمال جماعة المسلمين
فلا يقضى منه الدين الا لضرورة فاذا لم يف به كسب الاسلام مست الضرورة فيقضى
الباقي منه والله اعلم

فصل واما حكم ولد المرتد فولد المرتد لا يخلو من ان
يكون مولودا في الاسلام او في الردة فان كان في الاسلام بان ولد للزوجين ولد
وهما مسلمان ثم ارتدا لا يحكم بردته ما دام في دار الاسلام لانه لما ولد
وابواه مسلمان فقد حكم باسلامه تبعا لابويه فلا يزول بردتهما لتحول التبعية

الى الدار

الى الدار اذ الدار ان كانت لا تصلح لاثبات التبعية ابتدا عند استتباع الابوين تصلح
للابقا لانه اسهل من الابتدا فما دام في دار الاسلام يبقى على حكم الاسلام تبعا للدار ولو
لحق المرتدان بهذا الولد بدار الحرب فكبر الولد وولد له ولد وكبر ثم ظهر
عليهم اما حكم المرتد والمرتدة فمعلوم وقد ذكرناه ان المرتد لا يسترق ويقتل والمرتدة
تسترق ولا تقتل وتجبر على الاسلام بالحبس واما حكم الاولاد فولد الاب يجبر على الاسلام
ولا يقتل لانه كان مسلما باسلام ابويه تبعا لهما فلما بلغ كافرا فقد ارتد عنه والمرتد
يجبر على الاسلام الا انه لا يقتل لان هذه ردة حكمية لا حقيقة لوجود الايمان حكما
بطريق التبعية لا حقيقة فيجبر على الاسلام لكن بالحبس لا بالسيف اثباتا للحكم على قدر
العلة ولا يجبر ولد ولده على الاسلام لان ولد الولد لا يتبع الجد في الاسلام اذ لو كان
كذلك لكان الكفار كلهم مرتدين لكونهم من اولاد ادم ونوح عليهما الصلاة والسلام
فينبغي ان تجري عليهم احكام اهل الردة وليس كذلك بالاجماع وان كان مولودا في الردة
بان ارتد الزوجان ولا ولد لهما ثم حملت المراة من زوجها بعد ردتها وهما مرتدان على حالهما
فهذا الولد بمنزلة ابويه له حكم الردة حتى لو مات لا يصلى عليه لان المرتد لا يرث احدا
ولو لحقا بهذا الولد بدار الحرب وولد له اولاد فبلغوا ثم ظهر على الدار وسبوا
جميعا يجبر ولد الاب وولد ولده على الاسلام ولا يقتلون كذا ذكر محمد رحمه الله في كتاب
السير وذكر في الجامع الصغير انه لا يجبر ولد ولده على الاسلام وجه ما ذكر في السير ان ولد
الاب تبع لابويه فكان محكوما بردته تبعا لابويه وولد الولد تبع له والمرتد يجبر على الاسلام
لانه لا يقتل لان هذه ردة حكمية فيجبر على الاسلام بالحبس لا بالقتل وجه المذكور في الجامع ان
هذا الولد انما حكم بردته تبعا لابيه والتبع لا يستتبع غيره واما حكم الاسترقاق ذكر
في السير انه يسترق الاناث والذكور الصغار من اولاده لان امهم مرتدة وهي محل الاسترقاق
والولد كما تبع الام في الرق يتبعها في احتمال الاسترقاق واما الكبار فلا يسترقون
لانقطاع التبعية الى سبع بالبلوغ ويجبرون على الاسلام وذكر في الجامع الصغير الولدان
فيء اما الاول فلان امه مرتدة واما الاخر فلانه كافر اصلي لان تبعية الابوين في الردة قد
انقطعت بالبلوغ وهو كافر فكان كافرا اصليا فاحتمل الاسترقاق ولو ارتدت امراة
وهي حامل ثم سبيت وهي حامل كان ولدها فيئا لان السبي لحقه وهو في حكم اجزاء الام فلا
يبطل بالانفصال من الام والذمي الذي نقض ولحق بدار الحرب بمنزلة المرتد في ساير
الاحكام من الارث والحكم بعتق امهات الاولاد والمدبرين ونحو ذلك لان المعنى
قد يوجب اللحاق بالموت في الاحكام التي ذكرنا لا يفصل الا انهما يفترقان من وجه
وهو ان الذمي يسترق والمرتد لا يسترق ووجه الفرق ان شرع الاسترقاق للتوسل
الى الاسلام واسترقاق المرتد لا يقع وسيلة الى الاسلام لما ذكرنا انه رجع بعد ما ذاق
طعم الاسلام وعرف محاسنه فلا يرجى فلاحه بخلاف الذمي والله اعلم

فصل
واما بيان احكام البغاة فالكلام فيه في مواضع • في تفسير البغاة • وفي بيان ما
يلزم امام اهل العدل عند خروجهم عليه • وفي بيان ما يصنع بهم وباموالهم
عند الظفر بهم والاستيلاء على اموالهم • وفي بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز
وفي بيان حكم اصابة الدما والاموال من الطائفتين • وفي بيان ما يصنع بقتلى
الطائفتين • وفي بيان حكم قضاياهم • اما تفسير البغاة فالبغاة هم الخوارج
وهم من رايهم ان كل ذنب كفر كبيرة كانت او صغيرة يخرجون على امام العدل

ذكر صح

لحاق صح

ويستحلون القتال والدما والاموال بهذا التاويل ولهم منعة وقوة واما بيان ما يلزم
امام العدل عند خروجهم فنقول وبالله العصمة والتوفيق اذا علم الامام ان الخوارج يشهرون
السلاح ويتاهبون للقتال فينبغي له ان يحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويحدثوا توبة لانه
لو تركهم لسعوا في الارض بالفساد فيا خذ على ايديهم ولا يبدا بهم الامام حتى يبداوه لان
قتالهم لدفع شرهم لا لشر شركهم لانهم مسلمون فما لم يتوجه الشر منهم لا يقاتلهم وان لم
يعلم الامام بذلك حتى تعسكروا وتاهبوا للقتال فينبغي لهم ان يدعوهم الى العدل
والرجوع الى راي الجماعة اولا لرجا الاجابة وقبول الدعوة كما في حق اهل الحرب وكذا روي
ان عليا رضي الله عنه لما خرجوا عليه خرج عليه اهل حروراء ندب اليهم عبد الله بن عباس
رضي الله عنهما ليدعوهم الى العدل فدعاهم وناظرهم فان اجابوا كف عنهم وان ابوا قاتلهم
لقوله تعالى فان بغت احديهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله وكذا قاتل
علي رضي الله عنه اهل حروراء بالنهروان بحضرة الصحابة رضي الله عنهم تصديقا لقول
النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله عنه انك تقاتل على التاويل كما تقاتل على التنزيل
والقتال مع الخوارج ودل الحديث على امامة علي رضي الله عنه لان النبي صلى
الله عليه وسلم شبه قتال علي على التاويل بقتاله على التنزيل وكان رسول الله صلى الله عليه
وسلم محقا في قتاله بالتنزيل فلزم ان يكون علي رضي الله عنه محقا في قتاله بالتاويل ولو لم
يكن امام حق لما كان محقا في قتاله اياهم ولانهم ساعون في الارض بالفساد فيقتلون
دفعا للفساد عن وجه الارض وان قاتلهم قبل الدعوة لا باس بذلك لان الدعوة قد
بلغتهم لكونهم في دار الاسلام ومن المسلمين ايضا ويجب على كل من دعاه الامام الى قتالهم
ان يجيبه الى ذلك ولا يسعه التخلف اذا كان عنده غنا وقدرة لان طاعة الامام فيما
ليس بمعصية فرض فكيف فيما هو طاعة والله الموفق واما بيان ما يصنع بهم وباموالهم
عند الظفر بهم والاستيلاء على اموالهم فنقول الامام اذا قاتل اهل البغي فهزمهم وولوا
مدبرين فان كانت لهم فية يتحازون اليها فينبغي لاهل العدل ان يقتلوا مدبرهم ويجهزوا
على جريحهم لئلا يتحيزوا الى الفية فيمتنعوا بها فيكروا على اهل العدل واما اسيرهم فان شا
الامام قتله استيصالا لشافتهم وان شا حبسه لاندفاع شره بالاسر والحبس وان
لم يكن لهم فية يتحيزون اليها لم يتبع موليهم ولم يجهز على جريحهم ولم يقتل اسيرهم
لوقوع الامن عن شرهم عند انعدام الفية واما اموالهم التي ظهر عليها اهل العدل فلا
باس بان يستعينوا بكراعهم وسلاحهم على قتالهم كسرا لشوكتهم فاذا استغنوا عنها امسكها
الامام لهم لان اموالهم لا تحتمل التملك بالاستيلاء لكونهم مسلمين لكن يحبسها عنهم
الى ان يزول بغيهم فاذا زال ردها عليهم لما قلنا ويقاتل اهل البغي بالمنجنيق وكذا ما
سوى الكراع والسلاح من الامتعة لا ينتفع به ولكن يمسك ويحبس عنهم الى ان
يزول بغيهم فيدفع اليهم لما قلنا ويقاتل اهل البغي بالمنجنيق والحرق والغرق وغير ذلك
مما يقاتل به اهل الحرب لان قتالهم لدفع شرهم وكسر شوكتهم فيقاتلون بكل ما يحصل به ذلك
وللامام ان يوادعهم لينظروا في امورهم ولكن لا يجوز ان ياخذ على ذلك مالا لما ذكرنا
من قبل واما بيان من يجوز قتله منهم ومن لا يجوز فكل من لا يجوز قتله من اهل الحرب
من الصبيان والنسوان والاشياخ والعميان لا يجوز قتله من اهل البغي
لان قتلهم لدفع شر قتالهم فيختص باهل القتال وهولا ليسوا من اهل القتال فلا يقتلون
الا اذا قاتلوا فيباح قتلهم في حال القتال وبعد الفراغ من القتال الا الصبيان

باخذهم صح

والمجانين

والمجانين على ما ذكرنا في حكم اهل الحرب واما العبد الماسور من اهل البغي فان كان قاتل مع مولاه
يجوز قتله وان كان يخدم مولاه لا يجوز قتله ولكن يحبس حتى يزول بغيهم فيرد عليهم واما الكراع
فلا يمسك ولكنه يباع ويحبس ثمنه لمالكه لان ذلك انفع له ولا يجوز للعادل ان يبتدي
قتل ذا رحم محرم منه من اهل البغي مباشرة واذا اراد هو قتله له ان يدفعه وان كان لا
يندفع الا بالقتل ويجوز له ان يتسبب لقتله غيره بان يعقر دابته ليترجل فيقتله غيره بخلاف
اهل الحرب فانه يجوز قتل ساير ذوي الرحم المحرم منه مباشرة ابتدا الا الوالدين ووجه
الفرق ان الشرك في الاصل مبيح لعموم قوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم الا انه
خص منه الابوان بنص خاص وهو قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا فبقي غيرهما على
عموم النص بخلاف اهل البغي لان الاسلام في الاصل عاصم لقوله عليه السلام فاذا قالوها
عصموا مني دماهم واموالهم والباغي مسلم الا انه ابيح قتل غير ذي الرحم المحرم من اهل البغي
دفعا لشرهم لا لشركهم ودفع الشر يحصل بالدفع والتسبب لقتله غيره فبقيت العصمة
عما ورا ذلك بالدليل العاصم واما بيان حكم اصابة الدما والاموال من الطايفتين
فنقول لا خلاف في ان العادل اذا اصاب من اهل البغي من دم او جراحة او مال استهلكه
لا ضمان عليه واما الباغي اذا اصاب شيا من ذلك من اهل العدل فقد اختلفوا فيه قال
اصحابنا ان ذلك موضوع وقال الشافعي انه مضمون وجه قوله ان الباغي جاني فيستوي
في حقه وجود المنعة وعدمها لان الجاني يستحق التغليظ دون التخفيف ولنا ما روي
عن الزهري رحمه الله انه قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
ورضي عنهم متوافرون فاتفقوا ان كل دم استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل مال
استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القران فهو موضوع ومثله
لا يكذب فانعقد الاجماع من الصحابة على ما قلنا وانه حجة قاطعة والمعنى في المسلة
ما نبه عليه الصحابة رضي الله عنهم وهو انهم في الاستحلال تاولوا في الجملة وان كان فاسدا
لكن لهم منعة والتاويل الفاسد عند قيام المنعة يكفي لدفع الضمان كتاويل اهل الحرب
ولان الولاية من الجانبين منقطعة لوجود المنعة فلم يكن الوجوب مفيدا لتعذر
الاستيفا فلم يجب ولو فعلوا شيا من ذلك قبل الخروج وظهور المنعة او بعد الانهزام
وتفرق الجمع يوخذون به لان المنعة اذا انعدمت انعدمت الولاية وبقي مجرد تاويل
فاسد فلا يعتبر في دفع الضمان ولو قتل تاجر من اهل العدل تاجرا اخر من اهل العدل
في عسكر اهل البغي او قتل الاسير من اهل العدل اسيرا اخر او قطع ثم ظهر عليهم
فلا قصاص عليه لان الفعل لم يقع موجبا لتعذر الاستيفا لانعدام الولاية كما قطع
في دار الحرب لان عسكر اهل البغي في حق انقطاع الولاية ودار الحرب سوا والله اعلم
ثم لا خلاف في ان العادل اذا قتل باغيا لا يحرم الميراث لانه لم يوجد قتل نفس بغير
حق لسقوط عصمة نفسه واما الباغي اذا قتل العادل يحرم الميراث عند ابي حنيفة وابي
يوسف ومحمد ان قال قتلته وكنت على حق وانا الان على حق لا يحرم وان قال قتلته
وانا اعلم اني على باطل يحرم وجه قول ابي يوسف ان تاويله فاسد الا انه الحق بالصحيح
عند وجود المنعة في حق الدفع لا في حق الاستحقاق فلا يعتبر في حق استحقاق الميراث
وجه قولهما انا نعتبر تاويله في حق الدفع والاستحقاق لان استحقاق الميراث هو
القرابة وانها موجودة الا ان قتل نفس بغير حق سبب لحرمان الميراث فاذا قتله على
سبيل الاستحلال والمنعة موجودة اعتبرناه في حق الدفع وهو دفع الحرمان فاشبه

الضمان الا انه اذا قال قتلته وانا اعلم اني على باطل يحرم الميراث لان التاويل الفاسد
انما يلحق بالصحيح مصرا عليه فاذا لم يكن فلا تاويل له فانما يندفع عنه الضمان والله اعلم
واما بيان ما يصنع بقتلى الطايفتين فنقول وبالله التوفيق اما قتلى اهل العدل
فيصنع بهم ما يصنع بساير الشهدا لا يغسلون ويدفنون في ثيابهم ولا تنزع
عنهم الا ما لا يصلح كفنا ويصلي عليهم لانهم شهدا لكونهم مقتولين ظلما وقد
روي ان زيد بن صوحان التميمي كان يوم الجمل تحت راية علي رضي الله عنه فاوصى
في رمقه لا تنزعوا عني ثوبا ولا تغسلوا عني دما وارمسوني في التراب رمسا
فاني رجل محاج احاج يوم القيمة واما قتلى اهل العدل فلا يصلي عليهم لانه روي
ان عليا رضي الله عنه ما صلى على اهل حرورا ولكنهم يغسلون ويكفنون ويدفنون
لان ذلك من سنة موتى بني ادم ويكره ان توخذ روسهم وتبعث الى الافاق وكذلك
روس اهل الحرب لان ذلك من باب المثلة وانه منهي بقوله صلى الله عليه وسلم لا تمثلوا
فيكره الا اذا كان في ذلك وهن لهم فلا باس به لما روي ان عبد الله بن مسعود
حز راس ابي جهل يوم بدر وجا به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله
عليه وسلم ان ابا جهل كان فرعون هذه الامة ولم ينكر عليه ويكره بيع السلاح من
اهل البغي وفي عساكرهم لانه اعانة لهم على المعصية ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح
كالحديد ونحوه لانه لا يصير سلاحا الا بالصنعة نظيره انه يكره بيع المزامير
ولا يكره بيع ما يتخذ منه المزامير وهو الخشب والقصب وكذا بيع الخمر باطل ولا
يبطل ما يتخذ منه وهو العنب كذا هذا والله اعلم واما بيان حكم قضايا هم فنقول
الخوارج اذا ولوا قاضيا فالامر لا يخلوا من احد وجهين اما ان ولوا رجلا من اهل
البغي واما ان ولوا رجلا من اهل العدل فان ولوا رجلا من اهل العدل فقضى بقضايا
ثم رفعت قضاياه الى قاضي اهل العدل لا ينفذها لانه لا يعلم كونها حقا لانهم
يستحلون دمانا واموالنا فاحتمل انه قضا بما هو باطل على راي الجماعة فلا يجوز
له تنفيذه مع الاحتمال ولو كتب قاضي اهل البغي الى قاضي اهل العدل بكتاب فان علم
انه قضا بشهادة اهل العدل نفذه لان تنفيذ الحق ظاهرا وان كان لا يعلم لا ينفذه
لانه لا يعلم كونه حقا فلا يجوز تنفيذه لقوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم ولو ان
رجلا من اهل العدل فقضا فيما بينهم بقضا ثم رفعت قضاياه الى قاضي اهل العدل
نفذها لان التولية اياه قد صحت لانه يقدر على تنفيذ القضا بمنعتهم وقوتهم
فصحت التولية والظاهر انه قضى على راي اهل العدل فلا يمكن ابطاله كما اذا رفعت
قضايا قاضي اهل العدل الى بعض قضاة اهل العدل وما اخذوا من الاموال التي
ظهروا عليها من الخراج والزكاة التي ولاية اخذها للامام لا ياخذه الامام ثانيا
لان حق الاخذ للامام لمكان حمايته ولم يوجد الا انهم يفتون بان يعيدوا
الزكاة استحسانا لان الظاهر انهم لا يصرفونها الى مصارفها فاما الخراج فمصرفه
المقاتلة وهم يقاتلون اهل الحرب والله اعلم بالصواب

كتاب الاستحسان

وقد يسمى كتاب الحظر والاباحة وقد يسمى كتاب الكراهية • والكلام في هذا الكتاب
في الاصل في موضعين في بيان معنى اسم الكتاب • وفي بيان انواع المحظورات
والمباحات المجموعة فيه • اما الاول فالاستحسان يذكر ويراد به كون الشي
على صفة الحسن ويذكر ويراد به فعل المستحسن وهو روية الشي حسنا يقال

البغي صح

الاستحسان وقد يسمى كتاب الحظر والاباحة وقد يسمى كتاب الكراهية

استحسنت اي رايته حسنا فاحتمل تخصيص هذا الكتاب بالتسمية بالاستحسان لاختصاص
عامة ما اودع فيه من الاحكام بحسن ليس في غيرها ولكونها على وجه يستحسنها العقل
والشرع واما التسمية بالحظر والاباحة فتسمية طابقت معناها ووافقت مقتضاها
لاختصاصه بجملة من المحظورات والمباحات وكذلك التسمية بالكراهية لان
الغالب فيه بيان المحرمات وهو كل محرم مكروه الشرع لان الكراهة ضد الرضى
والمحبة قال الله تعالى وعسى ان تكرهوا شيا وهو خير لكم وعسى ان تحبوا شيا وهو شر لكم
والشرع لا يحب الحرام ولا يرضى به الا ان ما يثبت حرمته بدليل مقطوع به من نص الكتاب
او غير ذلك فعادة محمد رحمه الله يسميه حراما على الاطلاق وما ثبت حرمته بدليل
غير مقطوع به من اخبار احاد واقاويل الصحابة وغير ذلك تسميه مكروها وربما يجمع
بينهما فيقول حرام مكروه واشعارا منه ان حرمته ثبتت بدليل ظاهر لا بدليل قاطع
واما بيان انواع المحرمات والمحللات المجموعة فيه فنقول وبالله التوفيق والعصمة
المحرمات المجموعة في هذا الكتاب في الاصل نوعان نوع تثبت حرمته في حق الرجال
والنسا جميعا ونوع تثبت حرمته في حق الرجال دون النسا اما الذي تثبت حرمته
في حق الرجال والنسا جميعا فبعضها مذكور في مواضعه من الكتب فلا نعيده
ونذكر ما لا ذكر له في الكتب ونبدا بما بدا به محمد رحمه الله الكتاب به وهو حرمة
النظر والمس والكلام فيها في ثلاث مواضع في بيان ما يحل من ذلك ويحرم للرجل من
المراة وللمراة من الرجل والثاني في بيان ما يحل ويحرم للرجل من الرجل والثالث في بيان
ما يحل ويحرم للمراة من المراة اما الاول فلا يمكن الوصول الى معرفته الا بعد معرفة
انواع النسا فنقول ولا قوة الا بالله النسا في هذا الباب سبعة انواع نوع منهن
المنكوحات ونوع منهن المملوكات ونوع منهن ذوات الرحم المحرم وهو الرحم المحرم
كالام والبنت والعمة والخالة ونوع منهن من لا رحم لهن اصلا ذوات الرحم بلا محرم
ومن المحارم من جهة الرضاع والمصاهرة ونوع منهن مملوكات الاغيار ونوع منهن
من لا رحم لهن اصلا ولا محرم ومن الاجنبيات الحراير ونوع منهن ذوات الرحم
بلا محرم وهو الرحم الذي لا يحرم النكاح كبنت العم والعمة والخال والخالة اما النوع
الاول وهو المنكوحات فيحل للزوج النظر الى زوجته ومسها من راسها الى قدمها لانه
يحل وطيها لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم
فانهم غير ملومين وانه فوق النظر والمس فكان احلاله احلالا لهما من طريق الاولى
الا انه لا يحل وطيها في حالة الحيض لقوله تعالى ويسلونك عن المحيض قل هو اذى
فاعتزلوا النسا في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فصارت حالة مخصوصة عن
عموم النص الذي تلونا وهل يحل الاستمتاع بها فيما دون الفرج اختلف فيه قال ابو
حنيفة وابو يوسف رحمهما الله لا يحل الاستمتاع بها الا بما فوق الازار وقال محمد
يجتنب شعار الدم وله ما سوى ذلك واختلف المشايخ في قولهما بما فوق الازار
قال بعضهم المراد منه ما فوق سرتها فيحل الاستمتاع بما فوقها ولا يباح بما
تحتها الى الركبة وقال بعضهم المراد منه الازار فيحل الاستمتاع بما تحت سرتها سوى
الفرج لكن مع المييزر لا مكشوفا ويمكن العمل بعموم قولهما بما فوق الازار لا يتناول
ما فوق السرة وما تحتها سوى الفرج مع المييزر اذ كل ذلك فوق الازار فيكون عملا
بعموم اللفظ والله الموفق وجه قول محمد ظاهر قوله تعالى ويسلونك عن المحيض

انكرهوا صح

الكتب صح

السادس في بيان سبعة انواع

قل هو اذى فاعتزلوا النسا في المحيض جعل الحيض اذى فيختص الحرمة بموضع الاذى وقد ورد ان عايشة رضي الله عنها سيلت عن ما يحل للرجل من امراته الحايض فقالت يتقي شعار الدم وله ما سوى وجه قولهما ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لها ما تحت السرة وله ما فوقها وروي عن ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهن كن اذا حضن امرهن ان يتزرن ثم يضاجعهن ولان الاستمتاع لها بما يقرب من الفرج سبب الوقوع في الحرام قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل ملك حمى وان حمى الله محارمه فمن حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه وفي رواية فمن رتع حول الحمى يوشك ان يقع فيه والمستمتع بالمحيض يحوم حول الحمى ويرتع حوله فيوشك ان يقع فيه فدل ان الاستمتاع به سبب الوقوع في الحرام وسبب الحرام حرام اصله الخلوة بالاجنبية واما الاية فحجة عليه لان ما حول الفرج لا يخلوا عن الاذى عادة فكان الاستمتاع به استعمال الاذى وقول عايشة رضي الله عنها له ما سوى ذلك اي مع الازار يحمل على هذا توفيقا بين الدلايل صيانة لها عن التناقض وكذلك المراة يحل لها النظر الى زوجها والمس من فوقه الى قدمه لانه حل لها ما هو اكثر من ذلك وهو التمكين من الوطي فهذا اولى ويحل النظر الى عين فرج المراة المنكوحة لان الاستمتاع به به حلال فالنظر اليه اولى الا ان الادب غض البصر عنه من الجانبين لما روي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وما نظرت الى ما منه وما نظر الى ما مني ولا يحل اتيان المراة في دبرها لان الله تعالى نهى عن قربان الحايض ونبه عن المعنى وهو كون المحيض اذى والاذى في ذلك المحل افحش وادوم فكان بالتحريم اليق وروي عن علي رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من اتى حايضا او امراة في دبرها او اتى كاهنا فصدقه فيما يقول فهو كافر بما انزل على محمد صلى الله عليه وسلم وروي انه صلى الله عليه وسلم نهى عن اتيان النسا في محاشهن اي في ادبارهن وعلى ذلك جا الاثار من الصحابة رضي الله عنهم انها سميت اللوطية الصغرى ولان حل الاستمتاع في الدنيا بحق قضا الشهوات خاصة لان لقضا الشهوات خاصة دار اخرى وانما يثبت بحق قضا الحاجات وهي حاجة بقا النسل الى انقضا الدنيا الا انه ركبت الشهوات في البشر للبعث على قضا الحاجات وحاجة النسل لا تحصل بالوقوع في الادبار ولو ثبت الحل لثبت بحق قضا الشهوة خاصة والدنيا لم تخلق له واما النوع الثاني وهو المملوكات فحكمهن حكم المنكوحات فيحل للمولى النظر الى سايربدن جاريته ومسها من راسها الى قدمها لانه حل له ما هو اكثر منه لقوله تعالى او ما ملكت ايمانكم الاية الا ان حالة الحيض صارت مخصوصة ولا يقربها في حالة الحيض ولا ياتيها في دبرها لما ذكرنا من الدلايل وفي الاستمتاع بها بما دون الفرج على الاختلاف والله اعلم وكذا اذا ملكها بساير اسباب الملك له ان يقربها بعد قبل ان يستبرها والاصل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في سبايا اوطاس الا لا توطا الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرين بحيضة ولان فيه خوف اختلاط المياه وقد قال النبي صلى الله عليه من كان يومن بالله واليوم الاخر فلا يسقين ماه زرع غيره وكذا فيه وهم ظهور الحبل بها فيدعيه ويستحقها فتبين انه استمتع بملك الغير واما الدواعي من القبلة والمعانقة والنظر الى الفرج عن شهوة فلا يحل عند

علي

عامة العلما الا في المسبية وقال مكحول يحل وجه قوله ان الملك في الاصل مطلق للتصرف ولهذا لم يحرم الدواعي في المسبية ولا على الصايم وكان ينبغي ان لا يحرم القربان ايضا الا ان الحرمة عرفناها بالنص فتقتصر الحرمة على مورد النص على ان النص ان كان معلولا بخوف اختلاط المياه فهذا معنى لا يحتمل التعدية الى الدواعي فلا يتعدى اليها وجه قول العامة ان حرمة القربان انما ثبتت خوفا عن توهم العلوق وظهور الحبل فظهر ان الاستمتاع كان بملك الغير وهذا المعنى موجود في الدواعي من المشتراة ونحوها فيتعدى اليها ولا يتقدر في المسبية فيقتصر الحكم فيها على مورد النص ولان الاستمتاع بالدواعي وسيلة الى القربان والوسيلة الى الحرام حرام اصله الخلوة وهذا اولى لان الخلوة في التوسل الى الحرام دون المس فكان تحريمها تحريما للمس بطريق اولى كما في تحريم التافيف مع الضرب والشتم ومن اعتمد على هذه النكتة منع فصل المسبية وزعم انه لا نص فيه عن اصحابنا فهو غير سديد فان حل الدواعي من المسبية منصوص عليه من محمد رحمه الله فلا يستقيم المنع فكان الصحيح هو العلة الاولى وحرمة الدواعي في باب الظهار والاحرام ثبت لمعنى اخر نذكره ان شا الله تعالى واما النوع الثالث وهو ذوات الرحم المحرم فيحل النظر من ذوات محارمه الى راسها وشعرها واذنها وصدرها وثديها وعضدها وساقها وقدمها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابايهن الاية نهاهن عن ابدا الزينة مطلقا واستثنى ابداها للمذكورين في الاية منهم ذو الرحم المحرم والاستثنا من الحظر اباحة في الظاهر والزينة نوعان ظاهر وهو الكحل للعين والخاتم للاصبع والفتخة للرجل وباطن وهو العصابة للراس والعقاص للشعر والقرط للاذن والحمايل للصدر والدملوج للعضد والخلخال للساق والمراد من الزينة مواضعها لا نفسها لان ابدا نفس الزينة ليس بمنهي وقد ذكر الزينة مطلقة فيتناول النوعين جميعا فيحل النظر اليهما بظاهر النص ولان المخالطة بين المحارم للزيارة وغيرها ثابتة عادة فلا يمكن صيانة مواضع الزينة عن الكشف الا بحرج وانه مدفوع شرعا وكل ما جاز النظر اليه من غير حايل جاز مسه ولان المحرم يحتاج الى اركابها وانزالها في المسافرة معها وتتعذر صيانة هذه المواضع عن الانكشاف فيتعذر على المحرم الصيانة عن مس المكشوف ولان حرمة النظر الى هذه المواضع ومسها في الاجنبيات خوفا عن ابنات الشهوة الداعية الى الجماع والنظر الى هذه الاعضا ومسها في ذوات المحارم لا تورث الشهوة لانهما لا يكونان للشهوة عادة بل للشفقة ولهذا جرت العادة فيما بين الناس بتقبيل امهاتهم وبناتهم وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا قدم من الغزو قبل راس فاطمة رضي الله عنها وهذا اذا لم يكن النظر والمس عن شهوة ولا اغلب على ظنه انه يشتهي فاما اذا كان يشتهي وكان غالب ظنه او كبر رايه انه لو نظر او مس اشتهى لم يجز له النظر والمس لانه يكون سببا للوقوع في الحرام فيكون حراما ولا باس ان يسافر بها اذا امن الشهوة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يحل لامراة تومن بالله واليوم الاخر ان تسافر ثلثا فما فوقها الا معها زوجها او ذو رحم محرم منها ولان الذي يحتاج المحرم اليه في السفر مسها في الانزال والحمل فيحل له مسها فيحل له المسافرة معها وكذا لا باس ان يخلو بها اذا امن على نفسه لانه لما حل المس فالخلوة اولى فان خاف على نفسه لم يفعل لما روي

في كتاب الحج والظهار صح

عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا يخلون الرجل بمغيبة وان قيل حموها
الا حموها الموت وهو محمول على حالة الخوف او يكون نهي ندب وتنزيه والله اعلم
ولا يحل النظر الى ظهرها وبطنها والى ما بين السرة والركبة منها ومسها لعموم قوله تعالى
قل للمومنين يغضوا من ابصارهم الا انه رخص للمحارم النظر الى مواضع الزينة
الظاهرة والباطنة بقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية فبقي غض
البصر عما وراها ماموراً به واذا لم يحل النظر فالمس اولى لانه اقوى ولان رخصة
النظر الى مواضع الزينة للحاجة التي ذكرناها ولا حاجة الى النظر الى ما وراها
فكان النظر اليها بحق الشهوة وانه حرام ولان الله تعالى جعل الظهار منكراً من القول
وزوراً والظهار ليس الا تشبيه المنكوحة بظهر الام في حق الحرمة ولو لم يكن ظهر
الام حراماً النظر والمس لم يكن الظهار منكراً من القول وزوراً فيودي الى الخلف
في خبر من يستحيل عليه الخلف هذا اذا كانت هذه الاعضا مكشوفة فاما اذا كانت
مستورة بالثياب واحتاج ذو الرحم المحرم الى اركابها وانزالها فلا باس بان ياخذ بطنها
او ظهرها او فخذها من ورا الثوب اذا كان يامن على نفسه لما ذكرنا ان مس ذوات
الرحم المحرم لا يورث الشهوة عادة خصوصاً من ورا الثوب حتى لو خاف الشهوة في
المس لا يمسه وليجتنب ما استطاع وكل ما حل للرجل من ذوات رحم محرم منه من النظر والمس
يحل للمراة ذلك من ذي رحم محرم منها وكل ما حرم عليه يحرم عليها والله اعلم واما النوع
الرابع وهو ذوات المحرم بلا رحم فحكمهن حكم ذوات الرحم المحرم وقد ذكرناه والاصل
فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وروي ان افلح
ابن ابي قعيس استاذن ان يدخل على عايشة رضي الله عنها فسالت رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن ذلك فقال صلى الله عليه وسلم ليلج عليك افلح فانه عمك ارضعتك امراة
اخيه واما النوع الخامس وهو مملوكات الاغيار فحكمهن ايضاً في حل النظر والمس
وحرمتهما حكم ذوات الرحم المحرم فيحل النظر الى مواضع الزينة منهن ومسها ولا يحل
ما سوى ذلك والاصل فيه ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مس ناصية
امة ودعا امه لها بالبركة وما روي ان عمر رضي الله عنه راى امة متقنعة فعلاها
بالدرة وقال القي عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحراير فدل ان حل النظر الى شعرها
واذنها وروي ان ابن عمر رضي الله عنه انه راى جارية تعرض على البيع فضرب بيده
على صدرها وقال اشتروا ولو كان حراماً لم يتوهم منه رضي الله عنه ان يمسه ولان
بالناس حاجة الى النظر الى هذه الاعضا ومسها عند البيع والشرا لمعرفة بشرتها
من اللين والخشونة ونحو ذلك لاختلاف قيمتها باختلاف اطرافها فالحقت بذات
الرحم المحرم دفعاً للحرج عن الناس ولهذا تحل له المسافرة بلا محرم ولا حاجة الى المس والنظر
الى غيرها لانه يصير معلومة بالنظر الى الاطراف ومسها وهذا اذا امن على نفسه ان يشتهي
لو نظر او مس فلا باس ان ينظر اليها وان اشتهى اذا اراد ان يشتريها لانه يحتاج ان يشتريها
ولا بد له من النظر لما قلنا فيحتاج الى النظر من الحاكم والشاهد والمتزوج ولا باس
بذلك وان كان عن شهوة فكذا هذا وكذا لا باس له ان يمس وان اشتهى اذا اراد ان
يشتريها عند ابي حنيفة رحمه الله لان المشتري يحتاج الى العلم بشرتها ولا تحصل
ذلك الا بالمس فرخص للضرورة وكذا يحل للامة النظر الى الرجل والمس من الرجل الاجنبي
ما فوق السرة ودون الركبة الا ان يخاف الشهوة فيجتنب كالرجل وكل جواب

عرفته في الامة فهو جواب في المدبرة وام الولد لقيام الرق فيهما واما النوع السادس
وهو الاجنبيات الحراير فلا يحل النظر للاجنبي من الاجنبية الا الحرة الى سائر بدنها الا الوجه
والكفين لقوله تعالى قل للمومنين يغضوا من ابصارهم الا ان النظر الى موضع الزينة الظاهرة
مواضعها ومواضع الزينة الوجه والكفين فالكحل زينة الوجه والخاتم زينة الكف
ولانها تحتاج الى البيع والشرا والاخذ والعطا ولا يمكنها ذلك عادة الا ان تكشف
الوجه والكفين فيحل لها الكشف وهذا قول ابي حنيفة وروي الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله انه يحل النظر الى القدمين ايضاً وجه هذه الرواية ما روي عن عايشة رضي
الله عنها انها قالت في قوله تعالى الا ما ظهر منها انه القلب والفتخة وهو خاتم اصبع الرجل
فدل على جواز النظر الى القدمين ولان الله تعالى نهى عن ابدا الزينة واستثنى ما ظهر
منها والقدمان ظاهرتان الا ترى انهما يظهران عند المشي فكانا من جملة المستثنى من
الحظر فيباح وجه ظاهر الرواية ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال في
قوله تعالى الا ما ظهر منها انه الكحل والخاتم وروي عنه في رواية اخرى انه قال الكف
والوجه فيبقى ما ورا المستثنى على ظاهر النهي ولان اباحة النظر الى وجه الاجنبية
وكفيها للحاجة الى كشفها في الاخذ والعطا ولا حاجة الى كشف القدمين فلا يباح النظر
اليهما ثم انما يحل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها من غير شهوة فاما عن شهوة فلا
يحل لقوله صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وليس زنا العينين الا النظر عن شهوة
ولان النظر عن شهوة سبب للوقوع في الحرام فيكون حراماً الا في حالة الضرورة
بان دعي الى شهادة او كان حاكماً فاراد ان ينظر اليها ليجيز اقرارها عليها فلا باس ان
ينظر الى وجهها وان كان لو نظر اليها لاشتهى ان كان اكبر رايه ذلك لان الحرمات
قد يسقط اعتبارها لمكان الضرورة الا ترى انه رخص النظر الى عين الفرج لمن قصد
اقامة حسبة الشهادة على الزنا ومعلوم ان النظر الى الفرج في الحرمة فوق النظر
الى الوجه مع ذلك سقطت حرمته لمكان الضرورة فهذا اولى وكذا اذا اراد
ان يتزوج امراة فلا باس ان ينظر الى وجهها وان كان عن شهوة لان النكاح
تقدم النظر ادل على الالفة والموافقة الداعية الى تحصيل المقاصد على ما قال
النبي صلى الله عليه وسلم للمغيرة بن شعبة حين اراد ان يتزوج امراة اذهب
فانظر اليها فانه احرى ان يودم بينكما دعاه الى النظر مطلقاً وعلل بكونه
وسيلة الى الموافقة والالفة واما المراة فلا يحل النظر من الرجل الاجنبي
ما بين السرة الى الركبة ولا باس ان تنظر ما سوى ذلك اذا كانت تامن على نفسها
والافضل للشباب غض البصر عن وجه الاجنبية وكذا للشابة لما فيه من
خوف حدوث الشهوة والوقوع في الفتنة يويده المروي عن عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه انه قال في قوله تعالى الا ما ظهر منها انه الردا والثياب فكان غض
البصر وترك النظر ازكى واطهر يويد ذلك قوله تعالى قل للمومنين يغضوا
من ابصارهم ويحفظوا فروجهم ذلك ازكى لهم والعبد فيما ينظر الى مولاته
والحر الذي لا قرابة بينه وبينها سوا وكذا الفحل في ذلك والخصي والعنين
والمخنث اذا بلغ مبلغ الرجال سوا لعموم قوله تعالى قل للمومنين يغضوا من
ابصارهم ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها ولان الرق والخصا لا يعدمان
الشهوة وكذا العنة والجبوبة اما الرق فظاهر واما الخصا فان الخصي رجل

الا انه مثل به الي هذا اشارت عايشة رضي الله عنها فقالت انه رجل مثل به انتحل
له المثلة ماحرم الله علي غيره واما العنة والخنوثة فان العنين والمخنث رجلان
فان قيل ان المملوك بملك اليمين مستثنا للمراة من قوله تعالي ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن الي قوله تعالي او ما ملكت ايمانهن من غير فصل بين العبد والامة
والاستثنا من الحظر والاباحة اباحة فالجواب الا ما ملكت ايمانهن ينصرف الي الاما
لان حكم العبيد صار معلوما بقوله تعالي والتابعين غير اولي الاربة من الرجال
اذ العبد من جملة التابعين من الرجال فكان قوله الا ما ملكت ايمانهن مصروفا
الي الاما ليلا يودي الي التكرار فان قيل حكم الاما صار معلوما بقوله او التابعين
فالصرف اليهن يودي الي التكرار ايضا فالجواب ان المراد بالنسا الحراير فوقعت
الحاجة الي تعريف الاما فابان بقوله او ما ملكت ايمانهن ان حكم الحرة والاما فيه
سوا وروي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت كان يدخل علي ازواج رسول الله صلي
الله عليه وسلم مخنث فكانوا يعدونه من غير اولي الاربة من الرجال فدخل رسول الله
صلي الله عليه وسلم ذات يوم وهو ينعت امراة لا اري هذا يعلم ما هاهنا لا يدخلن عليكم
فحجبوه وكذا روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم دخل علي ام سلمة وعندها مخنث
فاقبل علي اخي ام سلمة وقال يا عبد الله ان فتح الله غدا الطايف دللتك علي بنت غيلان
فانها تقبل باربع وتدبر بثمان فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم لا اري يعرف هذا
ما هاهنا لا يدخلن عليكم ما هاهنا هذا اذا بلغ الاجنبي مبلغ الرجال فان كان صغيرا
لم يظهر علي عورات النسا ولا يعرف العورة من غير العورة فلا باس لهن من ابدا الزينة
لهم لقوله تعالي او الطفل الذين لم يظهروا علي عورات النسا مستثني من قوله تعالي
ولا يبدين زينتهن الا لمن ذكر والطفل في اللغة الصبي ما بين ان يولد الي ان يحتلم
واما الذي يعرف التمييز بين العورة وغيرها وقرب من الحلم فلا ينبغي ان تبدي
زينتها له الا تري ان مثل هذا الصبي امر بالاستيذان في بعض الاوقات بقوله تعالي
والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات الاية الا اذا لم يكونا من اهل الشهوة بان كانا
شيخين كبيرين لعدم احتمال حدوث الشهوة فيهما وروي ان اعميين دخلا علي
رسول الله صلي الله عليه وسلم بعض اصحابه واخري فقال لهما احتجبا فقالتا انهما
اعميان يا رسول الله وان انتما هذا حكم النظر الي الوجه والكفين واما حكم هذين
العضوين فلا يحل مسهما لان حل النظر للضرورة التي ذكرناها ولا ضرورة في المس
ان المس في بعث الشهوة وتحريكها فوق النظر واباحة ادني الفعلين لا يدل علي اباحة
اعلاهما هذا اذا كانا شابين فان كانا شيخين كبيرين فلا باس بالمصافحة لخروج المصافحة
منهما بان تكون مورثة للشهوة لانعدام الشهوة وقد روي ان رسول الله صلي الله
عليه وسلم كان يصافح العجايز ثم انما يحرم النظر من الاجنبية الي ساير اعضايها
سوي الوجه والكفين او القدمين ايضا علي اختلاف الروايتين اذا كانت مكشوفة
فاما اذا كانت مستورة بالثوب فان كان ثوبها صفيقا لا يلتزق ببدنها فلا باس
بان يتاملها ويتامل جسدها لان المنظور اليه الثوب دون البدن وان كان
ثوبها رقيقا يصف ما تحته ويشف او كان صفيقا لكنه يلتزق ببدنها
حتي يستبين له جسدها فلا يحل له النظر لانه اذا استبان جسدها كانت صورة
عارية حقيقة وروي عن عايشة رضي الله عنها انها قالت دخلت علي اختي اسما وعليها

ثياب شامية رقاق وهي اليوم عندكم صفاق فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم
هذه ثياب لا تحبها سورة النور فامرها فاخرجت فقلت يا رسول الله زارتني اختي فقلت
لما قلت فقال يا عايشة ان الحرة اذا حاضت لا ينبغي ان تري الا وجهها وكفاها فان
ثبت هذا من النبي صلي الله عليه وسلم كان تفسيرا لقوله تعالي الا ما ظهر منها علي صحة
ظاهر الرواية ان الحرة لا يحل النظر منها الا الي وجهها وكفيها والله اعلم واما النوع السابع
وهو ذوات الرحم بلا محرم فحكمهن حكم الاجنبيات الحراير لعموم الامر بغض
البصر والنهي عن ابدا زينتهن الا المذكور في محل الاستثنا وذو الرحم بلا محرم غير مذكور
في المستثنا فبقيت منهية عن ابدا الزينة والله الموفق واما الثاني وهو ما
يحل من ذلك ويحرم للرجل من الرجل فنقول يحل للرجل ان ينظر من الرجل الاجنبي
الي ساير بدنه جسده الا ما بين السرة والركبة الا ما بين السرة الي الركبة الا عند الضرورة
فلا باس ان ينظر الرجل من الرجل الي موضع الختان ليختنه ويداويه بعد الختان
وكذا اذا كان بموضع العورة من الرجل جرح او قرح او وقعت الحاجة الي مداواة
الرجل ولا ينظر الي الركبة ولا باس بالنظر الي السرة فالركبة عورة والسرة ليست بعورة
عندنا وعند الشافعي علي العكس والصحيح قولنا لما روي عن رسول الله صلي الله عليه
وسلم انه قال ما تحت السرة والركبة ما تحتها فكانت عورة الا ان ما تحت الركبة
صار مخصوصا فبقيت الركبة تحت العموم ولان الركبة عضو مركب من عظم الساق
والفخذ علي وجه يتعذر تمييزه والفخذ من العورة والساق ليس من العورة فعند
الاشتباه يجب العمل بالاحتياط وذلك فيما قلنا بخلاف السرة فانه اسم لموضع معلوم
لا اشتباه فيه وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه كان اذا اتزر ابدا سرته ولو كانت
عورة لما احتمل منه كشفها هذا حكم النظر واما حكم المس فلا خلاف في ان المصافحة
حلال لقول رسول الله صلي الله عليه وسلم تصافحوا تحابوا وروي عنه عليه
السلام انه قال المومن اذا لقي اخاه فصافحه تناثرت ذنوبه ولان الناس يتصافحون
في ساير الاعصار في العهود والمواثيق فكانت سنة متوارثة واختلف في القبلة
والمعانقة قال ابو حنيفة ومحمد يكره للرجل ان يقبل فم الرجل او يده او شيا
منه او يعانقه وروي عن ابي يوسف انه لا باس به ووجهه ما روي انه لما قدم
جعفر بن ابي طالب رضي الله عنه من الحبشة عانقه رسول الله صلي الله عليه وسلم
وقبل بين عينيه وادني درجات فعله صلي الله عليه وسلم الحل وكذا روي ان اصحاب
رسول الله صلي الله عليه وسلم ورضي عنهم كانوا اذا رجعوا من اسفارهم كان يقبل
بعضهم بعضا واحتجا بما روي انه سيل رسول الله صلي الله عليه وسلم ايقبل
بعضنا بعضا فقال لا فقال ايعانق بعضنا بعضا فقال لا فقيل ايصافح بعضنا
بعضا فقال نعم وذكر الشيخ ابو منصور ان المعانقة انما تكره اذا كانت تشبهه
بما وضعت للشهوة في حالة التجرد واما اذا قصد بها المبرة والاكرام فلا تكره
وكذا التقبيل الموضوع لقضا الوطر والشهوة هو المحرم فاذا زال عن تلك الحالة
ابيح وعلي هذا الوجه الذي ذكر الشيخ رحمه الله يحمل الحديث الذي احتج به ابو يوسف
رحمه الله والله اعلم واما الثالث وهو بيان ما يحل من ذلك ويحرم للمراة من المراة
فنقول كل ما يحل للرجل ان ينظر اليه من الرجل يحل للمراة ان تنظر اليه من المراة وكل ما
لا يحل له لا يحل لها فتنظر المراة من المراة الي ساير جسدها الا ما بين السرة

ما يحل ويحرم للرجل من الرجل

لا خلاف ان المصافحة حلال

اختلف في القبلة والمعانقة

المصافحة

قابلة

والركبة لانه ليس في نظر المراة من المرة خوف الشهوة والوقوع في الفتنة كما ليس ذلك
في نظر الرجل الى الرجل حتى لو خاف ذلك يجتنب عن النظر كما في الرجل ولا يجوز لها ان
تنظر الى ما بين السرة الى الركبة الا عند الضرورة بان كانت قابلة فلا باس لها ان تنظر
الى الفرج عند الولادة وكذا لا باس ان تنظر لمعرفة البكارة في امراة العنين والجارية

النظر لمعرفة البكارة والمداواة

المشتراة على شرط البكارة اذا اختصما وكذا اذا كان بها جرح او قرح في موضع لا يحل
للرجال النظر اليه فلا باس ان تداويها اذا علمت المداواة وان لم تعلم تتعلم ثم تداويها فان
لم توجد امراة تعلم المداواة ولا امراة تتعلم وخيف عليها الهلاك او بلاء او وجع
لا يحتمله يداويها الرجل لكن لا يكشف منها الا موضع الجرح والقرح ويغض بصره ما
استطاع لان الحرمات الشرعية جاز ان يسقط اعتبارها شرعا لمكان الضرورة
كحرمة الميتة وشرب الخمر حالة المخمصة والاكراه لكن الثابت بالضرورة لا يعدوا
موضع الضرورة لان علة ثبوتها الضرورة والحكم لا يزيد على قدر العلة والله اعلم هذا
الذي ذكرنا حكم النظر والمس واما حكم الدخول في بيت الغير فالداخل لا يخلوا من

الدخول في بيت الغير

ان يكون اجنبيا او من محارمه فان كان اجنبيا فلا يحل له الدخول فيه من غير
استيذان لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستانسوا
وتسلموا على اهلها قيل تستانسوا اي تستاذنوا وقيل تستعلموا وهما متقاربان
لان الاستيذان طلب الاذن والاستعلام طلب العلم حتى يوذن لكم وهذا يدل
على ان الاستيذان ليس للسكان انفسهم خاصة بل لانفسهم ولاموالهم لان اطلاعه
على امواله الانسان كما يتخذ البيت سترا لنفسه يتخذه سترا لامواله
فكما يكره اطلاع الغير على نفسه يكره اطلاعه على امواله وفي بعض الاخبار ان من
دخل بيتا بغير اذن يقال له الموكل به عصيت واذيت فيسمع صوته الخلق
كلهم الا الثقلين فيرجع فيصعد صوته الى سماء الدنيا فتقول ملائكة السماء
اف لفلان عصى ربه واذى واذا استاذنوا واذن حل له الدخول يدخل

لا يقدم التسليم على الدخول

ثم يسلم ولا يقدم التسليم على الدخول كما قال بعض الناس لقوله تعالى
فاذا دخلتم بيوتا فسلموا على انفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة ولانه
لو سلم قبل الدخول فاذا دخل يحتاج الى التسليم ثانيا وان لم يوذن بالدخول
وقيل له ارجع فليرجع ويكره ان يقعد على الباب لقوله تعالى وان قيل لكم ارجعوا
هو ازكى لكم وفي بعض الاخبار الاستيذان ثلاث من لم يوذن فيهن فليرجع
اما الاول فيسمع الحي واما الثاني فياخذ واحذرهم واما الثالث فان شاؤا
اذنوا وان شاؤا ردوا فان استاذن ثلاث مرات فلم يوذن له فينبغي ان يرجع
ولا يقعد على الباب لينتظر لان للناس حاجات واشغال في المنازل وخارج
المنازل فلو قعد على الباب وانتظر لضاق به ذرعهم وشغل قلوبهم ولعل لا تلتئا
حاجاتهم فكان الرجوع خيرا له من القعود وذلك قوله هو ازكى لكم هذا

دخول بيت الغير لتغيير المنكر

اذا اراد الدخول للزيارة ونحوها واما اذا اراد الدخول لتغيير المنكر
بان سمع في دار صوت المزامير والمعازف فليدخل بغير اذنهم لان تغيير المنكر
فرض فلو شرط الاذن لتعذر التغيير والله اعلم وان كان من محارمه فلا يدخل

لا يدخل على محارمه من غير استئذان

من غير استيذان ايضا وان كان يجوز له النظر الى مواضع الزينة الظاهرة
والباطنة لعموم قوله تعالى لا تدخلوا الاية ولانه لو دخل عليها من غير
استيذان وان كان يجوز النظر الى مواضع الزينة فربما كانت مكشوفة العورة فيقع بصره
عليه فيكرهان ذلك وهكذا روي ان رجلا سال النبي صلى الله عليه وسلم وقال انا
اخدم امي واقرسها الى استاذن عليها فقال عليه السلام نعم فساله ثالثا ثلاثا
فقال ايسرك ان تراها عريانة فقال لا فقال استاذن عليها وكذا روي عن حذيفة
رضي الله عنه ان رجلا ساله فقال استاذن على اختي فقال ان لم تستاذن تستاذن
رايت ما يسوءك الا ان الامر في الاستيذان على المحارم اسهل وايسر لان المحرم
مطلق النظر الى مواضع الزينة منها شرعا والله اعلم هذا الذي ذكرنا الاحرار البالغين

حكم المماليك والصبيان

واما حكم المماليك والصبيان اما المملوك فيدخل في بيت سيده من غير استيذان
الا في ثلاث اوقات قبل صلاة الفجر وعند الظهيرة وبعد صلاة العشا الاخرة
لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا ليستاذنكم الذين ملكت ايمانكم الى قوله ليس عليكم
ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض ولان هذه اوقات التجرد
وظهور العورة في العادة اما قبل صلاة الفجر فوقت الخروج من النوم ووقت الظهيرة

ثياب صح

وقت وضع الثياب للقيلولة وما بعد العشا وقت وضع ثياب النهار للنوم ولا
كذلك بعد هذه الاوقات الثلاثة لان العورة بعدها تكون مستورة عادة والعبد
والامة في ذلك سوا وسوا كان المملوك كبيرا او صغيرا بعد ان كان يعرف العورة
من غير العورة لان هذه الاوقات غرة في ساعات غفلة فربما يكون على حالة يكره ان
يراه عليها احد وهذا المعنى يستوي فيه الذكر والانثى والكبير والصغير بعد ان
يكون من اهل التمييز ويكون الخطاب في الصغار للسادات بالتعليم والادب والتاديب
كما في الاباء مع الابناء الصغار فاما الصبيان فان الصغير ممن لا يميز بين العورة وغيرها
فيدخل في الاوقات كلها وان كان من اهل التمييز بان قرب من البلوغ يمنعه الاب
عن الدخول في الاوقات الثلاثة تاديبا وتعليما لامور الدين كالامر بالصلاة اذا
بلغ سبعا وضربه عليها اذا بلغ عشرا والتفريق بينهم في المضاجع والله اعلم هذا اذا
كان البيت مسكونا بان كان له ساكن فاما اذا لم يكن كالخانات والرباطات التي تكون
للمارة والخربات التي يقضى فيها حاجة البول والغائط فلا باس بان يدخله من غير
استيذان لقوله تعالى ليس عليكم جناح ان تدخلوا بيوتا غير مسكونة فيها متاع لكم اي
منفعة لكم وهي منفعة دفع الحر والبرد في الخانات والرباطات ومنفعة صاحب
البول والغائط في الخربات والله اعلم وروي في الخبر انه لما نزلت اية الاستيذان
قال ابو بكر يا رسول الله فكيف بالبيوت التي بين مكة والمدينة وبين المدينة
والشام ليس فيها ساكن فانزل الله تعالى ليس عليكم جناح ان تدخلوا بيوتا غير مسكونة
فيها متاع لكم هذا الذي ذكرنا حكم الدخول واما حكم ما بعد الدخول وهو الخلوة
فان كان في البيت امراة اجنبية او ذات رحم غير محرم لا يحل للرجل ان يخلو

لا يخلون رجل بامراة الا وثالثهما الشيطان

بها لان فيه خوف الفتنة والوقوع في الحرام وقد روي عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قال لا يخلون رجل بامراة الا وثالثهما الشيطان وان كانت
المراة ذات رحم محرم منه فلا باس بالخلوة والافضل ان لا يفعل لما روي عن
ابن مسعود رضي الله عنه انه قال ما خلوت بامراة قط مخافة ان ادخل
في نهي النبي صلى الله عليه وسلم ويكره للمراة ان تصل شعر غيرها من بني ادم بشعرها

وصل الشعر

لقوله صلى الله عليه وسلم لعن الله الواصلة والمستوصلة ولان الادمي بجميع اجزايه

استئذان

مكرم والانتفاع بالجز المنفصل اهانة به ولهذا كره بيعه ولا باس بذلك من شعر البهيمة
وصوفها لانه انتفاع بطريق التزين بما يحتمل ذلك ولهذا احتمل الاستعمال في ساير
وجوه الانتفاعات فكذا في التزين ولا باس للرجل ان يعزل عن امته بغير اذنها واما
المنكوحة فان كانت حرة يكره له العزل من غير اذنها بالاجماع لان لها في الولد حقا وفي
العزل فوت الولد ولا يجوز تفويت حق الانسان من غير رضاه واذا رضيت جاز
وان كانت امة فلا بد من الاذن ايضا بلا خلاف لكن الكلام في ان الاذن بذلك الي
المولي اليها قال ابو حنيفة رحمه الله الاذن فيه الي مولاها وقال ابو يوسف ومحمد اليها
وجه قولهما ان لها حقا في قضا الشهوة والعزل يوجب نقصانه ولا يجوز البخس بحق
الانسان من غير رضاه وجه قول ابي حنيفة ان الكراهة في الحرة لمكان خوف فوت
الولد الذي فيه حق والحق هاهنا في الولد للمولي دون الامة وقولهما فيه نقصان قضا
الشهوة فنعم لكن حقها في اصل قضا الشهوة لا في وصف الكمال الا تري ان من الرجال
من لا ماله وهو يجامع امراته من غير انزال ولا يكون لها الخصومة دل ان حقها في اصل
قضا الشهوة لا في وصف الكمال والله اعلم ويكره للرجل ان يقول في دعايه اسالك بحق
انبيايك ورسلك وبحق فلان لانه لا حق لاحد علي الله تعالي وهو وكذا يكره ان يقول في
دعايه اسالك بمقعد العز من عرشك وروي عن ابي يوسف انه باس بذلك لورود
الحديث وهو ما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه كان يقول في دعايه اللهم اني
اسالك بمقعد العز من عرشك ومنتهي الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك
الاعلي وكلماتك التامة وجه ظاهر الرواية ان ظاهر هذا اللفظ يوجب التشبيه لان العرش
خلق من خلايق الله تعالي فاستحال ان يكون عز الله معقودا به وظاهر الخبر الذي هو في حد
الاحاد اذا كان موهم التشبيه فالكف عن العمل به اسلم ويكره حمل الخرقة لمسح العرق والامتخا
به ترفعا وتكبرا لان التكبر من المخلوق مذموم وهذا هو تشبه بزي العجم وقد قال عمر
رضي الله عنه اياكم وزي العجم فاما الحاجة فلا باس به لانه لو لم يحمل لاحتاج الي الاخذ بالكم
والذيل وفيه افساد ثوبه ولا باس بربط الخيط او الخاتم في الاصبع للحاجة لان فيه استعانة
علي قضا حاجة المسلم بالذكر والنسيان وانه امر مندوب اليه وروي ان رسول الله صلي الله
عليه وسلم امر بعض اصحابه بذلك ويكره استقبال القبلة بالفرج في الخلا لما روي عن
رسول الله صلي الله عليه وسلم اذا اتيتم الغايط فعظموا قبلة الله فلا تستقبلوها وتستدبروها
ولكن شرقوا او غربوا وهذا بالمدينة واما الاستدبار فعن ابي حنيفة رحمه الله فيه
روايتان في رواية يكره للحديث الذي روينا وفي رواية لا يكره لما روي عن عبد الله
ابن عمر رضي الله عنهما راي النبي صلي الله عليه وسلم مستقبل الشام مستدبر القبلة
ولان فرجه لا يوازي القبلة حالة الاستدبار وانما يوازي الارض بخلاف حالة الاستقبال
هذا اذا كان في الفضا فان كان في البيوت فكذلك عندنا وعند الشافعي لا باس بالاستقبال
واحتج بما روي ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه سيل عن ذلك فقال انما ذلك في الفضا
ولنا ما روينا من حديث رسول الله صلي الله عليه وسلم مطلقا من غير فصل بين الفضا
وبين البيوت والعمل بقول رسول الله صلي الله عليه وسلم اولي من العمل بقول الصحابي
ولان الفارق بين الفضا والبيوت ان كان وجود الحايل من الجدار ونحوه فقد وجد
الحايل في الفضا وهو الجبال وغيرها ولم يمنع الكراهة فكذا هاهنا ويكره ان تكون
قبل المسجد الي متوضا او مخرج او حمام لان فيه ترك تعظيم المسجد واما مسجد البيت

العزل عن امته بغير اذنها او بخلاف المنكوحة

لا يقول في دعائه اسالك بحق انبيائك ورسلك

حمل الخرقة لمسح العرق

دفع صح

استقبال القبلة بالفرج في الخلاء واستدبارها

وهو الموضع الذي عينه صاحب البيت للصلاة فلا باس بذلك لانه ليس بمسجد حقيقة
فلا يكون له حكم المسجد ويكره التصاوير في البيوت لما روي عن رسول الله صلي الله عليه
وسلم عن جبريل صلوات الله عليه انه قال انا لا ندخل بيتا فيه كلب وصورة ولان
امساكها تشبه بعبدة الاوثان الا اذا كانت علي البسط والوسايد الصغار التي تلقي علي
الارض ليجلس عليها فلا يكره لان دوسها بالارجل اهانة لها فامساكها في موضع الاهانة لا
يكون تشبها بعبدة الاوثان الا ان يسجد عليها فيكره لحصول معني التشبيه ويكره علي
الستور وعلي الازر المضروبة علي الحايط وعلي الوسايد الكبار وعلي السقف لما فيه من
تعظيمها ولو لم يكن لها راس فلا باس لانها لا تكون صورة بل تكون نقشا فان قطع راسه
بان خاط علي عنقه خيطا فذلك ليس بشي لانها لم تخرج عن كونها صورة ذي الروح فاما
صورة ما لا روح فيها فيه من الاشجار والقناديل ونحوها فلا باس ويكره التعشير
والنقط في المصحف لقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه جردوا المصاحف
وذلك في ترك التعشير والنقط ولان ذلك يودي الي الخلل في تحفظ القران لانه
يشكل عليه فلا يجتهد في التحفظ بل يتكاسل لكن قيل هذا في بلادهم فاما في بلاد العجم
فلا يكره لان العجم لا يقدرون علي تعلم القران بدونه ولهذا اجري التعارف به في عامة
الاسلام من غير نكير فكان مسنونا لا مكروها والله اعلم ولا باس بنقش المسجد بالجص
والساج وما الذهب لان تزيين المسجد من باب تعظيمه لكن مع هذا تركه افضل
لان صرف المال الي الفقرا اولي واليه اشار عمر بن عبد العزيز رحمه الله حين راي
مالا ينقل الي المسجد الحرام فقال المساكين احوج من الشياطين وكان لمسجد رسول
الله صلي الله عليه وسلم جريد النخل وهذا اذا نقش من مال نفسه فاما من مال
المسجد فلا ينبغي ان يفعل ولو فعل القيم من مال المسجد قيل انه يضمن ولا يعق عن الغلام
ولا عن الجارية وهذا عندنا وعند الشافعي العقيقة سنة واحتج بما روي ان رسول
الله صلي الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين كبشا كبشا ولنا ما روي عن رسول
الله صلي الله عليه وسلم انه قال نسخت الاضحية كل دم قبلها ونسخ صوم رمضان كل صوم كان
قبله ونسخت الزكاة كل صدقة كانت قبلها فصارت منسوخة كالعتيرة والعقيقة
فرضا بل كانت فضلا وليس وليس بعد نسخ الفضل الا الكراهة بخلاف صوم عاشورا
وبعض الصدقات المنسوخة حيث جاز التنفل بها بعد النسخ لان ذلك كان فرضا
وانتساخ الفرضية لا يخرجه عن كونه قربة في نفسه والله اعلم ويكره للرجل ان يجعل
الراية في عنق عبده ولا باس بان يقيده اما الراية وهي الغل فلانه شي احدثه الجبابرة
وقد قال رسول الله صلي الله عليه وسلم كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل
ضلالة في النار فاما التقييد فليس بمحدث بل كان تستعمله الصحابة رضي الله عنهم
روي ان عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قيد عبد اله يعلمه بتاويل القران وبه
جرت العادة في ساير الامصار من غير نكير فيكون اجماعا ولان ضرب الراية علي العبد
لا يبقا التمكن من الانتفاع مع الامن عن الاباق الي ان لا يحصل بالراية لان كل احد اذا
راه يمشي مع الراية يظنه ابقا فيصرفه عن وجهه ويرده الي مولاه فلا يمكنه الانتفاع
به فلم يكن ضرب الراية عليه مفيدا ولا باس بالحقنة لانها من باب التداوي وانه
امر مندوب اليه قال النبي صلي الله عليه وسلم تداووا فان الله سبحانه وتعالي
ما خلق دا الا وخلق له دوا الا السام والهرم ويكره اللعب بالنرد والشطرنج

التصاوير في البيوت

صورة يلبسها اذا ارادت حليته كالطوق (اي الطوق) المدور لدوات الاطواق من الطيور

اذا لم يكن للصورة راس فلا باس

صورة ما لا روح فيه

التعشير والنقط في المصحف

نقش المسجد

العقيقة

جعل الراية في عنق عبده

التقييد لمن يحدث

الحقنة

اللعب بالنرد والشطرنج

والاربعة عشر وهي لعب تستعمله اليهود لانه قمار او لعب وكل ذلك حرام اما القمار فلقوله تعالى يا ايها الذين امنوا انما الخمر والميسر والازلام رجس الاية والميسر هو القمار كذا روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم وروي عن مجاهد وسعيد بن جبير والشعبي وغيرهم انهم قالوا الميسر القمار كله حتى الجوز الذي يلعب به الصبيان وعن علي رضي الله عنه الشطرنج هو ميسر الاعاجم وعن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ما الهاكم عن ذكر الله تعالى فهو ميسر واما اللعب فلقوله صلى الله عليه وسلم كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امرأته وقوسه وفرسه وقوله صلى الله عليه وسلم ما انا من دد ولا دد مني وحكي عن الشافعي انه رخص اللعب بالشطرنج وقال ان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية الفهم والعلم بتدابير الحرب ومكايده فكان من باب الادب فاشبه الرماية والفروسية ولهذا لا يخرج عن كونه قمارا او لعبا وكل ذلك حرام لما ذكرنا وكره ابو يوسف على اللاعبين بالشطرنج تحقيرا لهم لزجرهم عن ذلك ولم يكره ابو حنيفة رحمه الله لان ذلك يشغلهم عما هم فيه فكان التسليم عليهم بعض ما يمنعهم عن ذلك فلا يكره ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا فقال له قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر الى ابيه فقال له اجب محمدا فاسلم ثم مات فقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي انقذ بي نسمة من النار ولان عيادة الجار قضاء حق الجوار وانه مندوب اليه قال الله تعالى والجار الجنب من غير فصل مع ما في العيادة من الدعوة الى الايمان رجاء الايمان فكيف يكون مكروها ويكره الابتداء بالتسليم على اليهودي والنصراني لان التسليم اسم لكل بر وخير ولا يجوز مثل هذا الدعاء للكافر الا انه اذا سلم لا باس بالرد عليه مجازاة ولكن لا يزيد على قوله وعليك لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان اليهود اذا سلم عليكم احدهم فانما يقول السام عليكم فقولوا وعليك ولا باس بدخول اهل الذمة المساجد عندنا وقال مالك لا يحل وقال الشافعي لا يحل لهم دخول المسجد الحرام احتج مالك بقوله تعالى انما المشركون نجس وتنزيه المسجد عن النجس واجب تحققه انه يجب تنزيه المسجد عن بعض الطاهرات كالمخاط ونحوها قال النبي صلى الله عليه وسلم انما المسجد لينزوي المسجد الحرام خص المسجد الحرام بالنهي عن قربانه فيدل على اختصاص حرمة الدخول به ليكون التخصيص مفيدا ولنا ان المشركين من وفود العرب وغيرهم كانوا يدخلون المسجد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه روي ان ابا سفيان دخل المسجد عام الحديبية وكذا وفد ثقيف دخلوا المسجد وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد فتح مكة من دخل المسجد فهو امن جعل الحرم مامنا ودعاهم الى دخوله وما كان عليه السلام ليدعوا الى الحرام واما الاية فالمراد انهم نجس الاعتقاد والافعال لا نجس الاعيان اذ لا نجاسة على اعيانهم حقيقة وقوله فلا يقربوا المسجد الحرام نهي عن دخول مكة للحج عن دخول المسجد الحرام نفسه لقوله وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله من فضله ان شاء ومعلوم ان خوف العيلة انما يتحقق بمنعهم عن دخول مكة لا عن دخول المسجد نفسه لانهم اذا دخلوا مكة ولم يدخلوا المسجد الحرام لا يتحقق خوف العيلة ولما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث عليا رضي الله عنه ينادي الا لا يحجن بعد هذا العام مشرك فثبت ان هذا نهي عن دخول مكة للحج الا انه ذكر المسجد لما ان المقصود من اتيان مكة للبيت والبيت في المسجد والله اعلم مسلم باع خمرا

واخذ

الميسر القمار
انه قال صح
الشطرنج ميسر الاعاجم
حكي عن الشافعي انه رخص بالشطرنج
عيادة اليهودي والنصراني
عيادة الجار قضاء حق الجوار
الابتداء بالتسليم على اليهودي مكروه ولا باس بالرد عليه
دخول اهل الذمة المساجد
بيع المسلم الخمر

واخذ ثمنها وعليه دين يكره لصاحب الدين ان ياخذه منه ولو كان البايع نصرانيا فلا باس باخذه ووجه الفرق ان بيع الخمر من المسلم باطل لانها ليست بمتقومة في حق المسلمين فلم يملك ثمنها فبقي على حكم المشتري فلم يصح قضاء الدين به واذا كان البايع نصرانيا فالبيع صحيح لكونها مالا متقوما في حقه فملك ثمنها فصح قضاء الدين منه والله اعلم رجل دعي الى وليمة او طعام وهناك لعب او غناء جملة الكلام فيه ان هذا في الاصل لا يخلوا من احد وجهين اما ان يكون عالما ان هناك ذلك وان لم يكن عالما به فان كان عالما فان كان من غالب رايه انه يمكنه التغيير يجيب لان اجابة الدعوة مسنونة قال النبي صلى الله عليه وسلم اذا دعي احدكم الى وليمة فليأتها وتغيير المنكر مفروض فكان في الاجابة اقامة الفرض ومراعاة السنة وان كان في غالب رايه انه لا يمكنه التغيير لا باس بالاجابة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة مسنونة ولا تترك السنة لمعصية توجد من الغير الا ترى انه لا يترك تشييع الجنازة وشهود الماتم وان كان فيه معصية من النياحة وشق الجيوب ونحو ذلك كذا ههنا وقيل هذا اذا كان المدعو اماما يقتدي به بحيث يحترم ويحتشم منه فان لم يكن فيترك الاجابة والقعود عنها اولى وان لم يكن عالما حتى ذهب فوجد هناك لعبا او غناء فان امكنه التغيير غيره وان لم يمكنه ذكر في الكتاب وقال لا باس بان يقعد وياكل وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة لما ذكرنا ان اجابة الدعوة امر مندوب اليه فلا يترك لاجل معصية توجد من الغير وقيل هذا اذا لم يعلم به حتى دخل فان علمه قبل الدخول يرجع ولا يدخل وقيل هذا اذا لم يكن اماما يقتدي به فانه لا يمكث بل يخرج لان في المكث استخفافا بالعلم والدين وتجرية لاهل الفسق على الفسق وهذا لا يجوز وصبر ابي حنيفة رحمه الله عليه محمول على وقت لم يصر فيه مقتدى به على الاطلاق ولو صار لما صبر ودلت المسئلة على ان مجرد الغناء معصية وكذا الاستماع اليه وكذا ضرب القصب والاستماع اليه الا ترى ان ابا حنيفة رحمه الله سماه ابتلاء ويكره الاحتكار والكلام في الاحتكار في موضعين احدهما في تفسير الاحتكار وما يصير به الشخص والثاني في بيان حكم الاحتكار اما الاول فهو ان يشتري طعاما في مصر ويمتنع عن بيعه وذلك يضر بالناس وكذا لو اشتراه من مكان قريب يحمل طعامه الى المصر وذلك المصر صغير وهذا يضر به يكون محتكرا وان كان مصرا كبيرا لا يضر به لا يكون محتكرا ولو جلب الى المصر طعاما من مكان بعيد وحبسه لا يكون احتكارا وروي عن ابي يوسف انه يكون احتكارا لان كراهة الاحتكار للشراء في المصر والامتناع عن البيع لمكان الاضرار بالعامة وقد وجد ههنا وجه قول ابي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق وهذا جالب لان الاحتكار حبس المشترى في المصر لتعلق حق العامة به فيصير ظالما بمنع حقهم على ما ذكر ولم يوجد ذلك في المشترى خارج المصر من مكان بعيد لانه متى اشتراه ولم يتعلق به حق اهل المصر فلا يتحقق الظلم ولكن مع هذا الافضل ان لا يفعل ويبيع لان في الحبس ضررا بالمسلمين وكذلك ما حصل له من ضياعه بان زرع ارضه فامسك طعامه فليس ذلك باحتكار لانه لم يتعلق به حق اهل المصر لكن الافضل ان لا يفعل ويبيع لما قلنا ثم في الاحتكار يجري في كل ما يضر بالعامة عند ابي يوسف قوتا كان او لا وعند محمد لا يجري الاحتكار الا في قوت الناس وعلف الدواب من الحنطة والشعير والتبن والتنرنجه والقتة وجه قول محمد ان الضرر في الاعم الاغلب انما يلحق العامة بحبس القوت والعلف فلا

ملك صح
الوليمة التي فيها لعب وغناء
قال ابو حنيفة ابتليت بهذه مرة
بحث الاحتكار

يتحقق الاحتكار الا به وجه قول ابي يوسف ان الكراهة لمكان الاضرار بالعامة وهذا لا يختص بالقوت والعلف واما حكم الاحتكار فنقول يتعلق بالاحتكار احكام منها الحرمة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال المحتكر ملعون والجالب مرزوق ولا يلحق اللعن الا بمباشرة المحرم وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد بري من الله وبري الله منه ومثل هذا الوعيد لا يلحق الا بارتكاب المحرم ولان الاحتكار من باب الظلم لان ما بيع في المصر فقد تعلق به حق العامة فاذا امتنع المشتري عن بيعه عند شدة حاجتهم اليه فقد منعهم حقهم ومنع الحق عن المستحق ظلم وانه حرام وقليل مدة الحبس وكثيرها سوا في حق الحرمة لتحقق الظلم ومنها انه يومر المحتكر بالبيع ازالة للظلم لكن انما يومر ببيع ما فضل عن قوته وقوت عياله فان لم يفعل واصر على الاحتكار ورفع الى الامام مرة اخرى وهو مصر على الاحتكار فان الامام يعظه ويهدده فان لم يفعل ودفع اليه مرة ثالثة يحبسه ويعزره زجرا له عن سو صنيعه ولا يجبر على البيع وقال محمد يجبر عليه وهذا يرجع الى مسئلة الحجر على الحر لان الجبر على البيع في معنى الحجر وكذا لا يسعر لقوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل مال امري مسلم الا بطيب من نفسه وروي ان السعر غلا بالمدينة فطلبوا التسعير من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يسعر وقال ان الله هو المسعر القابض الباسط ومنها انه اذا خاف الهلاك على اهل المصر اخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا عليهم مثله لانهم اضطروا اليه ومن اضطر الى مال الغير في مخمصة كان له ان ياخذه وله بالضمان لقوله تعالى فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وكذا يكره تلقي الركبان اذا كان ذلك مضرا باهل المصر لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن تلقي الركبان لان فيه اضرارا بالعامة فيكره كما يكره الاحتكار ويكره خرق الزق الذي فيه خمر المسلم عند ابي حنيفة ولو خرق يضمن وعند ابي حنيفة لا يكره ولا يضمن وعلى هذا الخلاف كسر الات الملاهي من البربط والعود والزمارة والمسئلة تعرف في كتاب البيوع رجل ابتلع درة من رجل فمات المبتلع فان ترك مالا كانت الدرة قيمة الدرة في تركته وان لم يترك مالا لا يشق بطنه لان الشق حرام وحرمة النفس اعظم من حرمة المال قيمة الدرة لانه استهلكها وهي ليست من ذوات الامثال فكانت مضمونة بالقيمة فان ظهر له مال في الدنيا قضي منه والا ماخوذ به في الاخرة حامل ماتت فاضطرب في بطنها ولد فان كان في اكبر الراي انه حي يشق بطنها لانا ابتلينا بليتين فنختار اهونهما وشق بطن الميتة اهون من اهلاك الحي رجل له ورثة صغار فاراد ان يوصي نظر في ذلك فان كان اكبر رايه انه تقع الكفاية لهم بما سوى الثلث من المتروك فالوصية بالثلث افضل لان فيه رعاية الجانبين وان كان في اكبر رايه انه لا تقع الكفاية لهم الا بكل المتروك لهم افضل من الوصية لما روي ان سعد بن ابي وقاص رضي الله عنه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال بكم يوصي الرجل من ماله فقال بالثلث والثلث كثير لان تدع ورثتك اغنيا خير لك من ان تدعهم فقرا عالة يتكففون الناس رجل راى رجلا قتل اباه وادعى القاتل انه قتله بقصاص او ردة ولم يعلم من ذلك شيا وسع الابن ان يقتله لانه عاين السبب الموجب للقصاص في الاصل وهو القتل العمد لقوله صلى الله عليه وسلم العمد قود الا ان يعفوا او يفادوا والقاتل يدعي امرا عارضا فلا يسمع الا بحجة وكذا اذا اقر بالقتل في السر ثم ادعى انه قتله بقصاص او بردة كان الابن في سعة من قتله لان الاقرار بالقتل العمد اقرار بالسبب الموجب للقصاص في الاصل على ما بينا ولو لم يعاين القتل ولا اقر به عنده ولكن شهد عنده شاهدان عدلان على معاينة القتل او على الاقرار به لم يسعه ان يقتله

حتى يقضي القاضي بشهادتهما فرقا بين الاقرار وبين الشهادة ووجه الفرق بينهما ظاهر لان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضا القاضي لما فيه من تهمة تنبع النفع فلا تندفع التهمة الا بقضا القاضي فاما الاقرار فحجة بنفسه اذ الانسان غير متهم في الاقرار على نفسه فهو الفرق وكذلك يحل لمن عاين القتل او سمع اقراره به ان يعين المولى على قتله لانه اعانة لصاحب الحق على استيفا حقه ظاهرا ولو شهد عند الابن اثنان بما يدعيه القاتل بما يحل دمه من القتل والردة فان كانا ممن يقضي القاضي بشهادتهما فيتبين انه قتله بغير حق والامتناع عن المباح اولى من ارتكاب المحظور وان كانا ممن لا يقضي القاضي بشهادتهما ولو شهدا عنده كالمحدود في القذف والنسا وحدهن كان في سعة من قتله لما ذكرنا ان الشهادة ليست بحجة بنفسها بل بقضا القاضي وان كانت مما لا يتصل بها القضا كان وجودها وعدمها بمنزلة واحدة ويكون ويمكن مع هذا ان يتوقف في ذلك فهو افضل لاحتمال اتصال القضا به في الجملة او الاحتمال ان يكون صدقا حقيقة عند الله تعالى ولو شهد عنده رجل واحد عدل غير محدود في قذف ينبغي ان يتوقف في القتل لجواز ان ينضم اليه شاهد اخر ولهذا لو شهد عند القاضي لتوقف ايضا لكان الانتظار افضل ولو لم ينتظر واستعجل في قتله كان في سعة منه لان الموجود احد شطري الشهادة وانه لا يعتبر بدون الشطر الاخر ولو عاين الوارث رجلا اخر اخذ مالا من ابيه او اقر عنده انه اخذ مالا من ابيه وادعى انه كان وديعة له عند ابيه او كان دينا له عليه اقتضاه منه وسعه ان ياخذه منه لانه لما عاين اخذ المال منه فقد عاين السبب الموجب للضمان في الاصل وهو الاخذ لان الاخذ في الاصل سبب وجوب ضمان الماخوذ وهو رد عينه ان كان قايما ورد بدله ان كان هالكا لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده ودعوى الايداع والدين امر عارض فلا يسمع الا بحجة فله ان ياخذه منه ولو امتنع عن الدفع يقاتله عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك وكذا اذا اقر بذلك لانه اقر بالسبب الموجب للضمان على ما بينا فله ان ياخذه منه وكذلك يسع لمن عاين ذلك او سمع اقراره ان يعينه على الاخذ لكونه اعانة على استيفا الحق ظاهرا ولو لم يعاين ولا اقر به عنده ولكن شهد شاهدان عدلان عنده ان هذا الشي الذي في يدي فلان ملكك ورثته عن ابيك لا يسعه اخذ منه حتى يقضي القاضي بخلاف الاقرار وقدموا الفرق بينهما في فصل القتل والله اعلم هذا الذي ذكرنا تثبت حرمته في حق الرجال والنسا جميعا واما الذي تثبت حرمته في حق الرجال دون النسا فثلثة انواع منها لبس الحرير المصمت والديباج والقز لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثها وروي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اعطى عمر حلة فقال يا رسول الله كسوتني حلة وقد قلت في حلة عطارد انما يلبسه من لا خلاق له في الاخرة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اني لم اكسكها وفي رواية انما اعطيتك لتكسوا بعض نسايك فان قيل اليس انه روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج وعليه قبا من ديباج قيل نعم ثم نسخ لما روي عن انس رضي الله عنه انه قال لبس رسول الله صلى الله عليه وسلم جبة حرير اهداها له اكيدر دومة وذلك قبل ان ينهى كذا قال انس رضي الله عنه وهذا في غير حالة الحرب واما في حال الحرب فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد لا يكره لبس الحرير في حال الحرب وجه قولهما ان في لبس الحرير في حال الحرب ضرورة لانه يحتاج الى دفع ضرر السلاح والحرير ادفع له واهيب للعدو ايضا فرخص للضرورة ولابي حنيفة اطلاق التحريم الذي روينا من غير فصل بين حال الحرب وغيرها وما ذكرنا من الضرورة يندفع بلبس ما لحمته حرير وسداه غير حرير لان دفع ضرر السلاح وتهييب العدو يحصل به فلا ضرورة الى

لبس الحرير الخالص فلا تسقط الحرمة من غير ضرورة ولا فرق بين الكبير والصغير في الحرمة بعد
ان كان ذكرا لان النبي صلى الله عليه وسلم ادار هذا الحكم على الذكورة بقوله هذان حرامان
على ذكور امتي الا ان اللابس اذا كان صغيرا فلا اثم على من البسه لا عليه لانه ليس من اهل
التحريم عليه كما اذا سقي خمرا كان الاثم على الساقي لا عليه كذا ههنا هذا اذا كان كله حريرا وهو
المصمت فان كانت لحمته حريرا وسداه غير حرير لا يكره لبسه في حال الحرب بالاجماع لما ذكرنا
من ضرورة دفع معرة السلاح وتهيب العدو واما في غير حال الحرب فمكروه لانعدام الضرورة
وان كان سداه حريرا ولحمته غير حرير لا يكره في حال الحرب وغيرها وههنا نكتتان احدهما
ان الثوب يصير ثوبا باللحمة لانه انما يصير ثوبا بالنسج والنسج تركيب اللحمة بالسدى فكانت
اللحمة كالوصف الاخر فيضاف الحكم اليه وهذه النكتة تقتضي اباحة لبس العتابي والنكتة الثانية
وهي نكتة الشيخ ابو منصور رحمه الله ان السدا اذا كان خزا واللحمة غير حرير يصير باللحمة
فاشبه الخز وهذه النكتة تقتضي ان لا يباح لبس العتابي لان سداه ظاهر غير مستور والصحيح
هو النكتة الاولى لان رواية الاباحة في لبس مطلق الثوب سداه حرير ولحمته غير
حرير منصوصة فتجري على اطلاقها فلا يناسبها الا النكتة الاولى ولو جعل حشو القباء
حريرا او قزا لا يكره لانه مستور بالظهارة فلم يحصل معنى التزين والتنعم الا ترى
ان لابس هذا الثوب لا يسمى لابس الحرير والقز ولو جعل الحرير بطانة يكره لانه لابس
الحرير حقيقة وكذا معنى التنعم حاصل للين الحرير ولطفه هذا اذا كان الحرير كثيرا فاما اذا
لم يكن كثيرا كاعلام الثياب والعمائم قدر اربعة اصابع فما دونها لا يكره وكذا العلم المنسوج
بالذهب لانه تابع والعبرة للمتبوع الا ترى ان لابسه لا يسمى لابس الحرير والذهب وكذا جرت
العادة بتعمم العمائم ولبس الثياب المعلمة بهذا القدر في سائر الاعصار من غير نكير
فيكون اجماعا وكذا الثوب والقلنسوة التي جعل على اطرافها حرير لا يكره اذا كان قدر
اربعة اصابع فما دونها لما قلنا وروي ان النبي صلى الله عليه وسلم انه لبس فروة على اطرافها
حرير وعن محمد رحمه الله انه لا يسع ذلك في القلنسوة وان كان اقل من اربعة اصابع
وانما رخص ابو حنيفة اذا كان في عرض الثوب وذكر في نوادر هشام عن محمد رحمه الله
انه يكره تكة الديباج والابريسم لانه استعمال الحرير مقصودا لا بطريق التبعية
فيكره وان قل بخلاف العلم ونحوه والله اعلم هذا الذي ذكرنا حكم لبس الحرير فاما حكم
التوسد به والجلوس والنوم عليه فغير مكروه عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
مكروه لهما اطلاق التحريم الذي روينا من غير فصل بين اللبس وغيره ولان معنى التزين
والتنعم كما يحصل باللبس يحصل بالتوسد والجلوس والنوم ولابي حنيفة انه كان على
بساط عبد الله بن عباس رضي الله عنهما مرفقة حرير وروي ان انسا رضي الله عنه
حضر وليمة فجلس على وسادة حرير عليها طيور فدل فعله رضي الله عنه على رخصة
الجلوس على الحرير وعلى الوسادة الصغيرة التي عليها صورة وبه تبين ان المراد من
التحريم في الحديث تحريم اللبس ليكون فعل الصحابي مبينا لقول النبي صلى الله عليه وسلم
لا مخالفا له والقياس باللبس غير سديد لان التزين بهذه الجهات دون التزين باللبس
لانه استعمال فيه اهانة المستعمل بخلاف اللبس فبطل الاستدلال به واما المراة فيحل
لها لبس الحرير المصمت والديباج والقز لان النبي صلى الله عليه وسلم احل ذلك
للاناث بقوله حل لاناثهم ومنها الذهب لان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الذهب
وبين الحرير في التحريم على المذكور بقوله هذان حرامان على ذكور امتي فيكره للرجل التزين

بالذهب كالتختم ونحوه ولا يكره للمراة لقوله حل لاناثها وروي عن النعمان بن بشير رضي الله
عنه انه قال اتخذت خاتما من ذهب فدخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال
ما لك اتخذت حلي اهل الجنة قبل ان تدخلها فرميت ذلك واتخذت خاتما من حديد فدخلت
فقال اتخذت حلي اهل النار فاتخذت خاتما من نحاس فدخلت عليه اني اجد منك ريح
الاصنام فقلت فكيف اصنع يا رسول الله فقال اتخذه من الورق ولا تزد على المثقال
والاصل ان استعمال الذهب فيما يرجع الى التزين مكروه في حق الرجل دون المراة لما قلنا
واستعماله فيما ترجع منفعته الى البدن مكروه في حق الرجل والمراة جميعا حتى يكره
الاكل والشرب والادهان والتطيب من مجامر الذهب للرجل والمراة لقول النبي
صلى الله عليه وسلم ان الذي يشرب من انية الفضة انما يجرجر في بطنه نار جهنم
ومعلوم ان الذهب اشد حرمة من الفضة الا ترى انه رخص التختم بالفضة للرجل ولا
رخصة في الذهب فكان النص الوارد في الفضة واردا في الذهب دلالة من طريق
الاولى كتحريم التافيف مع تحريم الضرب والشتم وكذا الاكتحال بمكحلة من الذهب
او ميل من ذهب مكروه للرجل والمراة جميعا لان منفعته عائدة الى البدن فاشبه الاكل
والشرب واما الاناء المضبب بالذهب فلا باس بالاكل والشرب فيه عند ابي حنيفة
وهو قول محمد ذكره في الموطا وعند ابي يوسف ان استعمال الذهب حرام بالنص وقد
حصل باستعمال الاناء فيكره وجه قولهما ان ذا القدر الذي عليه من الذهب تابع والعبرة
للمتبوع دون التابع كالثوب المعلم والجبة المكفوفة بالحرير وعلى هذا الخلاف الجلوس
على السرير المضبب والكرسي والسرج واللجام والركاب والثفر المضببة وكذا المصحف
المضبب على هذا الخلاف وكذا حلية المراة اذا كانت من الذهب ولبس ثوب فيه
كتابة بذهب على هذا الاختلاف واما السيف المضبب والسكين فلا باس بالاجماع
وكذا المنطقة المضببة لورود الاثار بالرخصة بذلك في السلاح ولا باس بشد
الفص بمسمار الذهب لانه تبع للفص والعبرة للمتبوع دون التبع كالعلم للثوب
ونحوه واما شد السن المتحركة بالذهب فقد ذكر الكرخي انه يجوز ولم يذكر خلافا
وذكر في الجامع الصغير انه يكره عند ابي حنيفة وعند محمد لا يكره ولو شدها بالفضة
لا يكره بالاجماع وكذا لو جدع انفه فاتخذ انفا من ذهب لا يكره بالاتفاق لان الانف
ينتن بالفضة فلا بد من اتخاذه من الذهب فكان فيه ضرورة فسقط اعتبار حرمته
وقد روي ان عرفجة اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من ورق فانتن فامره
رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يتخذ انفا من ذهب وبهذا الحديث يحتج محمد رحمه
الله على ما ذكر في الجامع لجواز تضبيب السن بالذهب ولانه يباح له ان يشدها بالفضة
فكذا بالذهب لانهما في حرمة الاستعمال على السواء ولانه تبع للسن والتبع حكمه
حكم الاصل وهذا يوافق اصل ابي حنيفة رحمه الله وحجة ما ذكر ابو حنيفة في الجامع
اطلاق التحريم من غير فصل ولا ترخص مباشرة المحرم الا لضرورة وهي تندفع بالادنى
وهو الفضة فبقي الذهب على اصل التحريم والاستدلال بالفضة غير سديد لتفاوت
بين الحرمتين على ما مر ولو سقط سنه يكره ان ياخذ سن ميت فيشدها مكان الاولى
بالاجماع وكذا يكره ان يعيد تلك السن الساقطة الى مكانها عند ابي حنيفة ومحمد
ولكن ياخذ سن شاة ذكية فيشدها مكانها وقال ابو يوسف لا باس بسنه ويكره سن
غيره وقال لا يشبه سنه سن ميت استحسن ذلك وبينهما عندي فصل ولكن لم

لا فرق بين الكبير والصغير في الحرمة

لحمته حرير سداه غير حرير

سداه حرير لحمته غير حرير

السدى مستورا صح

لو جعل حشو القباء حريرا

لو جعل الحرير بطانة

اعلام الثياب والعمائم

الثوب الذي جعل على اطرافها حرير

التوسد بالحرير والجلوس والنوم عليه

حرمة الذهب

اتخاذ الخاتم من الورق

الاكتحال بمكحلة من الذهب

يكره وجه قول ابي يوسف صح

السيف المضبب

لا باس بشد الفص بمسمار الذهب

شد السن بالذهب

اتخاذ الانف من الذهب

بخضرتي ووجه الفصل له من وجهين احدهما ان سن نفسه جزء منفصل عنه للحال
لكنه يحتمل ان يصير متصلا في الثاني بان يلتام فيشتد بنفسه ويعود الي حاله الاولي
واعادة جزء منفصل الي مكانه ليلتيم جايز كما اذا قطع شي من عضو فاعاده الي مكانه
واما سن غيره فلا يحتمل ذلك والثاني ان استعمال جزء منفصل عن غيره من بني ادم
اهانة بذلك الغير والادمي بجميع اجزايه مكرم فلا اهانة في استعمال الجزء نفسه في
الاعادة الي مكانه وجه قولهما ان السن من الادمي جزء منه فاذا انفصل استحق الدفن
ككله والاعادة صرف له عن جهة الاستحقاق فلا يجوز وهذا لا يوجب الفصل
بين سنه وسن غيره ومنها الفضة لان النص الوارد بتحريم الذهب علي الرجال
يكون واردا بتحريم الفضة دلالة فيكره استعمالها للرجل في جميع ما يكره استعمال الذهب
فيه الا التختم به اذا ضرب علي صيغة ما يلبسه الرجال ولا يزيد علي المثقال لما روينا
في حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه وكذا المنطقة وحلية السيف والسكين
لما مر وما لا يكره استعمال الذهب فيه لا يكره استعمال الفضة من طريق الاولي
لانها اخف حرمة من الذهب وقد ذكرنا جميع ذلك علي الاتفاق والاختلاف
فلا نعيده واما التختم بما سوي الذهب والفضة من الحديد والنحاس والصفر
فمكروه للرجال والنسا جميعا لانه زي اهل النار لما روينا من الحديث واما الاواني
المموهة بما الذهب والفضة الذي لا يخلص منه شي فلا باس بالانتفاع بها في الاكل والشرب
وغير ذلك بالاجماع وكذا لا باس بالانتفاع بالسرج والركاب والسلاح والسرير والسقف
المموه لان التمويه ليس بشي الا تري انه لا يخلص والله اعلم بالصواب

كتاب المفقود

الكلام في المفقود في اربعة مواضع • في تفسير المفقود • وفي بيان
حاله • وفي بيان ما يصنع بماله • وفي بيان حكم ماله • اما الاول فالمفقود اسم
لشخص غايب عن بلده ولا يعرف خبره انه حي ام ميت

فصل

واما حال المفقود فعبارة مشايخنا عن حاله انه حي في حق نفسه ميت في حق غيره والشخص الواحد لا يكون
حيا وميتا لما فيه من الاستحالة ولكن معني هذه العبارة انه يجري عليه الاحيا فيما
كان له فلا يرث ماله ولا تبين امراته كانه حي حقيقة وتجري عليه احكام الاموات
فيما لم يكن له فلا يرث احدا كانه ميت حقيقة لان الثابت باستصحاب الحال يصلح
لابقا ما كان علي ما كان ولا يصلح لاثبات ما لم يكن وملكه في امواله ونسايه امر قد
كان فاستصحبنا حال الحياة لابقايه واما ملكه في مال غيره فامر لم يكن فتقع الحاجة
الي الاثبات واستصحاب الحال لا يصلح حجة لاثبات ما لم يكن وتحقيق العبارة عن
حاله ان حاله غير معلومة يحتمل انه حي يحتمل انه ميت وهذا يمنع التوارث والبينونة
لانه ان كان حيا يرث اقاربه ولا يرثونه ولا تبين امراته وان كان ميتا لا يرث اقاربه
ويرثونه والارث من الجانبين امر لم يكن ثابتا بيقين ووقع الشك في ثبوته فلا يثبت
يثبت بالشك والاحتمال وكذلك الثبوت علي الاصل المعهود في الثابت بيقين لانه
لا يزول بالشك وغير الثابت بيقين لا يثبت بالشك واذا مات واحد من اقاربه
يوقف نصيبه الي ان يظهر حاله انه حي او ميت لاحتمال الحياة والموت للحال
حتي ان من هلك وترك ابنا مفقودا او ابنتين وابن ابن فطلبت الابنتان
الميراث فان القاضي يقضي لهما بالنصف ويوقف نصيب الاخر الي ان يظهر حاله لانه
ان كان حيا كان له النصف والنصف للابنتين ولا شي لابن الابن وان كان ميتا

كان للابنتين الثلثان والباقي لابن الابن فكان استحقاق النصف للابنتين ثابتا بيقين
فيدفع ذلك اليهما ويوقف النصف الاخر الي ان يظهر حاله وان لم يظهر حتي مضت المدة التي
يعرف فيها موته فيدفع الثلثان اليهما والباقي للابن والله اعلم وكذا اذا اوصي له بشي يوقف
وكذا اذا فقد المرتد ولا يدري انه لحق بدار الحرب ام لا يوقف ميراثه انه كالمسلم

فصل

واما بيان ما يصنع بماله فالذي يصنع بماله انواع منها ان القاضي يحفظ ماله
بقيم من ينصبه للحفظ لانه مال لا حافظ له لعجز صاحبه عن الحفظ فيحفظ عليه القاضي
نظرا له كما يحفظ مال الصبي والمجنون الذي لا ولي لهما ومنها انه يبيع من ماله ما يتسارع
اليه الفساد ويحفظ ثمنه لان ذلك حفظ له معني ولا ياخذ ماله الذي في يد مودعه
ومضاربه ويحفظه لان يدهما يد نيابة عنه في الحفظ فكان محفوظا بحفظه معني فلا
حاجة الي حفظ القاضي ومنها انه ينفق علي زوجته من ماله ان كان عالما بالزوجية لان الانفاق
علي زوجته احيا لها فكان من باب حفظ ملك الغايب عليه عند عجزه عن الحفظ بنفسه
فيملكه كما يملك حفظ ماله ومنها انه ينفق من ماله علي اولاده الصغار الذكور والاناث
وعلي اولاده الفقرا الزمني من الذكور والفقيرات الاناث سوا كن زمني او لا وعلي
اولاده المحتاجين ان كان عالما بالسبب لان نفقة الولاد انما تجب بحكم الجزوية وا
لبعضية احيا له واحيا نفسه واجب فكذا احيا جزوه وكله فكان الانفاق عليهم
من ماله احيا له معني وهو عاجز عن ذلك بنفسه فيقوم به القاضي وان لم يعلم
القاضي بالزوجية والنسب فاحضروا رجلا في يده وديعة للمفقود او مضاربة او
عليه دين له فاقر الرجل بذلك وبالزوجية والنسب عليهم من ذلك المال لان للمراة
ان تاخذ بنفسها من مال زوجها اذا ظفرت به قدر ما يكفيها قال عليه الصلاة
والسلام لهند امراة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك
بالمعروف فاذا اقر ان هذه امراته وان هذا ماله ثبت حق الاخذ وكذا في الولاد
ياخذ البعض كفايته من مال البعض عند الحاجة فاذا اقر بالسبب والمال فقد ثبت
لهم حق الاخذ وهذا قول اصحابنا الثلاثة وعند زفر ليس للقاضي ذلك لكونه قضا
علي الغايب لانا نقول هذا ليس من باب القضا علي الغايب بل هو من باب النظر للغايب
وللقاضي ولاية النظر للغايب علي ما ذكرنا في كتاب النفقات ولو اخذ القاضي منهم كفيلا
كان حسنا لجواز ان يحضر المفقود فيقيم البينة علي انه كان طلق امراته او كان اوفاهم
النفقة معجلة هذا اذا اقر الرجل بهما فاما اذا انكرهما او اقر باحدهما دون الاخر
فاقاموا البينة علي ذلك لا تسمع بينتهم لانه يكون قضا علي الغايب وليس من يكون
عنه وله خصم حاضر لان المودع والمضارب والغريم ليسوا خصما عن الغايب في اثبات
الزوجية وايجاب النفقة عليه وكذا الاولاد والولد والمراة ليس احدهما خصما للغايب
في اثبات ملك المال له وكل ذلك لا يجوز فان اعطوهم شيا فهو ضامن من مال انفسهم
لانهم متطوعون في ذلك ولا ينفق من ماله علي من سواهم من ذوي الارحام لان نفقتهم
ليست بعلة الجزوية والبعضية لعدمها بل بطريق الصلة والبر بهم والاحسان اليهم
الا تري انه ليس لهم ان يمدوا ايديهم فياخذوا من ماله عند حاجتهم اليه بخلاف الوالدين
والمولودين فكان الانفاق عليهم من ماله قضا والاصل ان كل حق ثبت الاخذ منه للمنفق
عليه من غير قضا القاضي للقاضي ان ينفق منه وما لا يثبت حق الاخذ منه الا بقضا
ليس للقاضي ان ينفق منه والله اعلم ثم القاضي انما ينفق من مال المفقود علي ما ذكرنا

اذا كان المال دراهم او دنانيرا او طعاما او ثيابا هي من جنس كسوتها فاما الذي كان من جنس
اخر من العروض والعقار فلا ينفق لانه لا يمكنه الانفاق الا بالبيع وليس للقاضي ان يبيع
العروض والعقار على الغايب بالاجماع لان البيع على الغايب في معنى الحجر عليه والحجر
على الحر البالغ لا يجوز لا يجوز عند ابي حنيفة وعندهما ان جاز على الحاضر لكن لا يجوز
على الغايب لان الجواز على الحاضر لدفع الظلم بالامتناع عن قضا الدين مع القدرة
على القضا ص بمين الغير ولم يتحقق الظلم منه حالة الغيبة لما لم يعرف منه الامتنا
من الانفاق فافترق الحالان وانما ملك بيع ما يتسارع اليه الفساد لان ذلك وان
كان بيعا صورة فهو حفظ وامساك له معنى والقاضي يملك حفظ مال المفقود واما
الاب فليس له ان يبيع العقار في نفقة الغايب بالاجماع واما المنقول فله ان يبيعه عند
ابي حنيفة من غير اذن القاضي وعندهما لا يبيع المنقول كما لا يبيع العقار والمسلة قد
مرت في كتاب النفقات **فصل** فاما حكم ماله فهو انه اذا مضت مضت من وقت
ولادته مدة لا يعيش اليها عادة يحكم بموته وتعتق امهات اولاده ومدبروه وتبين
امراته ويصير ماله ميراثا لورثته الاحيا وقت الحكم ولا شي لمن مات قبل ذلك ولم
يقدر تلك المدة في ظاهر الرواية تقديرا وروي الحسن عن ابي حنيفة انه قدرها بماية
وعشرين سنة من وقت ولادته وذكر محمد في الاصل واذا فقد الرجل بصفين او
بالجمل ثم اختصم ورثته في ماله في زمن ابي حنيفة قسمه بينهم وقيل كانت وفاة علي
رضي الله عنه في سنة اربعين ووفاة ابي حنيفة كانت في سنة ماية وخمسين وروي عن محمد
انه قدره بماية سنة فاذا مضت المدة المقدرة يحكم بموته ويثبت جميع الاحكام المتعلقة
بالموت وكذا اذا قامت البينة على موته والله اعلم

كتاب اللقيط

الكلام في
اللقيط في مواضع • في تفسير اللقيط لغة وعرفا • وفي بيان حاله • وفي بيان ما
يتعلق به من الاحكام • اما تفسيره في اللغة فهو فعيل من اللقط وهو الالتقا بمعنى
المفعول بمعنى الملقوط او الاخذ والرفع بمعنى المفعول وهو الماخوذ والمرفوع واما
في العرف فهو اسم للطفل المنبوذ وهو الملقى او الطفل الماخوذ والمرفوع عادة لما انه
يوخذ ويرفع عادة فكانت تسميته لقيطا باسم العاقبة لانه يلقط عادة اي يوخذ
ويرفع وتسمية الشي باسم عاقبته امر شايع في اللغة قال الله سبحانه وتعالى
اني اراني اعصر خمرا وقال تعالى انك ميت وانهم ميتون سمي العنب خمرا والحي الذي
يحتمل الموت ميتا باسم العاقبة كذا هذا **فصل** واما بيان حاله فله احوال ثلاث
لا بد من التعرف عنها حاله في الحرية والرق وحاله في الاسلام والكفر وحاله في النسب
اما حاله في الحرية والرق فهو انه حر من حيث الظاهر كذا روي عن عمر وعلي رضي الله
عنهما انهما حكما بكون اللقيط حرا ولان الاصل هو الحرية في بني ادم لان الناس كلهم
اولاد بني ادم وحوا عليهما السلام وهما كانا حرين والمتولد من الحرين يكون حرا
وانما حدث الرق في البعض شرعا بعارض الاستيلا بسبب عارض وهو الكفر الباعث
على الحراب فيجب العمل بالاصل حتى يقوم الدليل على العارض فيترتب عليه احكام الاحرار
من اهلية الشهادة والاعتاق والتدبير والكتابة واستحقاق الحد على قاذفه ونحو
ذلك من الاحكام المختصة بالاحرار الا انه لا يحد قاذف امه لان احصان المقذوف
شرط ولم يعرف احصانها لانعقاد القذف علة لوجوب القذف على القاذف ولو
ادعى الملتقط او غيره انه عبده لم يسمع منه الا ببينة لان حريته ثابتة من حيث

الظاهر

الظاهر فلا ينقض الا ببينة فلا يقدر على ابطال هذا الظاهر الا بدليل ولو بلغ فاقر انه عبد فلان نظر في ذلك ان كان
لم يجز عليه شي من احكام الاحرار بعد قبول شهادته وضرب قاذفه الحد ونحو ذلك صح اقراره
لانه لم تعرف حريته الا بظاهر الحال واذا اقر بالرق والانسان لا يقر على نفسه بالرق ظاهرا
كاذبا صح
صح اقراره الا انه لا يعتبر في ابطال ما يفعله من التصرفات كالهبة والكفالة والاعتاق وغيرها
من التصرفات التي لا يملكها العبد حتى لا تفسخ وهذا عندنا وعند الشافعي في احد قوليه
يفسخ لانه لما اقر بالرق فقد ظهر انه كان رقيقا وقت التصرف فلم يصح تصرفه كما اذا قامت
البينة على رقه ولنا ان هذا اقرار يتضمن ابطال حق الغير لان حريته ثابتة من حيث
الظاهر فلا يصدق في حق ذلك الغير لما عرف ان الاقرار يصرف على نفس المقر فاذا تضمن
ابطال حق الغير كان دعوى وشهادة على غيره من ذلك الوجه فيصدق على نفسه لا على
غيره كمن اقر بحرية عبد انسان ثم اشتراه عليه ولا يرجع بالثمن على البايع لما قلنا
كذا هذا والاستدلال بالبينة غير سديد لان الشاهد غير متهم في شهادته فاما المقر
في اقراره على غيره فمتهم فهو الفرق والله اعلم وان كان قد اجري عليه شي من ذلك لا
يصح اقراره لانه اذا اجري عليه شي من احكام الاحرار فقد ظهرت حريته عند
الناس كافة فظهر انه حر الاصل فلا يملك ابطالها بالاقرار بالرق واما حاله في
الاسلام والكفر فان وجده مسلم في مصر من امصار المسلمين او في قرية من قراهم
يكون مسلما حتى لو مات صلي عليه ويدفن في مقابر المسلمين وان وجده ذمي في بيعة
او كنيسة او قرية ليس فيها مسلم يكون ذميا حكمها للظاهر فاذا وجده مسلم في بيعة
او كنيسة او قرية من قرى اهل الذمة يكون ذميا ولو وجده ذمي في مصر من امصار
المسلمين او قرية من قراهم يكون مسلما كذا ذكر في كتاب اللقيط من الاصل واعتبر
المكان وروى ابن سماعة عن محمد انه اعتبر حالة الواحد من كونه مسلما او ذميا وفي
كتاب الدعوى اعتبر الاسلام الى ايهما نسب الى الواحد او الى المكان والصحيح رواية
هذا الكتاب لان الموجود في مكان هو في ايدي الا اهل الاسلام وتصرفهم في ايديهم
واللقيط الذي هو في يد المسلم وتصرفه يكون مسلما ظاهرا والموجود في المكان الذي
هو في ايدي اهل الذمة وتصرفهم في ايديهم واللقيط الذي هو في يد الذمي وتصرفه
يكون ذميا ظاهرا فكان اعتبار المكان اولى فان وجده مسلم في مصر من امصار المسلمين
فبلغ كافرا يجبر على الاسلام ولكن لا يقتل لانه لم يعرف اسلامه حقيقة وانما حكم
به تبعا للدار فلم تتحقق ردته فلا يقتل واما حاله في النسب فهي مجهول النسب
حتى لو ادعى الملتقط نسبه او غيره تصح دعوته ويثبت النسب منه على ما ذكرنا
في كتاب الدعوى واما الاحكام المتعلقة به فانواع منها ان التقاطه امر مندوب
اليه لما روي ان رجلا اتى عليا رضي الله عنه بلقيط فقال هو حر ولان اكون
وليت من امره مثل الذي وليت انت كان احب الي من كذا وكذا عد جملة من افعال
الخير فقد رغب في الالتقاط وبالغ في الترغيب فيه حيث فضله على جملة من اعمال
الخير فيدل على المبالغة في الندب اليه ولانه نفس لا حافظ لها بل هي مضيعة
فكان التقاطها احيا لها معنى وقد قال الله تعالى ومن احياها فكانما احيا
الناس جميعا ومنها ان الملتقط اولى بامساكه من غيره حتى لا يكون لغيره ان ياخذه
منه لانه الذي احياه بالتقاطه ومن احيا ارضا ميتة فهي له على لسان رسول الله
صلى الله عليه وسلم ولانه مباح الاخذ سبقت يد الملتقط اليه والمباح مباح من

سبق على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ومنها ان نفقته من بيت المال لان
ولاه له وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان ولو كان معه مال
مشدود عليه فهو له لان الظاهر انه ماله فيكون له كثيابه التي عليه وكذا اذا وجد
مشدودا على دابة فالدابة له لما قلنا وتكون نفقته من ماله لان الانفاق من بيت المال
للضرورة ولا ضرورة اذا كان له مال وليس على الملتقط ان ينفق عليه من مال نفسه لانعدام
سبب وجوب النفقة عليه ولو انفق عليه من مال نفسه فان فعل باذن القاضي له ان
يرجع عليه وان فعل بغير اذنه لا يرجع عليه لانه يكون متطوعا ومنها ان عقله لبيت
المال لان عاقلته بيت المال فيكون عقله له لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان
ومنها ان ولاه لبيت المال لما قلنا ومنها انه يوالي من شا اذا بلغ الا اذا عقل عنه بيت
المال فليس له ان يوالي احدا لان العقل يلزم بالعقل على ما نذكر في كتاب الديات ان شا الله
تعالى ومنها ان وليه السلطان وله الولاية في ماله ونفسه لقوله صلى الله عليه وسلم السلطان
ولي من لا ولي له وروي عنه صلى الله عليه وسلم انه قال الله ولي من لا ولي له والخال وارث
من لا وارث له والسلطان نايب الرسول صلى الله عليه وسلم فيزوج اللقيط ويتصرف في ماله
وليس للقيط ان يفعل شيا من ذلك لانه لا ولاية له عليه لانعدام سببها وهو القرابة
والسلطنة الا انه يجوز ان يقبض له الهبة ويسلمه في صناعة ويواجره لان ذلك ليس
من باب الولاية بل هو من باب اصلاح حاله وايصال المنفعة المحضة اليه من غير ضرر فاشبه
اطعامه وغسل ثيابه والله اعلم ومنها ان نسبه من المدعي يحتمل الثبوت شرعا لانه مجهول
النسب على ما مر في كتاب الدعوى حتى لو ادعى الملتقط او غيره انه ابنه تسمع دعواه
من غير بينة ويثبت نسبه منه والقياس ان لا يسمع الا ببينة وجه القياس ظاهر
لانه يدعي امرا جايز الوجود والعدم فلا بد لترجيح احد الجانبين على الاخر من مرجح
وذلك بالبينة ولم يوجد وجه الاستحسان انه عاقل اخبر بما هو محتمل الثبوت
وكل من اخبر عن امر والمخبر به محتمل الثبوت يجب تصديقه تحسينا للظن بالمخبر
هو الاصل الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وها هنا في التصديق واثبات النسب
نظر من الجانبين جانب اللقيط لشرف النسب والتربية والصيانة عن اسباب
الهلاك وغير ذلك وجانب المدعي بولد يستعين به على مصالحه الدينية والدنيوية
وتصديق المدعي في دعوى ما يدعيه ينتفع به ولا يتضرر به غيره بل ينتفع به لا يقف
على البينة وسوا كان المدعي مسلما او ذميا حرا او عبدا حتى لو ادعى نسبه ذميا
تصح دعوته حتى يثبت نسبه منه لكنه يكون مسلما لانه ادعى شيين يتصور انفصال
احدهما عن الاخر في الجملة وهو نسب الولد وكونه كافرا ويمكن تصديقه في احدهما
لكونه نفعا للقيط وهو كونه ابنا له ولا يمكن تصديقه في الاخر لكونه ضررا به وهو
كونه كافرا فيصدق فيما فيه منفعة ويثبت نسب الولد منه ولا يصدق فيما يضره فلا
يحكم بكفره وليس من ضرورة كون الولد منه لا يكون كافرا الا ترى انه يحكم باسلامه باسلام
امه وان كان الاب كافرا هذا اذا اقر الذمي انه ابنه ولا بينة له فان اقام البينة على ذلك
ثبت نسب الولد منه ويكون على دينه بخلاف الاقرار ووجه الفرق بين الاقرار وبين
الشهادة انه متهم في اقراره بما يتضمنه اقراره وهو كون الولد على دينه ولا تهمة في الشهادة
لما مر ولو ادعى عبد انه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه لكنه يكون حرا لما ذكرنا
في دعوى الذمي لانه ادعى شيين واحدهما نفع للقيط والاخر مضرة وهو الرق فيصدق

ورسوله صح

فيما

فيما ينفعه لا فيما يضره على ما ذكرنا في دعوة الذمي ولو ادعاه رجلان انه ابنهما ولا بينة لهما
فان كان احدهما مسلما والاخر ذميا فالمسلم اولى به لانه انفع للقيط وكذلك اذا كان احدهما
حرا والاخر عبدا فالحر اولى لانه انفع وان كانا حرين مسلمين فان وصف احدهما علامة
في جسده فالواصف اولى به عندنا وعند الشافعي يرجع الى القايف فيوخذ بقوله
والصحيح قولنا لان الدعوتين متى تعارضتا يجب العمل بالراجح منهما وقد يرجح احدهما
بالعلامة لانه اذا وصف العلامة ولم يصف الاخر دل ان يده عليه سابقة فلا بد
لزوالها من دليل والدليل على جواز العمل بالعلامة قوله تعالى خبرا عن اهل تلك المراة
ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من
دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما راى قميصه قد من دبر قال انه من كيدكن
ان كيدكن عظيم حكى الله تعالى عن الحكم بالعلامة عن الامم السالفة في كتابه ولم يغير عليهم
والحكيم اذا حكى عن منكر غيره فصار الحكم بالعلامة شريعة لنا مبتداة وكذا عند
اختلاف الزوجين في متاع البيت يميز ذلك بالعلامة كذا ها هنا وان لم يصف احدهما
العلامة يكونه ابنا لهما اذ ليس احدهما باولى من الاخر فان اقام احدهما البينة فهو
اولى به وان اقاما جميعا البينة يحكم بكونه ابنا لهما لانه ليس احدهما باولى من الاخر
وقد روي عن عمر رضي الله عنه في مثل هذا قال ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما
فان ادعاه اكثر من رجلين واقام البينة روي عن ابي حنيفة انه يسمع من خمسة
وقال ابو يوسف من اثنين ولا يسمع من اكثر من ذلك وقال محمد يسمع من ثلثة ولا يسمع
من اكثر من ذلك هذا اذا كان المدعي رجلا فان كان امراة فادعت انه ابنها ينظر
فان صدقها زوجها او شهدت لها القابلة او اقامت البينة صحت الدعوة والا فلا
لان ذلك فيه حمل نسب الغير على الغير وانه لا يجوز لما ذكرنا في كتاب الاقرار ولو ادعت
امراتان واقامت احداهما البينة فهي اولى به وان اقامتا جميعا فهو ابنهما عند ابي
حنيفة وعند ابي يوسف لا يكون على اخذ منهما وعن محمد رواية في رواية ابي حفص
يجعل ابنهما وفي رواية ابي يوسف لا يجعل ابن واحد منهما والله سبحانه وتعالى اعلم
بالصواب

كتاب اللقطة

الكلام في اللقطة في مواضع • في بيان
انواعها • وفي بيان احوالها • وفي بيان ما يصنع بها • اما الاول فنوعان نوع
من غير الحيوان وهو النوع الساقط على الارض لا يعرف من مالكه ونوع من الحيوان
وهو الضالة من الابل والبقر والغنم وغيرها من البهايم الا انه سمي لقطة من
اللقط وهو الاخذ والرفع لانه يلقط عادة اي يوخذ ويرفع على ما ذكرنا في كتاب
اللقيط

فصل

واما بيان احوالها فلها في الاصل حالان حال ما قبل الاخذ وحال
ما بعده اما قبل فلها احوال مختلفة قد يكون مندوب الاخذ وقد يكون مباح
الاخذ وقد يكون حرام الاخذ اما حالة الندب فهي ان يخاف عليها الضيعة لو تركها
فاخذها لصاحبها افضل من تركها لانه اذا خاف عليها الضيعة فياخذ لصاحبها
وهذا عندنا وقال الشافعي اذا خاف عليها الضيعة يجب اخذها وان لم يخف يستحب
اخذها وزعم ان الترك عند خوف الضيعة تضييعا لها والتضييع حرام فكان
الاخذ واجبا وهذا غير سديد لان الترك لا يكون تضييعا بل امتناع من حفظ غير
ملتزم لا يكون تضييعا كالامتناع عن قبول الوديعة واما حالة الحرمة فهي ان ياخذها
لنفسه لا لصاحبها لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا ياوي

انه صح

المال صح

الضالة الاضال والمراد بها ان يضمها الى نفسه لاجل نفسه لا لاجل صاحبها بالرد عليه لان
الرد الى نفسه لاجل صاحبها ليس بحرام ولانه اخذ مال الغير بغير اذن صاحبه لنفسه
فيكون بمعنى الغصب وكذلك لقطة البهيمة من الابل والبقر والغنم عندنا وقال الشافعي
لا يجوز التقاطها اصلا واحتج بما روي ان رجلا سال رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضالة
الابل فقال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وترعى الشجر دعها يلقاها ربها نهى عن
التعرض لها وامر بترك الاخذ فيدل على حرمة الاخذ ولنا ما روي ان رجلا وجد بعيرا
بالحرة فعرفه ثم ذكره لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فامره ان يعرفه فقال الرجل لعمر
ابن الخطاب رضي الله عنه قد شغلني عن صنعتي فقال عمر رضي الله عنه ارسله حيث
وجدته ولان الاخذ حال خوف الضيعة احياء لمال المسلم فيكون مستحبا وحال عدم
الخوف ضرب احتراز فيكون مباحا على ما ذكرنا واما الحديث فلا حجة له فيه لان المراد
منه ان يكون صاحبه قريبا منه الا ترى انه قال حتى يلقاها ربها وانما يقال اذا كان
قريبا او كان رجاء اللقاء ثابتا ونحن به نقول ولا كلام فيه والدليل عليه انه لما سال
عن ضالة الغنم فقال هي لك او لاخيك او للذيب دعاه الى الاخذ ونبه على المعنى
وهو خوف الضيعة وانه موجود في الابل فالنص الوارد فيها اولى ان يكون واردا في
الابل وساير البهايم دلالة الا انه صلى الله عليه وسلم فصل بينهما في الجواب
من حيث الصورة لهجوم الذيب على الغنم اذا لم يلقاها ربها عادة بعيدا كان او قريبا
ولا كذلك الابل لانها تذب عن نفسها عادة هذا الذي ذكرنا حال ما قبل الاخذ واما
حال ما بعده فلها بعد الاخذ حالان في حال هي امانة مضمونة اما حالة الامانة فهي ان
ياخذها لصاحبها لانه اخذها على سبيل الامانة فكان يده يد المالك كيد المودع واما
حالة الضمان فهي ان اخذها لنفسه لان الماخوذ لنفسه مغصوب وهذا بلا خلاف وانما
الخلاف في شي اخر وهي ان جهة الامانة انما تعرف من جهة الضمان بالتصديق او بالاشهاد
عند ابي حنيفة وعندهما بالتصديق او باليمين حتى لو هلكت فجا صاحبها وصدقه
في الاخذ لا يجب عليه الضمان بالاجماع وان لم يشهد لان جهة الامانة قد ثبتت بتصديقه
وان كذبه في ذلك فكذلك عند ابي يوسف ومحمد اشهد او لم يشهد ويكون القول
قول الملتقط مع يمينه واما عند ابي حنيفة فان اشهد فلا ضمان عليه لانه بالاشهاد
ظهر ان الاخذ كان لصاحبه فظهر ان يده يد امانة وان لم يشهد يجب عليه الضمان ولو
اقر الملتقط انه اخذها لنفسه يجب عليه الضمان لانه اقر بالغصب والمغصوب مضمون
على الغاصب وجه قولهما ان الظاهر ان اخذه لا لنفسه لان الشرع انما مكنه من الاخذ
بهذه الجهة فكان اقدامه على الاخذ دليلا على انه اخذ بالوجه المشروع فكان الظاهر
شاهدا له فكان القول قوله لكن مع الحلف لان القول قول اليمين الامين مع الامين
ولابي حنيفة رحمه الله وجهان احدهما ان اخذ مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب
الضمان في الاصل الا اذا كان الاخذ على سبيل الامانة بان اخذه لصاحبه فيخرج حينئذ من
ان يكون سببا وذلك انما يعرف بالاشهاد فاذا لم يشهد لم يعرف كون الاخذ لصاحبها
فبقي الاخذ سببا لوجوب الضمان على الاصل والثاني ان الاصل ان عمل الانسان يكون
له لا لغيره لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى وقوله لها ما كسبت وعليها
ما اكتسبت فكان اخذه اللقطة في الاصل لنفسه لصاحبها بالاشهاد فاذا لم
يوجد بقي الاخذ لنفسه فيجب عليه الضمان ولو اخذ اللقطة ثم ردها الى مكانها الذي

اخذها منه لا ضمان عليه في ظاهر الرواية وكذا محمد نص عليه محمد رحمه الله في الموطا وبعض
مشايخنا قالوا هذا الجواب فيما اذا رفعها ولم تبرح من ذلك المكان حتى وضعها في موضعها
فاما اذا ذهب عن ذلك المكان يضمن وجواب ظاهر الرواية مطلق عن هذا التفصيل مستغن
عن هذا التاويل وقال الشافعي يضمن ذهب عن ذلك المكان او لم يذهب وجه قوله انه
لما اخذها من مكانها فقد التزم بمنزلة قبول الوديعة فاذا ردها الى مكانها فقد ضيعها
بترك الحفظ الملتزم فاشبه الوديعة القاها المودع الى قارعة الطريق حتى ضاعت ولنا
انه اخذها محتسبا متبرعا ليحفظها على صاحبها فاذا ردها الى مكانها فقد فسخ التبرع
من الاصل فصار كانه لم ياخذها اصلا وبه تبين انه لم يلتزم الحفظ وانما تبرع به وقد
رد بالرد الى مكانها فارتد وجعل كان لم يكن هذا اذا كان اخذها لصاحبها ثم ردها
فضاعت وصدقه صاحبها فيه او كذبه لكن الملتقط قد كان اشهد على ذلك فان كان
لم يشهد عليه يجب عليه الضمان عند ابي حنيفة وعندهما لا يجب اشهد او لم يشهد
ويكون القول قوله مع يمينه انه اخذها لصاحبها على ما ذكرنا ولو اقر انه كان اخذها
لنفسه لا يبرا عن الضمان الا بالرد على المالك لانه ظهر انه اخذها غصبا فكان الواجب
عليه الرد الى المالك لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما اخذت حتى ترده فاذا عجز عن
رد العين يجب عليه رد بدلها كما في الغصب ثم تفسير الاشهاد على اللقطة ان يقول
الملتقط بمسمع من الناس اني التقطت لقطة او عندي لقطة فمن سمعتموه ينشدها فدلوه علي
او يقول عندي شي فمن سمعتموه يسال شيا او يريد شيا فدلوه علي واذا قال ذلك
ثم جاء صاحبها فقال الملتقط قد هلكت كان القول قوله ولا ضمان عليه بالاجماع
وان كانت عنده عشر لقطات لان اسم الشي واللفظ لهم كان منكرا ان كان يقع على شي
واحد ولقطة واحدة لغة لكن في مثل هذا الموضع يراد به كل الجنس في العرف
والعادة لا فرد من الجنس اذ المقصود من التعريف ايصال الحق الى المستحق ومطلق
الكلام ينصرف الى المتعارف المعتاد فكان هذا اشهادا على الكل بدلالة العرف والعادة
وكذلك اذا اخذ الضالة ثم ارسلها الى مكانها الذي اخذها منه فحكمها حكم اللقطة
لان هذا احد نوعي اللقطة وقد روينا في هذا عن عمر رضي الله عنه انه قال لواجد
البعير الضال ارسله حيث وجدته وهذا يدل على انتفا وجوب الضمان والله اعلم

فصل

واما بيان ما يصنع بها فنقول وبالله التوفيق اذا اخذ اللقطة انه
يعرفها لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال عرفها حولا حين سيل
عن اللقطة وروي ان رجلا جا الى ابن عمر رضي الله عنهما فقال اني وجدت لقطة
فما تامرني فيها فقال عرفها وروينا عن عمر رضي الله عنه انه امر بتعريف البعير
الضال ثم الكلام في التعريف في موضعين احدهما في مدة التعريف والثاني في
بيان مكان التعريف اما الاول فيختلف قدر المدة باختلاف قدر الملتقط ان
كان شيا قيمته عشرة دراهم فصاعدا يعرفه حولا وان كان شيا قيمته اقل من
عشرة دراهم يعرفه اياما على قدر ما يرى وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة
انه قال التعريف على خطر المال ان كان مائة ونحوها عرفها سنة وان كان عشرة ونحوها
عرفها شهرا وان كان ثلثة ونحوها عرفها جمعة او قال عشرة وان كان درهما ونحوه
عرفه ثلثة ايام وان كان دانقا ونحوه عرفه يوما وان كان تمرة او كسرة تصدق
بها وانما يكمل مدة التعريف اذا كان مما لا يتسارع اليه الفساد فان خاف الفساد

لم يكمل وتصدق بها واما مكان التعريف فالاسواق وابواب المساجد لانها مجمع الناس وممرهم فكان التعريف فيها اسرع الى تشهير الخبر ثم اذا عرفها فان جا صاحبها واقام البينة انها ملكه اخذها لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد عين ماله فهو احق به وان لم تقم البينة ولكنه ذكر العلامة بان وصف عفاصها ووكاها ووزنها وعددها يحل للملتقط ان يدفع اليه وان شا اخذ منه كفيلا لان الدفع بالعلامة مما ورد الشرع به في الجملة كما في الملتقط الا ان هناك يجبر على الدفع وهاهنا لا يجبر على الدفع بمجرد الدعوى بالاجماع فجاز ان لا يجبر على الدفع بالعلامة ولكن يحل له الدفع وله ان ياخذ كفيلا لجواز ان يجي اخر فيدعيها ويقيم البينة ثم اذا عرفها ولم يحضر صاحبها مدة التعريف فهو بالخيار ان شا امسكها الى ان يجي صاحبها وان شا تصدق بها على الفقرا ولو اراد ان ينتفع بها فان كان غنيا لا يجوز له ان ينتفع بها عندنا وعند الشافعي اذا عرفها حولا ولم يحضر صاحبها جاز له ان ينتفع بها وان كان غنيا وتكون قرضا عليه واحتج بما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لمن ساله عن اللقطة عرفها حولا فان جا صاحبها والا فشانك بها وهذا اطلاق الانتفاع للملتقط من غير السوال عن حاله انه غني او فقير دل ان الحكم لا يختلف ولنا روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيا فليعرفه سنة فان جا صاحبها فليرده عليه وان لم يات فليتصدق به والاستدلال به من وجهين احدهما انه نفى الحل مطلقا وحالة الفقر غير مرادة بالاجماع فتعين حالة الغنا والثاني انه امر بالتصدق ومصرف الصدقة الغني دون الفقير ولان الانتفاع بمال المسلم بغير اذنه لا يجوز الا لضرورة ولا ضرورة اذا كان غنيا واما الحديث فلا حجة له فيه لان قوله فشانك بها ارشاد الى الاشتغال بالحفظ لان ذلك كان شانه المعهود باللقطة الى هذه الغاية او نحمله على هذا توفيقا بين الحديثين صيانة لهما عن التناقض واذا تصدق بها على الفقرا فاذا جا صاحبها كان له الخيار ان شا امضى الصدقة وله ثوابها وان شا ضمن الملتقط والفقير ان وجده لان التصدق كان موقوفا على اجازته وايهما ضمن لم يرجع على صاحبه كما في غاصب الغاصب وان كان فقيرا فان شا تصدق بها على الفقرا وان شا انفقها على نفسه فاذا جا صاحبها خير بين الاجر وبين ان يضمنها له وكذلك اذا كان غنيا جاز له ان يتصدق بها على ابيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقرا وكل جواب عرفته في لقطة الحل فهو الجواب في لقطة الحرم يصنع بها ما يصنع بلقطة الحل من التعريف وغيره وهذا عندنا وعند الشافعي لقطة الحرم تعرف ابدا ولا يجوز له الانتفاع بها بحال واحتج بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في صفة مكة ولا تحل لقطتها الا لمنشد اي لمعرف فالمنشد المعرف والناشد الطالب وهو المالك ومعنى الحديث انه لا تحل اخذ لقطة الحرم الا للتعرف ولنا ما ذكرنا من الدلايل من غير فصل بين لقطة الحل والحرم ولا حجة له في الحديث لانا نقول بموجبه انه لا تحل التقاطها الا للتعريف وهذا كل لقطة الا انه خص لقطة الحرم بذلك لما لا يوجد صاحبها عادة فتبين ان ذا لا يسقط التعريف وكذلك حكم الضالة فيما وصفنا وينفرد بحكم اخر وهو النفقة فان انفق عليها بامر القاضي يكون دينا على مالكه حتى ينظر القاضي في ذلك فان كانت بهيمة تحتمل الانتفاع بها وخشي ان لو انفق عليها لاتى على قيمتها امره ببيعها وحفظ ثمنها وقام ثمنها مقامها في حكم الهلاك وان راي الاصلح ان لا يبيعها

بل ينفق عليها امره بان ينفق عليها لكن نفقة لا يزيد على قيمتها ويكون ذلك دينا على صاحبها حتى اذا حضر ياخذ منه النفقة وله ان يحبس اللقطة بالنفقة كما يحبس المبيع بالثمن وان ابى ان يودي النفقة باعها القاضي ودفع اليه قدر ما انفق والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

كتاب الاباق

الكلام في هذا الكتاب في مواضع • في تفسير الابق • وفي بيان حاله • وفي بيان ما يصنع به • وفي بيان حكم ماله اما الاول فالابق اسم لرقيق يهرب من مولاه •

فصل واما حاله فحال اللقطة قبل الاخذ وبعده وقد ذكرنا تفاصيله في كتاب اللقطة

فصل واما ما يصنع به فنقول وبالله التوفيق اذا اخذ الابق لصاحبه فان شا الاخذ امسكه لصاحبه حتى يجي فياخذه وان شا ذهب به الى صاحبه فرده عليه فان امسكه فجا انسان وادعى انه عبده فان اقام البينة دفعه اليه واخذ منه كفيلا ان شا لجواز ان يجي اخر فيدعيه ويقيم البينة فله ان يستوثق بكفيل ولو لم يكن له بينة ولكن اقر العبد بذلك دفعه اليه ايضا لانه ادعى شيا لا ينازعه فيه احد فيكون له ويا خذ منه كفيلا ان شا لما قلنا وما انفق عليه فان كان بامر القاضي يرجع به على صاحبه والا فلا لانه يكون متطوعا فان طالت المدة ولم يجي له طالب باعه القاضي واخذ ثمنه ثم جا انسان واقام البينة انه عبده دفع الثمن اليه وليس له ان ينقض البيع لان البيع من القاضي صدر عن ولاية شرعية لانه من باب الحفظ اذ لو لم يبع لاتت النفقة على جميع قيمته فيضيع المال فكان بيعه حفظا له من حيث المعنى والقاضي يملك حفظ مال الغايب ولهذا يبيع ما يتسارع اليه الفساد ولو زعم المدعي انه كان قد دبره او كاتبه لم يصدق في نقض البيع لما قلنا ولو كان الابق في حبس القاضي انفق عليه من بيت المال ثم اذا جا صاحبه اخذه من صاحبه او من ثمنه ان باعه لان الانفاق عليه احيا ماله فيكون عليه واذا جا بالابق له ان يمسكه بالجعل لانه اذا جا به فقد استحق الجعل على مالكه على ما نذكر فكان له حق حبسه بالجعل كما يحبس المبيع لاستيفا الثمن ولو هلك في حال الحبس لا ضمان عليه لكن يسقط الجعل كما لا ضمان على البايع بهلاك المبيع المحبوس لاستيفا الثمن لكن يسقط الثمن عن المشتري ولا يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الرقيق في قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يقبل في العبد ولا يقبل في الجارية وموضع المسلة كتاب ادب القاضي في بيان شرايط قبول كتاب القاضي الى القاضي والله اعلم

فصل واما حكم ماله فهو استحقاق الجعل عندنا استحسانا والكلام في الجعل في مواضع • في بيان اصل الاستحقاق وفي بيان سببه • وفي بيان شرطه • وفي بيان من يستحق عليه • وفي بيان قدر المستحق • اما اصل الاستحقاق فثابت عندنا استحسانا والقياس ان لا يثبت اصلا كما لا يثبت برد الضالة وقال الشافعي يثبت بالشرط ولا يثبت بدونه حتى لو شرط الاخذ الجعل على مالكه المالك وجب والا فلا وجه قول الشافعي انه رد مال الغير عليه محتسبا فلا يستحق الاجر كما لو رد الضالة الا اذا شرط فيجب بحكم الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم ولنا ما رواه محمد ابن الحسن في الكتاب عن عمرو بن الشيباني انه قال كنت قاعدا عند عبد الله بن مسعود فجا رجل فقال قدم فلان باباق من الفيوم فقال القوم لقد اصاب اجرا فقال عبد الله وجعلا من كل راس اربعين درهما ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا ولان جعل الابق شرط صيانته عن الضياع لانه لا يوصل اليه بالطلب عادة اذ ليس له

مقام معلوم يطلب هناك ولو لم ياخذه لصاحبه لضاع ولا يوخذ لصاحبه ويحمل مونة الاخذ
والرد عادة مجانا بلا عوض عادة فاذا علم ان له عليه جعلا تحمل مشقة الاخذ والرد طمعا في
الجعل فتحصل الصيانة عن الضياع فكان استحقاق الجعل طريق صيانة الابق عن الضياع
وصيانة المال عن الضياع واجب فكان المالك شارطا للاجر عند الاخذ والرد دلالة
بخلاف الضالة لان الدابة اذا ضلت فانها ترعى في المراعي المالوفة فيمكن الوصول اليها
بالطلب عادة فلا يضيع دون الاخذ فلا حاجة الى الصيانة بالجعل فان اخذه اخذ
كان في الاخذ والرد محتسبا فلا يستحق الاجر فهو الفرق **فصل** واما سبب استحقاق
الجعل فهو الاخذ لصاحبه لانه طريق الصيانة على المالك وهو معنى السبب والله اعلم

فصل واما شرايط الاستحقاق فانواع منها الرد على المالك لان الصيانة
تحصل عنده وهو معنى الشرط ان توجد العلة عند وجوده حتى لو اخذه فمات او ابق
من يده فالجعل للثاني ولا شي للاول لانه لما ابق من يده فقد انفسخ ذلك السبب او بقي
ذلك سببا محضا لانعدام شرطه وهو الرد على المالك وقد وجد السبب والشرط
من الثاني فكان الاول صاحب سبب محض والسبب المحض لا حكم والثاني صاحب علة
فيكون الجعل له ولو كان الراد واحد والابق اثنين فله جعل على كل واحد منهما نصفان
لاشتراكهما في مباشرة السبب والشرط ولو كان الراد واحدا والابق واحدا والمالك
اثنين فعليهما جعل واحد على قدر ملكهما ولو جا بالابق فوجد المالك قد مات فله الجعل
في تركته لوجود الرد على المالك من حيث المعنى بالرد على التركة ثم ان كان عليه دين
محيط بماله فهو احق بالعبد حتى يعطى الجعل لما قلنا وان لم يكن له مال سوى العبد
يقدم الجعل على ساير الديون فيباع العبد ويبدا بالجعل من ثمنه ثم يقسم الباقي
بين الغرما لانه كان احق من يحبسه من ساير الغرما لاستيفا الجعل فكان احق
بثمنه بقدر الجعل كالمرتهن والله اعلم هذا اذا جا به اجنبي فوجد المالك قد مات
فاما اذا جا به وارث الميت فوجد مورثه قد مات فله الجعل عند ابي حنيفة ومحمد
اذا كان المالك حيا وقت الاخذ وعند ابي يوسف لا جعل له وان كان حيا وقت الاخذ
اذا مات قبل الوصول اليه وجه قول ابي يوسف انه فات وقت الاستحقاق وهو
الرد على المالك لانه رد على نفسه وجه قولهما ان المجي به من مسيرة ايام مثلا في
حال حياة المالك قصد الرد رد على المالك فيستحق الاجر الجعل كما لو وجده حيا
ولهذا لو كان الراد اجنبيا استحق الجعل لما قلنا كذا هذا ولو جا به فاعتقه مولاه قبل
ان يرده عليه او باعه منه فله الجعل لما ذكرنا ان المجي به على قصد الرد على المالك رد عليه
والله اعلم ويجب الجعل برد الابق المرهون لوجود سبب الوجوب وشرطه وهو الرد على المالك
الا انه يجب على المرتهن لان منفعة الصيانة رجعت اليه الا ترى انه لو ضاع لسقط
دينه بقدر قيمته فاذا كانت المنفعة له كانت المضرة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم
الخراج بالضمان وسوا كان الراد بالغا او صبيا حرا او عبدا لان الصبي من اهل
استحقاق الاجر بالعمل وكذا العبد الا ان الجعل لمولاه لانه ليس من اهل ملك المال
والله اعلم ومنها ان لا يكون الراد في عيال المالك حتى لو كان في عياله لا جعل له وارثا
كان او اجنبيا لانه اذا كان في عياله كان الرد منه بمنزلة رد المالك ولانه اذا كان
في عياله كان في الرد عاملا لنفسه لان منفعة الرد تعود اليه ومن عمل لنفسه لا يستحق
الاجر على غيره والاصل ان الراد اذا كان في عيال المالك لا جعل له كاينا من كان

تقدم الجعل على سائر الديون ان لم يكن ماله سواه

وان لم يكن في عياله فله الجعل كاينا من كان الا الابن يرد ابق ابيه والزوج يرد ابق زو
لانه لا جعل لهما وان لم يكونا في عيالهما لان الابن ان لم يكن في عيال ابيه فالرد منه يجري
مجرى الخدمة لابيه والابن لا يستحق الاجرة بالخدمة لابيه لانها مستحقة عليه ولهذا لو
استاجر ابنه لا يستحق الاجر بخلاف الاب معما ان الاولاد في العادات يحفظون اموال
الابا لطمع الانتفاع بها بطريق الارث فكان راد عبد نفسه معنى او كان بالرد عاملا
لنفسه فلا يستحق الاجر وكذا الزوج اذا رد عبد زوجته فقد رد عبد نفسه معنى
لانه ينتفع بمالها عادة ولهذا لا تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فلا يستحق الجعل
واما الاب اذا رد عبد ابنه فان كان في عياله لا جعل له لان الاجنبي الذي في عياله
لا جعل له لان الاجنبي الذي في عياله لا جعل له فالقرابة اولى وان لم يكن في عياله فالجعل
فله الجعل لان الاب لا يستخدم طبعا وشرعا وعقلا ولهذا لو خدم بالاجارة وجب الاجر
فلا يمكن حمله على الخدمة فيحمل على طلب الاجر وكذا الابا لا يحفظون اموال الاولاد للا
نها بطريق الارث لان موتهم يتقدم موت الاولاد عادة فلا يتحقق معنى الرد والعمل
لنفسه لذلك افترق الامران وعلى هذا ساير ذوي الارحام من الاخ والعم والخال
وغيرهم ان الراد ان كان في عيال المالك لا جعل له لما قلنا وان كان لم يكن في عياله فله
الجعل وعلى هذا الوصي اذا رد عبد اليتيم لا جعل له لان اليتيم في عياله وحفظ ماله
مستحق عليه فلا يستحق الجعل على الرد وكذا عبد الوصي اذا رد عبد اليتيم والله اعلم
ان يكون المردود مرقوقا كالقن والمدبر وام الولد حتى لو كان مكاتبا لا جعل له لانه ليس
بمرقوق على الاطلاق بل هو فيما يرجع الى مكاسبه حر ولهذا لم يتناوله مطلق اسم المملوك
في قول الرجل كل مملوك لي حر الا بالنية بخلاف المدبر وام الولد ولان استحقاق الجعل
بالصيانة عن الضياع ولا حاجة الى الصيانة في المكاتب لانه لا يهرب عادة ولان العقد
في جانبه غير لازم فلو لم يقدر على بدل الكتابة لعجز نفسه ذلك على الهرب بالابا عن الكسب
بخلاف المدبر وام الولد لانهما يستخدمان عادة فلعلهما يكلفان ما لا يطيقان فيحملهما
ذلك على الهرب فتقع الحاجة الى الصيانة بالجعل كما في القن الا ان الفرق بينهما وبين القن
انه اذا جا بالقن وقد مات المولى قبل الوصول اليه فله الجعل واذا جا بالمدبر وام الولد
وقد مات مولاهما قبل الوصول اليه لا جعل له ووجه الفرق ظاهر لانهما يعتقان بموت
السيد فلم يوجد رد المرقوق اصلا فلا يستحق الجعل بخلاف القن والله اعلم

فصل واما بيان من يستحق عليه فالمستحق عليه هو المالك اذا ابق من يده لان الجعل مونة
الرد ومنفعة الرد عايدة الى المالك فكانت المونة عليه ليكون الضمان بالخراج ولو
ابق عبد الرهن من يد المرتهن فالجعل عليه لان منفعة الرد تعود اليه باعادة الحبس
الذي هو وسيلة الى استيفا الدين فان كان في قيمة العبد الرهن فضل على الدين
فقدر الدين على المرتهن والزيادة على الراهن

فصل واما بيان قدر المستحق
فينظر ان رده من مسيرة ثلثة ايام فصاعدا فله اربعون درهما لما روينا من حديث
عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وان رده بما دون ذلك فبحساب ذلك وان
رده من اقصى المصر رضخ له على قدر عنايه وتعبه لان الواجب بمقابلة العمل فيزداد
بزيادته وينقص بنقصانه هذا اذا كانت قيمة العبد اكثر من الجعل فان كانت مثل
الجعل او انقص منه ينقص من قيمته درهم عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
له الجعل تاما وان كانت قيمة العبد درهما واحدا واحتج بما روينا من حديث عبد الله

الزوج اذا رد عبد زوجته لا جعل له

نتفاع

لم يشمل اطلاق اسم المملوك على المكاتب

ابن مسعود رضي الله عنه من كل راس اربعين درهما اعتبر الراس دون القيمة وجه
قولهما ان الواجب معلول بمعني صيانة المال عن الضياع علي ما ذكرنا ولا فايدة لهذه
الصيانة لو اعتبرنا الراس دون القيمة لانه ان كان يصان من وجه يضيع من وجه
اخر فلا فرق بين الضياع بترك الاخذ والامساك وبين الضياع بالجعل فلا بد
من ان ينقص من قيمته درهم ليكون الصون بالاخذ مفيدا والحديث محمول علي ما
اذا كانت قيمة كل راس اكثر من اربعين درهما توفيقا بين الدليلين بقدر الامكان
والله اعلم بالصواب **كتاب السباق** الكلام في هذا الكتاب في موضعين • في
تفسير السباق • وفي بيان جواز شرايط السباق • اما الاول فالسباق فعال من
السبق وهو ان يسابق الرجل صاحبه في الخيل او الابل ونحو ذلك فيقول ان سبقتك
فكذا او ان سبقتني فكذا ويسمي ايضا رهانا فعالا من الرهن **فصل** واما شرايط
جوازه فانواع منها ان يكون في الانواع الاربعة الحافر والخف والنعل والقدم
ولا يجوز في غيرها لما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لا سبق الا
في خف او حافر او نعال الا انه زيد عليه السبق في القدم بحديث عايشة
رضي الله عنها فبقي السبق علي ما فيما وراها علي اصل النفي ولانه لعب واللعب حرام في
الاصل الا ان اللعب بهذه الاشيا صار مستثنا من التحريم شرعا بقوله صلي الله عليه
وسلم كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل امراته وفرسه وقوسه حرم كل لعب واستثنا الملاعبة
بهذه الاشيا المخصوصة فبقيت الملاعبة بما وراها علي اصل التحريم اذ الاستثنا
تكلم بالباقي بعد الثنيا وكذا المسابقة في الخف صارت مستثناة بما روينا من
الحديث وبما روي عن سعيد بن المسيب انه قال القصوا ناقة رسول الله صلي
الله عليه وسلم كانت تسبق كلما دفعت في سباق فدفعت يوما في ابل فسبقت فكانت
علي المسلمين كابة لما سبقت فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم ان الناس اذا دفعوا
او ارادوا دفع شي وضعه الله وكذا السبق بالقدم لما روي عن عايشة رضي الله عنها
انها قالت سابقت النبي صلي الله عليه وسلم فسبقته فلما حملت اللحم سابقته فسبقني
فقال هذه بتلك فصارت هذه الانواع مستثناة من التحريم فبقي ما وراها علي اصل
الحرمة ولان استثنا هذه الانواع يحتمل ان تكون بمعني لا يوجد في غيرها وهو الرياضة
والاستعداد لاسباب الجهاد في الجملة فكان لعبا صورة ورياضة وتعلم اسباب
الجهاد معني فيكون جايزا اذا اجمع شرايط الجواز ولين كان لعبا ولكن اللعب اذا تعلق
عاقبة حميدة لا يكون حراما ولهذا استثني ملاعبة الاهل لتعلق عاقبة حميدة بها وهي
انبعاث الشهوة الداعية الي الوطي الذي هو سبب التوالد والتناسل والسكن وغير ذلك
من العواقب الحميدة وهذا المعني لا يوجد في غير هذه الاشيا فلم يكن في معني المستثنا
فبقي بحب المستثنا منه ومنها ان يكون الخطر فيه من احد الجانبين الا اذا ادخلا فيه محللا
حتي لو كان الخطر من الجانبين جميعا ولم يدخلا فيه محللا لا يجوز لانه في معني القمار نحو
ان يقول احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك علي كذا وان سبقتك فلي عليك كذا فقبل
الاخر ولو قال احدهما لصاحبه ان سبقتني فلك علي كذا وان سبقت فلا شي عليك
فهذا جايز لان الخطر اذا كان من احد الجانبين لا يحتمل القمار فيحمل علي التحريض علي اسباب
الجهاد وفي الجملة بمال نفسه ذلك امر مشروع كالتنفيل من الامام وبل اولي لان هذا
يتصرف في ماله بالبذل والامام فيما لغيره فيه حق في الجملة وهو الغنيمة فلما جاز ذلك

فهنا اولي بالجواز وكذا اذا كان الخطر من الجانبين ولكن ادخلا فيه محللا بان كانوا ثلاثة لكن
الخطر من الاثنين ولا خطر من الثالث بل ان سبق اخذ الخطر وان لم يسبق لا يغرم شيا فهذا
مما لا باس به وكذا ما يفعله السلاطين وهو ان يقول السلطان لرجلين من يسبق منكما
فله كذا لما بينا ان ذلك من باب التحريض علي استعداد اسباب الجهاد خصوصا من السلطان
فكان ملحقا باسباب الجهاد ثم الامام اذا احرض واحدا من الغزاة علي الجهاد بان قال من
دخل هذا الحصن اولا فله من النفل كذا ونحو ذلك جاز كذا هذا وبل اولي لما بينا ومنها
ان تكون المسابقة فيما يحتمل ان يسبق ويسبق من الاربعة حتي لو كانت فيما يعلم
انه يسبق غالبا لا يجوز لان معني التحريض لا يتحقق في هذه الصورة فيبقي الرهان التزام
المال بشرط لا منفعة فيه فيكون عبثا ولعبا والله اعلم **كتاب الوديعة**
الكلام في هذا الكتاب في مواضع • في بيان ركن العقد • وفي بيان شرايط الركن • وفي
بيان حكم العقد • وفي بيان حال المعقود عليه • وفي بيان ما يوجب تغير حاله
اما ركنه فهو الايجاب والقبول وهو ان يقول لغيره اودعتك هذا الشي او احفظ
هذا الشي لي او خذ هذا الشي وديعة عندك وما يجري مجراه ويقبله الاخر فاذا وجد
ذلك فقد تم عقد الوديعة **فصل** واما شرايط الركن فانواع منها عقل المودع
فلا يصح الايداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل شرط اهلية التصرفات
الشرعية واما بلوغه فليس بشرط عندنا حتي يصح الايداع من الصبي الماذون لان ذلك
مما يحتاج اليه التاجر فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي الماذون كما يملك التجارة وعند
الشافعي لا يملك التجارة فلا يملك توابعها وقد ذكرنا المسلة في كتاب الماذون وكذا حريته
ليست بشرط فيملك العبد الماذون الايداع لما قلنا في الصبي الماذون ومنها عقل المودع
فلا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان حكم هذا العقد لزوم الحفظ
ومن لا عقل له لا يكون من اهل الحفظ واما بلوغه فليس بشرط حتي يصح قبول الوديعة من
الصبي الماذون لانه من اهل الحفظ الا تري انه اذن له المولي ولو لم يكن من اهل الحفظ
لكان سفها واما المجنون الصبي المحجور فلا يصح قبول الوديعة منه لانه لا يحفظ المال
عادة الا تري انه منع من ماله ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت الوديعة عبدا او
امة يضمن بالاجماع وان كانت سوي العبد والامة فان قبلها باذن المولي فكذلك وان
قبلها بغير اذنه لا ضمان عليه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يضمن وجه
قول ابي يوسف ان ايداعه لو صح فاستهلك الوديعة لو وجب الضمان ولو لم يصح
جعل كانه لم يكن وصار الحال قبل العقد كالحال بعده ولو استهلكها قبل العقد لوجب
عليه الضمان كذا بعده والجامع ان الصبي مواخذ بافعاله ان لم يواخذ باقواله ولهذا
وجب عليه الضمان اذا كانت الوديعة عبدا او امة وجه قولهما ان الايداع عند
الصبي المحجور اهلاك المال معني فكان الصبي هلاك مال فاتم صورة لا معني
فيكون مضمونا عليه ودلالة ما قلنا انه لما وضع المال في يده فقد وضع المال في يد
من لا يحفظه عادة ولا يلزمه الحفظ شرعا ولا شك انه لا يجب عليه حفظ الوديعة
شرعا لان الصبي ليس من اهل وجوب الشرايع عليه والدليل علي انه لا يحفظ
الوديعة غالبا لانه منع عنه ماله ولو كان يحفظ المال عادة لدفع اليه لقوله
تعالي فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وبهذا فارق الماذون لانه يحفظ
المال عادة الا تري انه دفع اليه ماله ولو لم يوجد الحفظ منه عادة لكان الدفع

الدفع سفها بخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا او امة لان هناك لا يجب عليه ضمان المال ايضا وانما يجب عليه ضمان الدم لان الضمان الواجب بمقابلة العبد ضمان الدم لا ضمان المال والعبد من حيث هو ادمي قايم من كل وجه قبل الايداع وبعده فهو الفرق وكذا حرية المودع ليست بشرط لصحة العقد حتي يصح القبول من العبد الماذون ويترتب عليه احكام العقد لانه يحتاج الي الايداع والاستيداع علي ما ذكرنا في كتاب الماذون واما العبد المحجور فلا يصح القبول منه لانه لا يحفظ المال عادة ولو قبل الوديعة فاستهلكها فان كانت عبدا او امة يومر المولي بالدفع او الفدا وان كانت سواهما فان قبلها باذن المولي لا يواخذ به في الحال عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يواخذ به في الحال والكلام في الطريقين علي حسب ما ذكرنا في الصبي المحجور والله اعلم

فصل

واما بيان حكم العقد فحكمه لزوم الحفظ للمالك لان الايداع من جانب المالك استحفاظ ومن جانب المودع التزام الحفظ وهو من اهل الالتزام فيلزمه لقوله صلي الله عليه وسلم المسلمون عند شروطهم والكلام في الحفظ يقع في موضعين احدهما فيما به يحفظ والثاني فيما فيه يحفظ اما الاول فالاستحفاظ لا يخلو اما ان يكون مطلقا او مقيدا فان كان مطلقا فللمودع ان يحفظ بيد نفسه وبيد من في عياله وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته كاين من كان قريبا او اجنبيا من ولده وامرأته وخادمه واجيره لا الذي استاجره بالدراهم والدنانير وبيد من ليس في عياله ممن يحفظ ماله عادة كشريكه المفاوض والعنان وعبده الماذون وعبده المعزول عن بيته هذا عندنا وقال الشافعي ليس له ان يحفظ الا بيد نفسه الا ان يستعين بغيره من غير ان يغيب عن عينه حتي لو فعل يدخل في ضمانه وجه قوله ان العقد تناوله دون غيره فلا يملك ايداع غيره كما لا يملك ايداع ساير الاجانب ولنا ان الملتزم بالعقد هو الحفظ والانسان لا يلتزم حفظ مال غيره عادة الا بما يحفظ بما مال غيره نفسه وانه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيد هولاء اخري فله ان يحفظ الوديعة بايديهم ايضا فكان الحفظ بايديهم داخلا تحت العقد دلالة وكذا له ان يرد الوديعة علي ايديهم حتي لو هلكت قبل الوصول الي المالك لا ضمان عليه لان يدهم يد المودع معني فما دام المال في ايديهم كان محفوظا بحفظه وليس له ان يدفع الوديعة الي غيرهم الا لعذر حتي لو دفع يدخل في ضمانه لان المالك ما رضي به الا تري انه لا يرضي بحفظ مال نفسه بيده فاذا صار مخالفا فقد دخل الوديعة في ضمانه لان المالك ما رضي الا اذا كان عن عذر بان وقع في داره حريق او كان في السفينة فخاف الغرق فدفعها الي غيره لان الدفع في هذه الحالة تعين طريقا للحفظ فكان الدفع باذن المالك دلالة فلا يضمن ولو اراد سفرا ليس له ان يودع لان السفر ليس بعذر ولو اودعها عند من ليس له ان يودعه فضاعت في يد الثاني فالضمان علي الاول لا علي الثاني عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد المالك بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع بالضمان علي الثاني وان ضمن الثاني يرجع به علي الاول وجه قولهما انه وجد من كل واحد منهما سبب وجوب الضمان اما الاول فلانه دفع مال الغير الي غيره بغير اذنه واما الثاني فلانه قبض مال الغير بغير اذنه وكل واحد منهما سبب وجوب الضمان فيخير المالك ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني كمودع الغاصب مع الغاصب غير انه ان ضمن الاول لا يرجع بالضمان علي الثاني لانه ملك الوديعة باداء الضمان فتبين

انه اودع نفسه اياه فهذا مودعه هلكت الوديعة في يده فلا شي عليه وان ضمن الثاني يرجع بالضمان علي الاول لان الاول غره بالايداع فيلزمه ضمان الغرور فيلزمه كانه كفل عنه بما يلزمه من العهدة في هذا العقد اذ ضمان الغرور ضمان الكفالة علي ما عرف وجه قول ابي حنيفة ان يد المودع الثاني ليست بيد مانعة بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن اسباب الهلاك فلا يصلح ان يكون سببا لوجوب الضمان لانه من باب الاحسان الي المالك وقد قال تعالي ما علي المحسنين من سبيل وكان ينبغي ان لا يجب الضمان علي الاول ايضا لان الايداع منه مباشرة سبب الصيانة والحفظ فكان محسنا فيه الا انه صار مخصوصا عن النص فبقي المودع الثاني علي ظاهره ولو اودع غيره وادعي انه فعل عن عذر لا يصدق في ذلك الا ان يبينه عند ابي يوسف وهو قياس قول ابي حنيفة كذا ذكر القدوري لان الدفع الي غيره سبب وجوب الضمان في الاصل فدعوي الضرورة دعوي امر عارض يريد به دفع الضمان عن نفسه فلا يصدق الا بحجة هذا اذا هلكت الوديعة في يد المودع الثاني فاما اذا استهلكها فالمالك بالخيار ان شا ضمن الاول وان شا ضمن الثاني بالاجماع غير انه ان ضمن الاول يرجع بالضمان علي الثاني وان ضمن الثاني لا يرجع بالضمان علي الاول لان سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك لوقوعه اعجازا للمالك عن الانتفاع بماله علي طريق القهر ولم يوجد من الاول الا الدفع الي الثاني علي طريق الاستحفاظ دون الاعجاز الا انه الحق ذلك بالاعجاز شرعا في حق اختيار التضمين صونا لانه باشر سبب الاعجاز فكان الضمان في الحقيقة علي الثاني لان اقرار الضمان عليه لذلك يرجع الاول علي الثاني ولم يرجع الثاني علي الاول لان قرار الضمان عليه لذلك يرجع الاول علي الثاني ولم يرجع الثاني علي الاول بخلاف مودع الغاصب اذا هلك المغصوب في يده ان المالك يتخير ان شا ضمن الغاصب وان شا ضمن المودع فان ضمن الغاصب لا يرجع بالضمان علي المودع وان ضمن المودع يرجع به علي الغاصب وقد مر الفرق وعلي هذا اذا اودع رجل من رجلين مالا فان كان محتملا للقسمة اقتسماه وحفظ كل واحد منهما نصفه لانه لما اودعه رجلين فقد استحفظهما جميعا فلا بد وان تكون الوديعة في حفظهما جميعا ولا يكون كذلك الا بالقسمة ليكون النصف في يد هذا والنصف في يد ذاك والمحل محتمل للقسمة فيقتسمانه نصفين ولو سلم احدهما الي صاحبه فضاعت ضمن المسلم نصف الوديعة عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يضمن ولا يضمن القابض شيا بالاجماع وان كانت الوديعة مما لا يحتمل القسمة فلكل واحد منهما ان يسلم الكل الي صاحبه فاذا فعل فضاع فلا ضمان عليه بالاجماع وجه قولهما ان المالك لما استحفظهما فقد رضي بيد كل واحد منهما علي كل الوديعة كما اذا لم تكن الوديعة محتملة للقسمة وجه قول ابي حنيفة ان المال استحفظ كل واحد منهما في نصف الوديعة لا في كلها فكان راضيا بثبوت كل واحد منهما علي البعض دون الكل وهذا لما ذكرنا انه استحفظهما جميعا فلا بد وان يكون المال في حفظهما جميعا ولا يمكن ان يكون كله في يد كل واحد منهما للاستحالة فيقسم ليكون النصف في يد احدهما والنصف في يد الاخر واذا كان المحل محتملا للقسمة لم يكن راضيا بكون الكل في يد احدهما فاذا فعل فقد خالف فدخل في ضمانه فاذا ضاع ضمن بخلاف ما اذا لم يكن محتملا للقسمة لانه اذا لم يحتمل القسمة تعذر ان يكون كله في حفظ كل واحد منهما علي التوزيع في زمان واحد فكان راضيا بكونه في يد كل واحد منهما في زمانين

بنفسه صح

المحل

انه اودع

على النهاني فلم يصر مخالفا بالدفع فهو الفرق وعلى هذا الخلاف الذي ذكرنا المرتهنان والوكيلان بالشرا
اذا كان المرهون والمشترا مما يحتمل القسمة فسلمه احدهما الى صاحبه والله اعلم واما الثاني فالكلام
وهو الكلام فيما يحفظ فيه الوديعة فان كان العقد مطلقا فله ان يحفظها فيما يحفظ فيه مال نفسه
من داره وحانوته وكيسه وصندوقه لانه ما التزم حفظها الا فيما يحفظ فيه مال نفسه وليس
ان يحفظ في حرز غيره لان حرز غيره في يد ذلك الغير ولا يملك الحفظ بيده فلا يملكه بما في يده ايضا
الا اذا استاجر حرزا لنفسه فله ان يحفظ فيه لان الحرز في يده فما في الحرز يكون في يده ايضا
فكان حافظا بيد نفسه فكان يملك ذلك وله ان يحفظ في الحضر والسفر بان يسافر بها عند ابي حنيفة
رحمه الله سوا كان للوديعة حمل ومونة او لم يكن وعند ابي يوسف ان كان لها حمل ومونة لا
يملك المسافرة بها وان لم يكن يملك وعند الشافعي لا يملك كيف ما كان اما الكلام مع الشافعي
فوجه قوله ان المسافرة بالوديعة تضييع لها لان المفازة مضيعة قال النبي صلى الله عليه
وسلم المسافر وما له على قلت الا ما وقى الله تعالى فكان التحول اليها تضييعا فلا يملكه المودع
ولنا ان الامر بالحفظ صدر مطلقا عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين الا بدليل وقوله المفازة
مضيعة قلنا اذا كان الطريق مخوفا فاما اذا كان امنا فلا والكلام فيما اذا كانت الطريق امنة
والحديث محمول على ابتدا الاسلام حين كانت الغلبة للكفار والطريق مخوفة ونحن به نقول
واما الكلام مع اصحابنا فوجه قولهما ان المسافرة بما له حمل ومونة ضرر بالمالك لجواز ان يموت
المودع في السفر فيحتاج الى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك الا بحمل ومونة عظيمة فيتضرر
به ولا كذلك اذا لم يكن لها حمل ومونة ولابي حنيفة رحمه الله على نحو ما ذكرنا مع الشافعي ان
الامر بالحفظ لا يتعرض لمكان دون مكان ولا يجوز تقييد المطلق من غير دليل فيه ضرر قلنا
هذا النوع من الضرر ليس بغالب فلا يجب دفعه على انه ان كان فهو الذي اضر بنفسه حيث
اطلق الامر ومن لم ينظر لنفسه لا ينظر له هذا اذا كان العقد مطلقا عن شرط في الفصلين
جميعا واما اذا شرط فيه شرطا نظر في ذلك ان كان شرطا يمكن اعتباره ويفيد اعتبر والا
فلا بيان ذلك اذا امره بالحفظ وشرط عليه ان يمسكها بيده ليلا ونهارا ولا يضعها فالشرط
باطل حتى لو وضعها في بيته او فيما يحرز فيه ماله عادة فضاعت لا ضمان عليه لان امساك
الوديعة بيده دايما بحيث لا يضعها اصلا غير مقدور عادة فكان شرطا لا يمكن مراعاته
فيلغوا وله امره بالحفظ ونهاه ان يدفعها الى امراته او الى عبده او ولده الذي هو في عياله
او الاجنبي الذي هو في عيال له او من يحفظ مال نفسه بيده عادة ينظر في ذلك ان كان لا يجد
بدا من الدفع اليه له ان يدفع لانه اذا لم يجد بدا من الدفع اليه كان النهي عن الدفع اليه
نهيا عن الحفظ فكان سفها فلا يصح نهيه وان كان يجد بدا من الدفع اليه ليس له ان يدفع ولو
دفع يدخل في ضمانه لانه اذا كان له بد في الدفع اليه امكن اعتبار الشرط وهو مفيد لان
الايدي في الحفظ متفاوتة والاصل في الشروط اعتبارها ما امكن ولو قال لا يخرج بها من
الكوفة فخرج بها تدخل في ضمانه لانه شرط يمكن اعتباره وهو مفيد لان الحفظ في المصر
اكمل من الحفظ في السفر اذ السفر موضع الخطر الا اذا خاف التلف عليها فاضطر الى الخروج بها
فخرج لا تدخل في ضمانه لان الخروج بها في هذه الحالة طريق متعين للحفظ كما اذا وقع في داره
حريق او كان في سفينة فخاف الغرق فدفعها الى غيره ولو قال له احفظ الوديعة في دارك
هذه فحفظها في دار له اخرى فان كانت الداران في الحرز سوا او كانت الثانية احرز لا
تدخل في ضمانه لان التقييد غير مفيد وان كانت الاولى احرز من الثانية تدخل في ضمانه
لان التقييد عند تفاوت الحرز مفيد وكذلك لو امره ان يضعها في داره في هذه القرية

ومحمد رحمهما الله تعالى

ونهاه عن ان يضعها في داره في قرية اخرى فهو على هذا التفصيل ولو قال له اخباها في هذا البيت
واشار الى هذا بيت معين من داره فخباها في بيت اخر في تلك الدار لا تدخل في ضمانه لان البيتين
من دار واحدة لا يختلفان في الحرز عادة بخلاف الدارين فلا يكون التعيين مفيدا حتى لو تفاوتا
بان كان الاول احرز من الثاني تدخل في ضمانه والاصل المحفوظ في هذا الباب ما ذكرنا ان كل
شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر وهذا
عندنا وعند الشافعي تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها حتى ان المامور بالحفظ في بيت معين
لا يملك الحفظ في بيت اخر من دار واحدة وجه قوله ان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه
الذي اوقعه فلا يترك هذا الاصل الا لضرورة ولم يوجد وصار كالدارين والجواب نعم اذا
تعلقت به عاقبة حميدة فاما اذا اخرج مخرج السفه والعبث فلا والتعيين عند انعدام
التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما اذا قال احفظه بيمينك ولا تحفظ بشمالك او احفظ
هذه الزاوية من البيت ولا تحفظ هذه الزاوية الاخرى لا يصح التعيين لانعدام الفايدة
حتى لو تفاوتا في الحرز يصح بخلاف الدارين لان الاصل في الدارين اختلاف الحرز فكان
التعيين مفيدا حتى لو لم يختلف فالجواب فيهما كالجواب في البيتين والله اعلم

فصل

واما بيان حال الوديعة فحالها انها في يد المودع امانة لان المودع موتمن فكانت الوديعة امانة
في يده ويتعلق بكونها امانة احكام منها وجوب الادا عند طلب المالك لقوله تعالى ان الله
يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها حتى لو حبسها بعد الطلب فضاعت ضمن وهذا اذا كانت
لرجل واحد فاما اذا كانت لرجلين مشاعا احدهما طلب حصته لا يجبر على الادا بان اودع رجلان
رجلا وديعة دراهم او دنانير او ثيابا وغابا ثم جا احدهما وطلب بعضها وابى المستودع
ذلك لم يامره القاضي بدفع شي اليه ما لم يحضر الغايب عند ابي حنيفة رحمه الله وقال
ابو يوسف اقسم ذلك وادفع اليه حصته وهو قول محمد ولا يكون ذلك قسمة جايزة على
الغايب بلا خلاف حتى لو هلك الباقي في يد المودع ثم جا الغايب له ان يشارك صاحبه في المقبوض
عندهم جميعا ولو هلك المقبوض في يد القابض ثم جا الغايب فليس للغايب ان يشارك

للقابض فحو

الغايب في الباقي وجه قولهما ان الاخذ ياخذ حصته متصرف في ملك نفسه فكان له ذلك
من غير حضرة الغايب كما اذا كان لرجلين دين مشترك على رجل فجا احدهما وطلب حصته من الدين
فانه يدفع اليه حصته لما قلنا وجه قول ابي حنيفة رحمه الله ان المودع لو دفع شيا الى
الشريك الحاضر لا يخلو اما ان يدفع اليه من النصيبين جميعا واما ان يدفع اليه من نصيبه
لا سبيل الى الاول لان دفع نصيب الغايب اليه ممتنع شرعا ولا سبيل الى الثاني لان نصيبه
شايع في كل الالف لكون الالف مشتركة بينهما لا يتميز الا بالقسمة والقسمة على الغايب غير
جايزة وقد سلما ذلك حتى قالا اذا جا الغايب وقد هلك الباقي له ان يشارك القابض في
المقبوض ولو نفذت القسمة لما شاركه فيه لتميز حقه عن حق صاحبه بالقسمة والقياس على الدين
المشترك غير سديد لان الغريم يدفع نصيب احد الشريكين بدفع مال نفسه لا مال شريكه
الغايب وههنا يدفع مال الغايب بغير اذنه فلا يستقيم القياس ولو كان في يده الف درهم فجاه
رجلان وادعى كل واحد منهما انه اودعه اياها فقال المودع اودعنيها احدهما ولست ادري
ايكما هو فهذا لا يخلو من احد وجهين اما ان اصطلح المدعيان على ان ياخذا الالف ويكون بينهما
واما ان لم يصطلحا وادعى كل واحد منهما ان الالف له خاصة لا لصاحبه فان اصطلحا على ذلك
فلهما ذلك وليس للمودع ان يمتنع عن تسليم الالف اليهما لانه اقر ان الالف لاحدهما واذا اصطلحا
على انها تكون بينهما لا يمنعان عن ذلك وليس لهما ان يستحلفا المودع بعد الصلح وان لم يصطلحا

منهما

وادعي كل واحد ان الالف له لابد فع الي احدهما شيا لجهالة المقر له بالوديعة ولكل واحد
منهما ان يستحلف المودع فان استحلفه كل واحد منهما فالامر لا يخلوا اما ان يحلف كل واحد
منهما واما ان ينكل كل واحد منهما واما ان يحلف لاحدهما وينكل للاخر فان حلف لهما فقد
انقطعت خصومتهما للحال الي وقت اقامة البينة كما في ساير المواضع وهل يملكان الاصطلاح
علي اخذ الالف بينهما بعد الاستحلاف فهو علي الاختلاف المعروف بين ابي حنيفة وابي
يوسف وبين محمد رحمهم الله علي قولهما لا يملكان وعلي قول محمد يملكان وهي مسلة الصلح
بعد الحلف وقد مرت في كتاب الصلح وان نكل لهما يقضي بالالف بينهما نصفين ويضمن
الفا اخري بينهما فيحصل لكل واحد منهما الف كاملة لان كل واحد منهما يدعي ان كل الالف له
فاذا نكل له والنكول بذل او اقرار فكانه بذل لكل واحد منهما الفا او اقر لكل واحد منهما بالف
فيقضي عليه بالف بينهما ويضمن ايضا الفا اخري يكون بينهما ليحصل لكل واحد منهما الف
تام ولو حلف لاحدهما ونكل للاخر قضي بالالف للذي نكل له ولا شي للذي حلف له لان النكول
حجة من نكل له لا حجة من حلف له ومنها وجوب الاداء الي المالك لان الله تعالي امر بادا
الامانات الي اهلها واهلها مالكها حتي لو ردها الي منزل المالك فجعلها فيه او دفعها الي
من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه حتي لو ضاعت يضمن بخلاف العارية فان المستعير
لو جا بمتاع العارية والقاها في دار المعير او جا بالدابة وادخلها في اصطبله كان ردا صحيحا
لان ظاهر النص الذي تلونا ان لا يصح الا انها صارت مخصوصة عن عموم الامانات فبقيت
الوديعة علي ظاهره ولان القياس في الموضعين من لزوم الرد الي المالك الا انا استحسنا
في العارية للعادة الجارية فيها بردها الي بيت المالك او الدفع الي من في عياله حتي لو كانت
العارية شيا نفيسا كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الرد لانعدام جريان العادة بذلك
في الاشيا النفيسة ولم تجر به العادة في مال الوديعة فيبقي علي اصل القياس ولان
مبني الايداع علي السر والاخفا عادة فان الانسان انما يودع ماله غيره سرا عن الناس
لما يتعلق به من المصلحة فلو رد علي غير المالك لا يكتسف اذ السر اذا جاوز اثنين يفشو فيفوت
المعني المجعول له الايداع بخلاف العارية لان مبناها علي الاعلان والاظهار ولانها شرعت
لحاجة المستعير الي استعمالها في حوايجه ولا يمكنه الاستعمال سرا عن الناس عادة فالرد
الي غير المالك لا يفوت ما شرعت له العارية فهو الفرق والله اعلم ومنها انها لو ضاعت من
يد المودع بغير صنعه لما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال ليس علي المستعير
غير المغل ضمان ولا علي المستودع غير المغل ضمان ولان يده يد المالك فالهلاك في يده كالهلاك
في يد المالك وكذا اذا دخلها نقص لان النقصان هلاك بعض الوديعة وهلاك الكل لا يوجب
الضمان فبهلاك البعض اولي ولان هلاك المودع ومنها ان المودع مع المودع لو اختلفا
فقال المودع هلكت او قال رددتها اليك وقال المالك لا بل استهلكتها فالقول قول
المودع لان المالك يدعي عليه اليمين امرا عارضا وهو التعدي والمودع مستصحب
لحال الامانة فكان متمسكا بالاصل فكان القول قوله لكن مع اليمين لان التهمة قايمة
فيستحلف دفعا للتهمة وكذلك اذا قال المودع استهلكت من غير اذني وقال المالك بل
استهلكتها او غيرك بامرك او باذنك ان القول قول المودع لما قلنا ولو قال المودع انها
قد ضاعت ثم قال بعد ذلك بل كنت رددتها لكني اوهمت لم يصدق وهو ضامن لانه
نفي الرد بدعوي ونفي الهلاك بدعوي الرد فصار نافيا ما اثبته مثبتا ما نفاه وهذا
تناقض فلا يسمع منه دعوي الضياع والرد لان المناقض لا قول له ولانه لما ادعي دعوتين

والكذب

واكذب نفسه في كل واحد منهما فقد ذهبت امانته فلا يقبل قوله **فصل** واما بيان ما
يغير حال المعقود عليه فالمغير لها من الامانة الي الضمان انواع منها ترك الحفظ لانه بالعقد
التزم حفظ الوديعة علي وجه لو ترك حفظها حتي هلكت يضمن بدلها وذلك بطريق الكفالة
ولهذا لو راي انسانا يسرق الوديعة وهو قادر علي منعه فلم يمنعه يضمن لترك الحفظ الملتزم
بالعقد وهذا معني قول مشايخنا ان المودع يواخذ بضمان العقد ومنها ترك الحفظ
للمالك بان خالف في الوديعة بان كانت الوديعة ثوبا فلبسه او دابة فركبها او عبدا
فاستخدمه او اودعها من ليس في عياله ولا هو ممن يحفظ ماله بيده عادة لان الملتزم
بالعقد هو الحفظ للمالك فاذا حفظ لنفسه فقد ترك الحفظ للمالك فدخلت في ضمانه
وحكي عن ابي جعفر الهندواني رحمه الله انه منع دخول العين في ضمانه في المناظرة
حين ما قدم بخارا وسيل عن هذه المسلة وهذا خلاف اطلاق الكتاب فانه قال يبري
عن الضمان والبراة عن الضمان بعد الدخول في الضمان تكون وكذلك المودع مع
المودع اذا اختلفا فقال المودع هلكت الوديعة او قال رددتها وقال المالك بل
استهلكتها ان كان قبل الخلاف فالقول قول المودع وان كان بعده فالقول قول
المالك ونحو ذلك مما يدل علي دخول الوديعة في ضمانه بالخلاف ولو خالف في الوديعة
ثم عاد الي الوفاق يبرا عن الضمان عند علماينا الثلاثة وعند زفر والشافعي لا يبرا عن
الضمان وجه قولهما ان الوديعة لما دخلت في ضمان المودع بالخلاف فقد ارتفع العقد
العقد فلا يعود الا بالتجديد ولم يوجد وصار كما اذا جحد الوديعة ثم اقر بها وكذلك
المستعير والمستاجر اذا خالفا ثم عادا الي الوفاق لا يبران عن الضمان لما قلنا كذا هذا ولنا انه
بعد الخلاف مودع والمودع اذا هلكت الوديعة في يده من غير صنعه لا ضمان عليه كما قبل
الخلاف ودلالة انه بعد الخلاف مودع ولان المودع من يحفظ مال غيره له بامره وهو بعد
الخلاف والاشتغال بالحفظ حافظ مال المالك له بامره لان الامر تناول ما بعد الخلاف
قوله الوديعة دخلت في ضمان المودع فيرتفع العقد قلنا معني الدخول في ضمان المودع
انه انعقد سبب وجوب الضمان موقوفا وجوبه علي وجود شرطه وهو الهلاك في حال الخلاف
لكن هذا لم يوجب ارتفاع العقد اليس ان من كل انسانا يبيع عبده بالفي درهم فباعه
بالف وسلمه الي المشتري يدخل العبد في ضمانه لانعقاد سبب وجوب الضمان وهو تسليم
مال الغير الي الغير بغير اذنه ومع ذلك بقي العقد حتي لو اخذه كان له ان يبيعه بالفين
كذا هذا علي انا ان سلمنا ان العقد انفسخ لكن في قدر ما فات من حكمه وهو الحفظ الملتزم
للمالك في زمان الخلاف لا فيما بقي في المستقبل كما اذا استحفظه باجر كل شهر كذا فترك
الحفظ في بعض الشهر ثم اشتغل به في الباقي بقي العقد في الباقي حتي يستحق الاجر بقدره
والجامع بينهما ان الارتفاع لضرورة فوات حكم العقد فلا يظهر الا في قدر الفايت بخلاف
الاجارة والاعارة لان الاجارة تمليك المنافع وهي تمليك منافع مقدرة بالمكان او بالزمان
فاذا بلغ الزمان المذكور فقد انتهي العقد لانتها حكمه فلا تعود الا بالتجديد وكذلك
الاعارة لانها تمليك المنفعة بغير عوض والاجارة تمليك المنافع بعوض فاما حكم
عقد الوديعة فلزوم الحفظ للمالك مطلقا او شهرا او زمان ما بعد الخلاف داخل في المطلق
والموقت فلا ينتهي بالخلاف بل يتقرر فهو الفرق والله اعلم ومنها جحود الوديعة في وجه
عند طلبه حتي لو قامت البينة علي الايداع او نكل المودع عن اليمين او اقر به دخلت في
ضمانه لان العقد لما جحده ظهر بالحجة فقد ظهر ارتفاعه بالجحود او عنده لان المالك لما طلب

منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ او المودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل
نفسه عن الحفظ فانفسخ العقد فبقي مال الغير في يده بغير اذنه فيكون مضمونا عليه
فاذا هلك تقرر الضمان ولو جحد الوديعة ثم اقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلثة
اوجه اما ان اقام البينة على انها هلكت بعد الجحود او قبل الجحود او مطلقا فان اقام
البينة على انها هلكت بعد الجحود او مطلقا لا تسمع بينته لان العقد ارتفع بالجحود او
عنده فدخل العين في ضمانه فالهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لا ان يسقطه وان اقام
البينة على انها هلكت قبل الجحود تسمع بينته ولا ضمان عليه لان الهلاك قبل الجحود
لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتها العقد قبل الجحود فلا يتصور ارتفاعه بالجحود فظهر ان
الوديعة هلكت من غير صنعه فلا يضمن ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له وطلب
يمين المودع حلفه القاضي بالله ما يعلم انها هلكت قبل جحوده لان الاصل في الاستحلاف
ان الذي يستحلف عليه لو كان امرا لو كان اقر به الحالف للزمه فاذا انكره يستحلف
وهاهنا كذلك لان المالك لو اقر بالهلاك قبل الجحود لقبل منه ويسقط الضمان عن المودع
فاذا انكر يستحلف لكن على العلم لانه يستحلف على فعل غيره والله اعلم هذا اذا جحد حال
حضرة المالك فان جحد عند غير المالك حال غيبته قال ابو يوسف لا يضمن وقال زفر
يضمن في الحالين جميعا وجه قول زفر ان ما هو سبب وجوب الضمان لا يختلف بالحضرة
والغيبة كساير الاسباب وجه قول ابي يوسف ان الجحود سبب الضمان من حيث انه
يرتفع العقد بالعزل على ما بينا ولا يصح العقد حال الغيبة فلا يرتفع العقد ولان الجحود
عند غير المالك حال غيبته معدود من باب الحفظ والصيانة عرفا وعادة لان مبنى
الايداع على الستر والاخفا فكان الجحود عند غير المالك حال غيبته حفظا معنى فكيف
يكون سببا لوجوب الضمان ومنها الاتلاف حقيقة ومعنى وهو اعجاز المالك عن الانتفاع
بالوديعة لان اتلاف مال الغير بغير اذنه سبب لوجوب الضمان حتى لو طلب الوديعة
فمنعها المودع مع القدرة على الدفع والتسليم اليه حتى هلكت يضمن لانه لما حبسها عنه
فقد عجز عن الانتفاع بها للحال فدخلت في ضمانه فاذا هلكت تقرر العجز فيجب الضمان ولو
امر غيره بالاتلاف فادعى انه كان بامر المالك لا يصدق الا ببينة لان الاتلاف سبب
لوجوب الضمان في الاصل وقوله كان باذن المالك دعوى امر عارض فلا يقبل الا بحجة
ولو اختلطت بمال نفسه من غير صنعه لا يضمن وهو شريك لصاحبها اما عدم وجوب الضمان
فلانعدام الاتلاف منه بل تلفت بنفسها لانعدام الفعل من جهته واما كونه شريكا لصاحبها
فلوجود معنى الشركة وهو اختلاط الملكين ولو اودعه رجلان كل واحد منهما الف درهم فخلط
المودع المالين خلطا لا يتميز فلا سبيل لهما على اخذ الدراهم ويضمن المودع لكل واحد منهما
الفا ويكون المخلوط له وهذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هما بالخيار ان شا
اقتسما المخلوط نصفين وان شا ضمنا المودع الفين وعلى هذا الخلاف ساير الموزونات
والمكيلات اذا خلط الجنس بالجنس خلطا لا يتميز كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والدهن
بالدهن وجه قولهما ان الوديعة قايمة بعينها لكن عجز المالك عن الوصول اليها بعارض
الخلط فان شا اقتسما لاعتبار جهة القيام وان شا ضمنا لاعتبار جهة العجز وجه قول
ابي حنيفة رحمه الله انه لما خلطهما خلطا لا يتميز فقد اعجز كل واحد منهما عن الانتفاع
بالمخلوط فكان الخلط منه اتلافا للوديعة على كل واحد منهما فيضمن ولهذا ثبت خيار التضمين
عندهما واختيار التضمين لا يثبت الا بوجود الاتلاف دل ان الخلط منه وقع اتلافا

ولو اودعه رجل حنطة واخر شعيرا فخلطهما فهو ضامن لكل واحد مثل حقه عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما لهما ان ياخذا العين ويبيعا ويقتسما الثمن على قيمة الحنطة مخلوطة
بالشعير وعلى قيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة لان الحنطة تنتقص بالخلط بالشعير وهو
يستحق الثمن لقيام الحق في العين وهو يستحق العين بخلاف قيمة الشعير تزاد بالخلط
بالحنطة وتلك الزيادة ملك الغير فلا يستحقها صاحب الشعير ولو انفق المودع
بعض الوديعة يضمن ما انفق ولا يضمن الباقي لانه لم يوجد منه الا اتلاف قدر ما انفق
ولو رد مثله فخلطه بالباقي يضمن الكل لوجود اتلاف الكل منه النصف بالانفاق والنصف
الباقي بالخلط لكون الخلط اتلافا على ما بينا ولو اخذ بعض دراهم الوديعة لينفقه فلم ينفق
ثم رده الى موضعه بعد ايام فضاع لا ضمان عليه عندنا وعند الشافعي يضمن وجه قوله
ان الاخذ حصل على وجه التعدي فيضمن كما لو انتفع به ولنا ان نفس الاخذ ليس باتلاف
ونية الاتلاف ليس باتلاف فلا يوجب الضمان والاصل فيه ما روي عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم انه قال ان الله تعالى عفى عن امتي ما حدثت به انفسهم ما لم يتكلموا او يفعلوا
ظاهر الحديث يقتضي ان يكون ما حدثت به النفس عفوا على العموم الا ما خص بدليل
وعلى هذا الخلاف اذا اودعه كيسا مشدودا فحله المستودع او صندوقا مقفولا
ففتح القفل ولم ياخذ منه شيا حتى ضاع ولو مات المودع فان كانت الوديعة قايمة بعينها
ترد عليه لان هذا عين ماله ومن وجد عين ماله فهو احق به على لسان رسول الله صلى
الله عليه وسلم وان كانت لا تعرف بعينها فهي دين في تركة الميت تحاص الغرما لانه لما
مات مجهلا للوديعة فقد اتلفها معنى لخروجها من ان تكون منتفعا بها في حق المالك بالتجهيل
وهو تفسير الاتلاف ولو قال الورثة انها هلكت او ردت على المالك لا يصدقون على ذلك
لان الموت مجهلا سبب لوجوب الضمان لكونه اتلافا فكان دعوى الهلاك والرد دعوى
امر عارض فلا يقبل الا بحجة ويحاص المودع الغرما لانه دين الاستهلاك على ما ذكرنا فيساوي
دين الصحة والله اعلم بالصواب

كتاب العارية

الكلام في هذا الكتاب في مواضع
في بيان ركن العارية ۞ وفي بيان شرايط الركن ۞ وفي بيان حكم العارية ۞ وفي
بيان ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه ۞ وفي بيان حال
المستعار ۞ وفي بيان ما يوجب تغير حاله ۞ اما ركن العارية فهو الايجاب من المعير
فاما القبول من المستعير فليس بركن عند اصحابنا الثلاثة استحسانا والقياس ان
يكون ركنا وهو قول زفر كما في الهبة حتى ان من حلف لا يعير فلانا فاعاره ولم يقبل يحنث
كما اذا حلف لا يهب فلانا شيا فوهبه ولم يقبل وهي مسألة كتاب الهبة والايجاب هو ان
يقول اعرتك هذا الشي او منحتك هذا الثوب او هذه الدار او اطعمتك هذه الارض
او هذه الارض لك طعمة او اخدمتك هذا العبد او هذا العبد لك خدمة او حملتك
على هذه الدابة اذا لم ينو به الهبة او داري لك سكنى او داري لك عمري سكنى او
لفظة الاعارة فصريح في بابها واما المنحة فهي اسم للعطية التي ينتفع بها الانسان
زمانا ثم يردها على صاحبها وهو معنى العارية قال النبي صلى الله عليه وسلم المنحة
مردودة ومنحة الارض زراعتها قال صلى الله عليه وسلم ازرعها او امنحها اخاك
وهذا الاطعام المضاف الى الارض وهو اطعام منافعها التي تحصل فيها بالزراعة من
غير عوض عرفا وعادة وهو معنى العارية واما اخدام العبد اياه فجعل خدمته له بغير
عوض وهو تفسير العارية وكذا قوله داري لك سكنى وعمري سكنى هو جعل سكنى

ولو مات المودع فان كانت الوديعة قايمة بعينها وان كانت لا تعرف بعينها لا بد من حفظه

ولو اودعه

الدار من غير عوض وسكنى الدار منفعتها المطلوبة منها عادة فهي اذن بمعنى الاعارة واما
قوله حملتك على هذه الدابة فانه يحتمل الاعارة والهبة فاي ذلك نوى فهو على ما نوى لانه
نوى ما يحتمله لفظه وعند الاطلاق ينصرف الى العارية لانها ادنى فكان الحمل عليها اولى
ولو قال داري لك رقبى او حبيس فهو عارية عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
هبة وقوله رقبى او حبيس باطل وهي مسئلة كتاب الهبة

فصل

واما الشرايط التي
يصير الركن بها اعارة شرعا فانواع منها العقل فلا تصح الاجارة من المجنون والصبي
الذي لا يعقل فاما البلوغ فليس بشرط عندنا حتى لا تصح الاعارة من الصبي الماذون
لانها من توابع التجارة وانه يملك التجارة فيملك ما هو من توابعها وعند الشافعي لا يملك
وهي مسئلة كتاب الماذون ومنها الحرية ليست بشرط فيملكها العبد الماذون لانها من
توابع التجارة فيملك بملك التجارة ومنها القبض من المستعير مما يمكن الانتفاع بدون
استهلاكه فان لم تكن لا تصح اعارته لان حكم العقد ثبت في المنفعة لا في العين الا اذا كانت
كالملحقة بالمنفعة على ما نذكر

فصل

واما بيان حكم العقد فالكلام فيه في موضعين
احدهما في بيان اصل الحكم والثاني في بيان وصفه اما الاول فهو ملك المنفعة للمستعير
بغير عوض او ما هو ملحق بالمنفعة عرفا وعادة عندنا وعند الشافعي اباحة المنفعة
حتى يملك المستعير الاعارة في الجملة عندنا كالمستاجر يملك الاجارة وعنده لا يملك الاعارة
اصلا كالمباح له الطعام لا يملك الاباحة من غيره وجه قول الشافعي دلالة الاجماع
والمعقول اما الاول فانا اجمعنا على جواز العقد من غير اجل ولو كان تمليك المنفعة لما
جاز من غير اجل كالاجارة وكذا المستعير لا يملك ان يواجر العارية ولو ثبت له الملك له في
المنفعة لملك كالمستاجر واما المعقول فهو ان القياس يابى تمليك المنفعة لانه بيع المعدوم
لانعدام المنفعة حالة العقد والمعدوم لا يحتمل البيع ولانه بيع ما ليس عند الانسان
وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه الا انها جعلت موجودة عند العقد في باب
الاجارة حكما للضرورة ولا ضرورة الى الاعارة فبقيت المنافع فيها على اصل العدم ولنا ان
المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها الى نفسه على وجه زالت يده عنها والتسليط على
هذا الوجه يكون تمليكا لا اباحة كما في الاعيان وانما يصح من غير اجل لان بيان الاجل للتحرز
عن الجهالة المفضية الى المنازعة والجهالة في باب الاعارة لا تفضي الى المنازعة لانها
عقد جايز غير لازم ولهذا المعنى لا يملك الاجارة لانها عقد لازم والاعارة عقد غير لازم
فلو ملك الاجارة لكان فيه اثبات صفة اللزوم بما ليس بلازم او سلب صفة
اللزوم عن اللازم وكل ذلك باطل واما قوله المنافع منعدمة عند العقد فنعم لكن لا
يمنع جواز العقد كما في الاجارة وهذا لان العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف
الى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم الا عند وجود المنفعة شيئا فشيئا
على حسب حدوثها فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الانسان والله الموفق
وعلى هذا تخرج اعارة الدراهم والدنانير انها تكون قرضا لا اعارة لان الاعارة لما كانت
تمليك المنفعة او اباحة المنفعة على اختلاف الاصلين ولا يملك الانتفاع بها الا
باستهلاكها ولا سبيل الى ذلك الا بالتصرف في العين لا في المنفعة لا يمكن تصحيحه
اعارة حقيقة فصح قرضا مجازا لوجود معنى الاعارة فيه حتى لو استعار حليا ليتجمل
به صح لانه يمكن الانتفاع بالحلي من غير استهلاك بالتجمل فامكن العمل بالحقيقة فلا ضرورة
الى الحمل على المجاز وكذا اعارة كل ما لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه من المكيلات

هذا صح

والموزونات يكون قرضا لا اعارة لما ذكرنا ان محل حكم الاعارة المنفعة لا العين الا اذا كان ملحقا
بالمنفعة عرفا وعادة كما اذا منح انسانا ناقة او شاة لينتفع بلبنها ووبرها مدة ثم يردها
على صاحبها لان ذلك معدود من المنافع عرفا وعادة فكان له حكم المنفعة وقد روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم هل من احد يمنح من ابله ناقة اهل بيت لا در لهم
وقد يجري مجرى الترغيب من منح منحة ورق او منحة لبن كان له بعدل رقبة وكذا لو منح
جديا او عناقا كان عارية لانه يعرض ان ينتفع بلبنه وشعره ويتصل بهذا الفصل بيان
ما يملكه المستعير من التصرف في المستعار وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق جملة الكلام فيه
ان عقد الاعارة لا يخلو من احد وجهين اما ان كان مطلقا واما ان كان مقيدا فان كان مطلقا
بان اعار انسانا دابته ولم يسم مكانا ولا زمانا ولا الركوب ولا الحمل فله ان يستعملها في اي
مكان وزمان شاء وله ان يركب او يحمل لان الاصل في المطلق ان يجري على اطلاقه وقد ملكه منافع
العارية مطلقا فكان له ان يستوفيها على الوجه الذي ملكها الا انه لا يحمل عليها ما يعلم ان مثلها
لا يطيق لمثل هذا الحمل ولا يستعملها ليلا ونهارا ما لا يستعمل مثلها من الدواب عادة حتى لو فعل
استعملها فعطبت يضمن لان العقد وان خرج مخرج الاطلاق لكن المطلق يتقيد بالعرف
والعادة دلالة كما يتقيد بالتقييد نصا وله ان يعير العارية عندنا سواء كانت العارية
مما يتفاوت في استيفاء المنفعة او لا لان اطلاق العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير فكان
هو في التمليك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفا في ملك نفسه الا انه لا يملك الاجارة
لما قلنا فان اجر وسلم الى المستاجر ضمن لانه دفع مال الغير اليه بغير اذنه فصار غاصبا فان
شاء ضمنه وان شاء ضمن المستاجر لانه قبض مال الغير بغير اذنه غيره كالمشتري من الغاصب غير
انه ان ضمن المستعير لا يرجع بالضمان على المستاجر لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه اجر ملك
نفسه وان ضمن المستاجر فان كان عالما بكونها عارية في يده لا يرجع على المستعير وان لم يكن
عالما بذلك يرجع عليه لانه اذا لم يعلم به فقد صار مغرورا من جهة المستعير فيرجع عليه بضمان
الغرور وهو ضمان الكفالة في الحقيقة واذا كان عالما لم يصر مغرورا من جهته فلا يرجع عليه
وهل يملك الايداع اختلف المشايخ قال مشايخ العراق يملكه وهو قول بعض مشايخنا لانه
يملك الاعارة فالايداع اولى لانها دون الاعارة وقال بعضهم لا يملك استدلالا بمسئلة
مذكورة في الجامع الصغير وهي ان المستعير اذا رد العارية على يد اجنبي ضمن ومعلوم ان
الرد على يده ايداع اياه ولو ملك الايداع لما ضمن وان كان مقيدا فيراعى فيه القيد القيد
ما امكن لان الاصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف الا اذا لم يكن اعتباره
لانعدام الفايدة ونحو ذلك فيلغو الوصف لان ذلك يجري مجرى العبث ثم انما يراعى القيد
فيما دخل لا فيما لم يدخل لان المطلق اذا قيد ببعض الاوصاف بقي مطلقا فيما وراءه فيراعى
صفة الاطلاق فيما وراءه بيان هذه الجملة في مسايل فافهم اذا اعار انسانا دابة على ان
يركبها المستعير بنفسه ليس له ان يعيرها غيره وكذلك اذا اعاره ثوبا على ان يلبسه بنفسه
لما ذكرنا ان الاصل في المقيد اعتبار القيد فيه الا اذا تعذر اعتباره فاعتبار هذا
القيد ممكن لانه مفيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوبا ولبسا
فلزم اعتبار القيد فيه فان فعل حتى هلك يضمن لانه خالف وان ركب بنفسه واردف غيره
فعطبت فان كانت الدابة مما تطيق حملهما جميعا يضمن نصف قيمة الدابة لانه لم يخالف
في قدر النصف وان كانت الدابة مما لا تطيق حملهما جميعا يضمن جميع قيمتها لانه استهلكها
ولو اعار دارا ليسكنها المستعير فله ان يسكنها غيره لان المملوك بالعقد هو السكنى والناس

لا ينتفعون فيه عادة فلم يكن التقييد بسكناه مفيدا فيلغوا الا اذا كان الذي يسكنها اياه حدادا او قصارا ونحوهما مما يوهن عمله البنا فليس له ان يسكنها اياه ولا ان يعمل بنفسه ذلك لان المعير لا يرضي به عادة والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الاجارة ولو اعار دابة علي ان يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير ليس له ان يحمل عشرة مخاتيم حنطة لان الحنطة اثقل من الشعير فكان اعتبار القيد مفيدا فيعتبر ولو اعارها علي ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له ان يحمل عليها عشرة مخاتيم شعيرا او دخنا او ارزا او غير ذلك مما يكون مثل الحنطة او اخف منها والقياس ان لا يكون ذلك حتي لو عطبت لا يضمن استحسانا والقياس ان يضمن وهو قول زفر لانه خالف وجواب الاستحسان ان هذا وان كان خلافا صورة فليس بخلاف معني لان المالك يكون راضيا به دلالة فلم يكن التقييد بالحنطة مفيدا كما لو شرط عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره فانه لا يكون مخالفا حتي لا يضمن كذا هذا ولو قال علي ان يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة ليس له ان يحمل عليها حطبا او تبنا او اجرا او حديدا او حجارة سوا كان مثلها في الوزن او اخف منها لان ذلك اشق علي الدابة او انكي لظهرها او اعقر ولو فعل حتي عطبت ضمن وكذا لو قال ماية من قطنا فحمل عليها مثل وزنه حديدا فعطبت يضمن لان القطن ينبسط علي ظهر الدابة فكان ضرره اقل والحديد يكون في موضع واحد فكان ضرره بالدابة اكثر والرضا بادني الضررين لا يكون ادني رضا باعلاهما فكان القيد مفيدا فليس اعتباره ولو قال علي ان يحمل عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة علي المسمي في القدر فعطبت نظر في ذلك فان كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها يضمن جميع قيمتها لان حمل ما لا تطيقه الدابة اتلاف الدابة وان كانت الدابة تطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة حتي لو قال علي ان يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها احد عشر مختوما فعطبت يضمن به جزءا من احد عشر جزءا من قيمتها لانه لم يتلف الا بهذا القدر ولو قيدها بالمكان بان قال علي ان يستعملها في مكان كذا يتقيد به وله ان يستعملها في اي وقت شا باي شي شا لان التقييد لا يوجد الا بالمكان فيبقي مطلقا فيما وراه لكنه لا يملك ان يجاوز ذلك المكان حتي لو جاوز دخل في ضمانه ولو اعارها الي المكان الماذون لا يبرا عن الضمان حتي لو هلكت قبل التسليم الي المالك يضمن وهذا قول ابي حنيفة الاخر وكان يقول يبرا عن الضمان كالمودع اذا خالف ثم عاد الي الوفاق ثم رجع ووجه الفرق بين العارية والوديعة قد ذكرناه في كتاب الوديعة وكذلك لو قيدها بالزمان بان قال علي ان يستعملها يوما مطلقا فيما وراه لكن يتقيد بالزمان حتي لو مضي اليوم ولم يردها الي المالك حتي هلكت يضمن لما قلنا وكذلك قيدها بالحمل وكذلك لو قيدها بالاستعمال بان قال علي ان يستعملها حتي لو امسكها ولم يستعملها حتي هلكت يضمن لان الامساك منه خلاف فيوجب الضمان ولو اختلف والمستعير في الايام او المكان او ما يحمل عليها فالقول قول المعير لان المستعير يستفيد ملك الانتفاع من المعير فكان القول في المقدار والتعيين لكن مع اليمين دفعا للتهمة والله اعلم

فصل

واما صفة الحكم فهي ان الملك الثابت للمستعير غير لازم لانه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازما كالملك الثابت بالهبة فكان للمعير ان يرجع في العارية سوا اطلق العارية او وقت لها وقتا وعلي هذا اذا استعار من اخر ارضا ليبني عليها او يغرس فيها ثم بدا للمالك ان يخرجه فله ذلك سوا كانت العارية مطلقة او موقتة لما قلنا غير انها ان كانت مطلقة له ان يجبر المستعير علي قلع الغرس ونقض البنا لان في الترك ضررا

بالمعير

بالمعير

لانه لا نهاية له واذا قلع ونقض لا يضمن المعير شيا من قيمة الغرس والبنا لانه لو وجب عليه الضمان عليه لوجب بسبب الغرور ولا غرور من جهته حيث اطلق العقد ولم يوقت فيه وقتا فاخرجه قبل الوقت بل هو الذي غر نفسه حيث حمل المطلق علي الابد وان كانت موقتة فاخرجه قبل الوقت لم يكن له ان يجبره علي القلع والنقض والمستعير بالخيار ان شا ضمن صاحب الارض قيمة غرسه وبنايه قايما سليما وترك ذلك عليه لانه لما وقت للعارية وقتا ثم اخرجه قبل الوقت فقد غره فصار كفيلا عنه فيما يلزمه من العهدة اذ ضمان الغرور ضمان الكفالة فكان له ان يرجع بالضمان وملك صاحب البنا والغرس باداء الضمان لان هذا حكم خيار القلع والنقض للمستعير اذا لم يكن القلع او النقض مضرا بالارض فان كان مضرا بها فالخيار للمالك لان الارض اصل والبنا والغرس تبع لها فكان المالك صاحب اصل والمستعير صاحب فرع تبع فكان اثبات الخيار لصاحب الاصل اولي ان شا امسك الغرس والبنا بالقيمة وان شا رضي بالقلع والنقض هذا اذا استعار ارضا للمزارعة فزرعها ثم اراد صاحب الارض ان ياخذها لم يكن له ذلك حتي يحصد الزرع بل يترك في يده الي وقت الحصاد باجر المثل استحسانا والقياس ان يكون له ذلك كما في البنا والغرس ووجه الفرق للاستحسان ان النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الامكان وذلك يمكن في الزرع لان ادراك الزرع له وقت معلوم فيمكن النظر من الجانبين جانب المستعير لا شك فيه وجانب المالك بالترك الي وقت الحصاد بالاجر ولا يمكن في الغرس والبنا لانه ليس لذلك وقت معلوم فكان مراعاة صاحب الاصل اولي وقالوا في باب الاجارة اذا مضت المدة والزرع بقل لم يستحصد انه يترك في يد المستاجر الي وقت الحصاد باجر المثل كما في العارية لما قلنا بخلاف باب الغصب لان الترك للنظر والغاصب جاني فلا ينظر بل يزجر والله اعلم

واما بيان حال المستعار فحاله انه امانة في يد المستعير في حال الاستعمال بالاجماع واما في غير حال الاستعمال فكذلك عندنا وعند الشافعي مضمون واحتج بما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم استعار من صفوان ادراعا يوم حنين فقال صفوان اغصبا يا محمد فقال عليه السلام بل عارية مضمونة الرد حال قيامها فكانت مضمونة القيمة عند هلاكها كالمغصوب وهذا لان العين اسم للصورة والمعني وبالهلاك ان عجز عن رد الصورة لم يعجز عن رد العين المعني لان قيمة الشي معناه فيجب عليه رده بمعناه كما في باب الغصب ولانه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضمونا عليه كالمقبوض علي سوم الشرا ولنا انه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والاجارة وانما قلنا ذلك لان الضمان لا يجب علي المرء بدون فعله وفعله الموجود منه ظاهرا هو العقد والقبض وكل واحد منهما لا يصلح سببا لوجوب لوجوب الضمان اما العقد فلانه عقد تبرع بالمنفعة تمليكا او اباحة علي اختلاف الاصلين واما القبض فلوجهين احدهما ان قبض مال الغير بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان فمع الاذن اولي وهذا لان قبض مال الغير بغير اذنه هو اثبات اليد علي مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك وهو احسان في حق المالك وقال تعالي هل جزا الاحسان الا الاحسان وقال ما علي المحسنين من سبيل دل ان القبض مع غير الاذن لا يصلح سببا فمع الاذن اولي والثاني ان القبض المضمون منه لا يكون تعديا ولا يفوت يد المالك ولا ضمان الا علي المتعدي قال تعالي فلا عدوان الا علي الظالمين بخلاف قبض الغصب واما الاستدلال بضمان الرد قلنا ان وجب عليه رد العين حال قيامها هلاكها قوله قيمتها

معناها ممنوع وهذا لان القيمة الدراهم والدنانير والدراهم او الدنانير عين اخري لها صورة ومعني غير العين الاولي وبالعجز عن رد احدي العينين لم يوجب رد العين الاخري وفي باب الغصب لا يجب ضمان القيمة بهذا الطريق بل بطريق اخر وهو اتلاف المغصوب معني علي ما عرف وها هنا لم يوجد ضمان القيمة بهذا الطريق حتي لو وجد يجب الضمان ثم نقول انما وجب عليه ضمان الرد لان العقد متي انتهي بانتهاء المدة او بالطلب بقي العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه وعندنا اذا هلكت يضمن واما قوله قبض مال الغير لنفسه فنعم لكن قبض مال الغير لنفسه بغير اذنه لا يصلح سببا لوجوب الضمان لما ذكرنا فمع الاذن اولي والمقبوض علي سوم الشرا مضمون بالقبض لا بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة علي ما عرف والله اعلم ولا حجة في حديث صفوان لان الرواية قد اختلفت وقد روي انه هرب من رسول الله صلي الله عليه وسلم فارسل اليه فامنه فاسلم وكان رسول الله صلي الله عليه وسلم يريد حنينا فقال هل عندك شي من السلاح فقال عارية ام غصبا فقال رسول الله صلي الله عليه وسلم بل عارية فاعاره ولم يذكر فيه الضمان والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة فلا يكون الثابت الا احدهما فتعارض الروايتان فسقط الاحتجاج معما انه ان ثبت فيحتمل ضمان الرد ونحن به نقول فلا يحمل علي ضمان العين مع الاحتمال يويد ما قلنا ما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قال العارية موداة

فصل

واما بيان ما يوجب تغير حاله فالذي يغير حال المستعار من الامانة الي الضمان ما هو المغير حال الوديعة وهو الاتلاف حقيقة او معني بالمنع بعد الطلب او بعد انقضا المدة وبترك الحفظ وبالخلاف حتي لو حبس العارية بعد انقضا المدة او بعد الطلب قبل انقضا المدة يضمن لانه واجب الرد في هاتين الحالتين لقوله صلي الله عليه وسلم العارية موداة وقوله علي اليد ما اخذت حتي ترده ولان حكم العقد انتهي بانتهاء المدة او الطلب فصار العين في يده كالمغصوب والمغصوب مضمون الرد حال قيامه ومضمون القيمة حال هلاكه ولو رد العارية مع عبده او ابنه او بعض من في عياله او مع عبد المعير او ردها بنفسه الي منزل المالك وجعلها فيه لا يضمن استحسانا والقياس ان يضمن كما في الوديعة وقد ذكرنا الفرق بينهما في كتاب الوديعة وكذا اذا ترك الحفظ حتي ضاعت وكذا اذا خالف الا ان في باب الوديعة اذا خالف ثم عاد الي الوفاق يبرا عن الضمان عند اصحابنا الثلاثة وها هنا لا يبرا وقد مر الفرق في كتاب الوديعة ولو تصرف المستعير وادعي ان المالك قد اذن له بذلك وجحد المالك فالقول قول المالك حتي يقوم للمستعير علي ذلك بينة لان التصرف منه سبب لوجوب الضمان في الاصل فدعوي الاذن دعوي امر عارض فلا يسمع الا بدليل والله اعلم بالصواب

كتاب الدعوى

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الدعوي وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حد المدعي والمدعا عليه وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعا عليه وفي بيان حكم الدعوي وما يتصل به وفي بيان حجة المدعي والمدعا عليه وفي بيان علايق حجتهما وفي بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعا عليه ويخرج عن كونه خصما وفي بيان حكم تعارض الدعوتين وفي بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل اما ركن الدعوي فهو قول الرجل لي علي فلان او قبل فلان كذا او قضيت حق فلان او ابراني عن حقه ونحو ذلك فاذا قال ذلك فقد تم الركن

فصل

واما الشرايط المصححة للدعوي فانواع منها عقل المدعي والمدعا عليه فلا تصح دعوي المجنون والصبي الذي لا يعقل وكذا لا تصح الدعوي عليهما حتي لا يلزمهما الجواب ولا تسمع البينة لانهما مبنيتان علي الدعوي الصحيحة ومنها ان يكون المدعا معلوما لتعذر الشهادة والقضا بالمجهول والعلم بالمدعا انما يحصل بامرين اما بالاشارة او بالتسمية وجملة الكلام فيه ان المدعا لا يخلوا اما ان يكون محتملا للنقل او لم يكن محتملا للنقل فان كان محتملا للنقل فلا بد من احضاره لتمكن الاشارة اليه عند الدعوي والشهادة فيصير معلوما بها الا اذا تعذر نقله كحجر الرحا ونحوه فان شا القاضي استحضره وان شا بعث اليه امينا وان لم يكن محتملا للنقل وهو العقار فلا بد من بيان حده ليصير معلوما لان العقار لا يصير معلوما الا بالتحديد ثم لا خلاف في انه لا يكتفي فيه بذكر حد واحد وكذلك بذكر حدين عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يكتفي فيه وهل تقع الكفاية بذكر ثلاثة حدود قال علماونا الثلاثة نعم وقال زفر وهي مسلة كتاب الشروط وكذا لا بد من بيان موضع المحدود وبلده ليصير معلوما هذا اذا كان المدعا عينا فان كان دينا فلا بد من بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته لان الدين لا يصير معلوما الا ببيان هذه الاشيا ومنها ان يذكر المدعي في دعوي العقار انه في يد المدعي عليه لان الدعوي لا بد وان تكون علي خصم والمدعا عليه انما يصير خصما بيده فلا بد وان يذكر انه في يده ليصير خصما فاذا ذكر وانكر المدعا عليه ولا بينة للمدعي فانه يحلف من غير الحاجة الي اقامة البينة من المدعي علي انه في يد المدعي عليه ولو كان له بينة لا تسمع حتي يقيم البينة علي انه في يد هذا المدعا عليه ووجه الفرق ان من الجايز ان يكون صاحب اليد غيره واصطلحا علي ذلك فلو سمع القاضي بينته لكان قضا علي الغايب وهذا المعني ها هنا منعدم لان لا قضا ها هنا اصلا لان المدعا عليه لا يخلوا اما ان يحلف واما ان ينكل فان حلف فالامر ظاهر وان نكل فكذلك لان القاضي لا يقضي بشي وانما يامره بان يخرج من الدار ويخلي بينها وبين المدعي ومنها ان يذكر انه يطالبه به لان حق الانسان انما يجب ايفاوه بطلبه ومنها ان يكون بلسانه عينا اذا لم يكن به عذر الا اذا رضي به المدعا عليه بلسان غيره عند ابي حنيفة وعندهما ليس بشرط حتي لو وكل المدعي رجلا بالخصومة من غير عذر ولم يرض به المدعا عليه لا تصح دعواه عنده حتي لا يلزم الجواب ولا تسمع منه البينة وعندهما تصح حتي يلزم وتسمع والمسلة قد مرت في كتاب الوكالة ومنها مجلس الحكم فلا تسمع الدعوي الا بين يدي الحاكم كما لا تسمع الشهادة الا بين يديه ومنها حضرة الخصم فلا تسمع البينة والدعوي الا علي خصم حاضر الا اذا التمس المدعي ذلك الكتاب الحكمي لا للقضا فيجيبه القاضي اليه فيكتب الي القاضي الذي الغايب ببلده بما سمعه من الدعوي والشهادة ليقضي عليه وهذا عندنا وعند الشافعي حضرة المدعا عليه ليست بشرط لسماع الدعوي والبينة والقضا فيجوز القضا علي الغايب عنده وعندنا لا يجوز وجه قول الشافعي انه ظهر صدق المدعي في دعواه علي الغايب ببينة قياسا علي الحاضر ودلالة الوصف ان دعوي المدعي في دعواه علي الغايب وان كان خبرا يحتمل الصدق والكذب لكن يرجح جنبة الصدق علي جنبة الكذب في خبره بالبينة فظهر صدقه في دعواه كما اذا كان المدعا عليه حاضرا تحققه ان المدعا عليه لا يخلوا اما ان يكون مقرا واما ان يكون منكرا فان كان مقرا فكان المدعي صادقا في دعواه فلا حاجة الي القضا وان كان منكرا يظهر صدقه بالبينة فكان القضا بالبينة قضا حجة

مظهرة فجاز ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعلي رضي الله عنه لا تقض
لاحد الخصمين مالم تسمع كلام الاخر نهاه عن القضا لاحد الخصمين قبل سماع الاخر والقضا
بالحق للمدعي حال غيبة المدعا عليه قضا لاحد الخصمين قبل سماع كلام الاخر فكان منهيا
ولان القاضي مامور بالقضا بالحق قال تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم
بين الناس بالحق وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لعمرو بن العاص اقض
بين هذين فقال اقض وانت حاضر بيننا فقال صلى الله عليه وسلم اقض بينهما بالحق
والحق اسم للكاين الثابت ولا ثبوت مع احتمال العدم واحتمال العدم ثابت في
البينة لاحتمال الكذب فان لم يكن الحكم بالبينة حكما بالحق فكان ينبغي ان لا يجوز
الحكم بها اصلا الا انها جعلت حجة لضرورة فصل الخصومات والمنازعات ولم تظهر
حالة الغيبة وقد خرج الجواب عن كلامه ثم انما لا يجوز القضا عندنا على الغايب اذا لم يكن
عنه خصم حاضر فان كان يجوز لانه يكون قضا على الحاضر حقيقة ومعنى الخصم الحاضر الوكيل
والوصي والوارث ومن كان بينه وبين الغايب اتصال فيما وقع فيه الدعوى لان الوكيل
والوصي نايبان عنه بصريح الانابة والوارث نايب عنه شرعا وحضرة النايب كحضرة المنوب
عنه فلا يكون قضا على الغايب معنى وكذا اذا كان بين الحاضر والغايب اتصال فيما وقع
فيه الدعوى بان كان ذلك سببا لثبوت حق الغايب لان الحاضر يصير مدعا عليه
فيما هو حقه ومن ضرورة ثبوت حقه حق الغايب فكان الكل حقا للحاضر لان ما كان
من ضرورات الشي كان ملحقا به فيكون قضا على الحاضر حتى ان من ادعى على اخر انه اخوه
ولم يدع ميراثا ولا نفقة لا تسمع دعواه لانه دعوى على الغايب لانه يريد اثبات
نسبه من اب المدعا عليه وامه وهما غايبان وليس عنهما خصم حاضر لانه لم توجد
الانابة ولا حق يقضي به على الوارث ليكون ثبوت النسب من الغايب من ضروراته
تبعا له ولو ادعى عليه ميراثا او نفقة عند الحاجة تسمع دعواه وتقبل بينته لانه
دعوى حق مستحق على الحاضر وهو المال ولا يمكنه اثباته الا باثبات نسبه من الغايب
فينتصب خصما عن الغايب ضرورة ثبوت الحق المستحق تبعا له ولهذا لو اقر بالنسب
من غير دعوى المال لا يصح اقراره بخلاف ما اذا ادعى على رجل انه ابوه او ابنه يصح من
غير دعوى المال لانه ليس فيه حمل نسب الغير على الغير فكان دعوى على الحاضر الا ترى انه
لو اقر به يصح اقراره بخلاف الاقرار بالاخوة وعلى هذا يخرج المسلة المخمسة وتوابعها على ما
نذكرها في موضعها ان شا الله تعالى ومنها عدم التناقض في الدعوى وهو ان لا يسبق
ما يناقض دعواه لاستحالة وجود الشي مع ما يناقضه وينافيه حتى لو اقر بعين في يده
لرجل فامر القاضي بدفعها اليه ثم ادعى انه كان اشتراها منه قبل ذلك لا تسمع دعواه
لان اقراره بالملك لغيره للحال يمنع الشرا منه قبل ذلك لان الشرا يوجب الملك للمشتري
فكان منافيا الاقرار والاقرار يناقضه فلا يصح وكذا لو لم يقر ولكن نكل عن اليمين
فيقضي عليه بنكوله ثم ادعى انه كان اشتراه منه قبل ذلك لا تسمع دعواه ولا تقبل
بينته في ظاهر الرواية لان النكول بمنزلة الاقرار وروي عن ابي يوسف انه تسمع دعواه
وتقبل بينته هذا اذا ادعى انه اشتراه منه قبل الاقرار والنكول فاما اذا ادعى انه
اشتراه منه بعد ذلك تسمع دعواه بلا خلاف لان الاقرار بالملك لفلان لا يمنع الشرا
منه بعد ذلك لانعدام التناقض لاختلاف الزمان ولو قال كان هذا لفلان اشتريته
منه تسمع موصولا قال ذلك او مفصولا لانه لم يسمع منه ما يناقض الدعوى بل سبق

القضاء على الغايب

منه ما يقررها لان سابقة الملك لفلان شرط تحقق الشرا منه ولو قال هذا العبد لفلان
اشتريته منه موصولا فالقياس ان لا تصح دعواه وفي الاستحسان تصح ولو قال ذلك
مفصولا لا تصح قياسا واستحسانا وجه القياس ان قوله هو لفلان اقرار منه بكونه ملكا
له في الحال وهذا يناقض دعوى الشرا لان الشرا يوجب كونه ملكا للمشتري فلا تصح كما اذا
قاله مفصولا وجه الاستحسان ان قوله هو لفلان اشتريته منه موصولا معناه في عرف
وعادات الناس انه كان لفلان اشتريته منه قال الله تعالى واذكروا اذ انتم قليل مستضعفون
في الارض اذ كنتم قليلا اذ لم تكونوا قليلا وقت نزول الاية فيحمل عليه تصحيحا له والعادة
جرت بذلك في المفصول فحمل على حقيقته وهو حقيقته مناقضة فلا يسمع هذا اذا بين
انه اشتراه قبل الاقرار فان بين انه اشتراه بعد الاقرار تسمع دعواه لانعدام التناقض
على ما بينا وكذلك لو لم يبين وادعى الشرا مبهما بثمن معلوم يسمع لانه لما لم يذكر الوقت حمل
على الحال تصحيحا له هذا اذا قال هذا الشي لفلان ولم يقل لا حق لي فيه فان قال لا حق لي
فيه ثم ادعى الشرا بعد ذلك لا تسمع دعواه لان قوله لا حق لي فيه لتاكيد البراة الا
اذا بين انه اشتراه بعد الاقرار فيسمع لما قلنا ولو ادعى على رجل دينا فقال المدعا عليه
لم يكن شيا شي قط فاقام المدعي وقضى القاضي بذلك ثم اقام المدعى عليه البينة انه كان
لكن قضاه يسمع دعواه وتقبل بينته لجواز انه لم يكن عليه شي وانما قضاه اياه لدفع
الدعوى الباطلة ولو قال لم يكن لك علي شي ولا اعرفك فاقام المدعي البينة وقضى القاضي
ببينته ثم اقام المدعا عليه انه كان قضاه اياه لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان
قوله لا اعرفك يناقض دعوى القضا لان الظاهر انه لا يقضي الا بعد معرفته اياه فكان
في دعوى القضا لان الظاهر انه لا يقضي الا بعد معرفته اياه فكان في دعوى القضا مناقضا
فلا يسمع وذكر في غير هذه النسخة عن القدوري انه قال يقبل بينته لانه يحتمل انه عامل
وكيله واوفاه ولو ادعى على رجل عبدا بعينه والعبد في يد البايع فانكر البايع البيع
واقام المشتري البينة وقضى القاضي به ثم وجد به عيبا فاراد ان يرده على البايع فاقام
البايع البينة ان المشتري كان ابراه من كل عيب لم تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان
انكار البيع يناقض دعوى الابرا عن العيب لان الابرا يقتضي وجود البيع فكان مناقضا
في دعوى الابرا فلا يسمع وعلى هذا مسايل والاصل في هذا الباب انه اذا سبق من المدعي
ما يناقض دعواه يمنع صحة الدعوى الا في النسب والعتق فان التناقض فيهما غير معتبر
بان قال لمجهول النسب هو ابني من الزنا ثم قال هو ابني من النكاح تسمع دعواه وكذا
وكذا مجهول النسب اذا اقر بالرق لرجل ثم انه ادعى انه حر الاصل تسمع دعواه حتى تقبل
بينته لان ثبات النسب ينبني على امر خفي وهو العلوق منه وذلك مما يغلب خفاوه على
الناس فالتناقض في مثله غير معتبر كما اذا اختلعت امراة من زوجها على مال ثم ادعت
انه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع واقامت البينة على ذلك تسمع دعواها وتقبل بينتها لما
قلنا كذا هذا وكذا الرق والحرية ومنها ان يكون المدعا مما يحتمل الثبوت لان دعوى
ما يستحيل وجوده حقيقة او عادة يكون دعوى كاذبة حتى لو قال لمن لا يولد مثله
لمثله هذا ابني لا تسمع دعواه لاستحالة ان يكون الاكبر سنا ابنا لمن هو الاصغر اصغر
سنا منه وكذا اذا قال لمعروف النسب من الغير هذا ابني والله اعلم

فصل

واما بيان حد المدعي والمدعا عليه فقد اختلفت عبارات المشايخ في تحديدهما قال
بعضهم المدعي من اذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعا عليه من اذا ترك الجواب يجبر

اذا قال لا حق لي فيه

فاقام

بخبر وقال بعضهم المدعي من يلتمس قبل غيره عينا او دينا او حقا والمدعا عليه من يلتمس يدفع ذلك عن نفسه وقال بعضهم ينظر الي المتخاصمين ايهما كان منكرا فالاخر يكون مدعيا وقال بعضهم من يخبر عما في يد غيره لنفسه والمدعا عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه فينفصلان بذلك عن الشاهد والمقر فالشاهد من يخبر عما في يد غيره لغيره والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره والله اعلم

فصل واما بيان حكم الدعوي وما يتصل بها فحكمها وجوب الجواب علي المدعا عليه لان قطع الخصومة والمنازعة واجب لا يمكن القطع الا بالجواب فكان واجبا وهل يساله القاضي الجواب قبل طلب المدعي ذكر في ادب القاضي انه يساله وذكر في الزيادات انه لا يساله ما لم يقل المدعي سله عن دعواي وعلي هذا اذا تقدم الخصمان الي القاضي هل يسال المدعي عن دعواه في ادب القاضي انه يساله وفي الزيادات انه لا يساله يعرف ذلك في كتاب ادب القاضي ان شا الله تعالي واذا وجب الجواب علي المدعا عليه فاما ان اقر واما ان انكر واما ان سكت فان اقر يومر بالدفع الي المدعي لظهور صدق دعواه وان انكر فان كان للمدعي بينة اقامها ولو قال لا بينة لي ثم جا بالبينة هل تقبل روي الحسن عن ابي حنيفة انها تقبل وروي عن محمد انها لا تقبل وجه ما روي عن محمد ان قوله لا بينة لي اقرار علي نفسه والانسان لا يتهم في الاقرار علي نفسه فالاتيان بالبينة بعد ذلك رجوع عما اقر به فلا يصح وجه المروي عن ابي حنيفة ان من الجايز ان يكون له بينة لم يعلمها المدعي بان اقر المدعا عليه بين يدي هولا وهولا يعلم به ثم علم بعد ذلك فامكن التوفيق فلا يكون الاتيان بالبينة بعد ذلك رجوعا فتقبل وان لم يكن له بينة وطلب يمين المدعا عليه يحلف فيما يحتمل التحليف علي ما نذكر وان لم يقر ولم ينكر ولكنه سكت عن الجواب فيذكر حكمه في الفصل الذي يليه ان شا الله تعالي

فصل واما بيان حجة المدعي والمدعا عليه فالبينة حجة المدعي واليمين حجة المدعا عليه للحديث المشهور عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال البينة علي المدعي واليمين علي المدعا عليه جعل البينة حجة المدعي واليمين حجة المدعي عليه والمعقول كذلك يقتضي لان المدعي يدعي امرا خفيا فيحتاج الي اظهاره وللبينة قوة الاظهار لانه كلام من ليس بخصم فجعلت حجة المدعي واليمين وان كانت موكدة بذكر اسم الله تعالي وهي كلام الخصم فلا يصلح حجة مظهرة للحق ويصلح حجة المدعا عليه لانه متمسك بالظاهر وهو ظاهر اليد فحاجته الي استمرار حكم الظاهر واليمين وان كانت كلام الخصم فهي كاف للاستمرار فكان جعل البينة حجة المدعي وجعل اليمين حجة المدعا عليه وضع الشي في موضعه وهذا حد الحكمة وعلي هذا يخرج القضا بشاهد واحد ويمين لان الشهادة المدعي انه لا يجوز عندنا وعند الشافعي يجوز واحتج بما روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قضا بشاهد ويمين ولان الشهادة انما كانت حجة المدعي لكونها مرجحة جنبة الصدق علي جنبة الكذب في دعواه والرجحان كما يقع بالشهادة يقع باليمين فكانت اليمين في كونها حجة مثل البينة فكان ينبغي ان يكتفي بها الا انه ضم اليها الشهادة نفيا للتهمة ولنا الحديث المشهور ووجه الاستدلال بالحديث من وجهين احدهما ان النبي صلي الله عليه وسلم اوجب اليمين علي المدعا عليه ولو جعلت حجة المدعي لانتفي وجوبه علي المدعا عليه وهذا خلاف النص والثاني انه جعل كل جنس اليمين حجة المدعا عليه لانه ذكر اليمين بلام التعريف لانه استغراق كل الجنس فلو جعلت حجة المدعي لا يكون كل جنس اليمين حجة المدعا عليه بل يكون من الايمان ما ليس حجة له وهو يمين المدعي وهذا خلاف النص واما الحديث فقد

طعن

طعن فيه وقال لم يصح من رسول الله صلي الله عليه وسلم القضا بشاهد ويمين وكذا روي روي عن الزهري انه لما سيل عن اليمين مع الشاهد فقال بدعة واول من قضا بها معاوية وكذا ذكر ابن جريج عن عطا ابن ابي رباح انه قال كان القضا الاول ان لا يقبل الا شاهدان فاول من قضا بالشاهد مع اليمين عبد الملك بن مروان مع ما انه ورد مورد الاحاد مخالفا للمشهور فلا يقبل ولين ثبت عنه انه قضا بشاهد ويمين اما ليس فيه انه فيم قضي وقد روي عن بعض الصحابة رضي الله عنهم انه قضي بشاهد ويمين وعندنا انه يجوز القضا في بعض احكام الامان بشاهد ويمين اذا كان عدلا بان شهد انه امن هذا الكافر تقبل حتي لا يقتل لكن يسترق واليمين من باب ما يحتاط فيه فيحمل علي هذا توفيقا بين الدلايل صيانة لها عن التناقض وبهذا يتبين بطلان مذهب الشافعي في رده اليمين عند نكول المدعا عليه لان النبي صلي الله عليه وسلم لم يجعل اليمين الا في جانب المدعا عليه فالرد الي المدعي يكون وضع الشي في غير موضعه وهو حد الظلم وعلي هذا يخرج الخارج من ذي اليد الا اذا اقاما البينة انها لا تقبل بينة ذي اليد لانها جعلت حجة للمدعي وذو اليد ليس بمدعي بل هو مدعا عليه فلا تكون البينة حجة له فالتحقت بينته بالعدم فخلت بينة المدعي عن المعارض فيعمل وقد تخرج المسلة علي اصل اخر نذكره في موضعه ان شا الله تعالي وههنا نذكر علايق اليمين فنقول وبالله التوفيق الكلام في يمين في مواضع ٥ في بيان ان اليمين واجبة ٥ وفي بيان شرايط الوجوب وفي بيان كيفية الواجب ٥ وفي بيان حكم ادايه ٥ وفي بيان حكم الامتناع عن تحصيل اما دليل فالحديث المشهور وهو قوله صلي الله عليه وسلم البينة علي المدعي واليمين علي من انكر عليه المدعا عليه وعلي كلمة ايجاب واما شرايط الوجوب فانواع منها الانكار لانها وجبت للحاجة الي دفع التهمة وهي تهمة الكذب في الانكار فاذا كان مقرا لا حاجة لان الانسان لا يتهم في الاقرار علي نفسه والانكار نوعان نص ودلالة اما النص فهو صريح الانسان واما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعي من غير افة لان الدعوي اوجبت الجواب عليه والجواب نوعان اقرار وانكار فلا بد من حمل السكوت علي احدهما والحمل علي الانكار اولي لان العاقل المتدين لا يسكت عند اظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه وقد يسكت عن اظهاره لنفسه مع قدرته عليه فكان حمل السكوت علي الانكار اولي فكان السكوت انكارا دلالة ولم يسكت المقر ولم ينكر ولكنه قال لا اقر ولا انكر ولكنه اصر علي ذلك اختلف المشايخ فيه قال بعضهم هذا انكار وقال بعضهم هذا سكوت والاول اشبه لان قوله لا اقر ولا انكر اخبارا عن السكوت عن الجواب والسكوت انكار علي ما مر ومنها الطلب من المدعي لانها وجبت علي المدعا عليه حقا للمدعي وحق الانسان قبل غيره واجب الايفا عند طلبه ومنها عدم البينة الحاضرة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما ليس بشرط حتي لو قال المدعي لي بينة حاضرة ثم اراد ان يحلف المدعا عليه ليس له عنده وعندهما له ذلك وجه قولهما ان اليمين حق المدعي كالبينة وهذا لا يجب عند طلبه فكان له ولاية استيفاهما شا ولابي حنيفة ان البينة في كونها حجة المدعي كالاصل لكونها كلام غير الخصم واليمين كالخلف عنها لكونها كلام الخصم ولهذا لو اقام البينة ثم اراد استحلاف المدعا عليه ليس له ذلك والقدرة علي الاصل تمنع المصير الي الحلف ومنها ان لا يكون المدعا عليه حق الله تعالي خالصا فلا يجوز الاستحلاف في الحدود الخالصة حقا لله تعالي كحد الزنا والسرقة

[Margin, right-hand page: والمعقول صح]

[Margin, left-hand page: اقرار صح]

والشرب لان الاستحلاف لاجل النكول ولا يقضي بالنكول في الحدود الخالصة لانه بذل عند
ابي حنيفة وعندهما اقرار فيه شبهة العدم والحدود لا تحتمل البذل ولا يثبت بدليل
فيه شبهة ولهذا لا يثبت بشهادة النسا والشهادة على الشهادة الا في السرقة يحلف على
اخذ وكذا لا يمين في اللعان لانه جار مجري الحد واما حد القذف فيجري فيه الاستحلاف
في ظاهر الرواية لانه ليس من المتمحضة حقا لله تعالى بل يشوبه حق العبد فاشبه التعزير
وفي التعزير يحلف كذا هذا ويجري الاستحلاف في القصاص في النفس والطرف لان
القصاص خالص حق العبد ومنها ان يكون المدعا عليه مما يحتمل الاقرار به شرعا بان كان
لو اقر به صح اقراره فان لم يكن لا يجري فيه الاستحلاف حتي ان من ادعي علي انه اخوه ولم
يدع في يده ميراثا فانكر لا يحلف لانه لو اقر له بالاخوة لم يجز اقراره لكونه اقرارا علي غيره
وهو ابوه ولو ادعي انه اخوه وان في يده مالا من تركة ابيه وانه مستحق لنصفه بارثه
من ابيه يحلف لاجل الميراث لا للاخوة لانه لو اقر انه اخوه لصح اقراره في حق الارث حتي
يومر بتسليم الميراث اليه ولم يصح في حق النسب حتي لا يقضي بانه اخوه وعلي هذا عبد في يد
رجل ادعاه رجلان فاقر به لاحدهما وسلم القاضي العبد اليه فقال الاخر لا بينة لي وطلب
من القاضي تحليف المقر لا يحلف في عين العبد لانه لو اقر به لكان اقراره باطلا فاذا انكر لا يحلف
الا ان يقول الذي لم يترك انك اتلفت علي العبد باقرارك به لغيري فضمنت لي قيمته
يحلف المقر ما عليه رد قيمة ذلك العبد علي هذا المدعي ولا رد شي منها لانه لو اقر باتلافه لصح
وضمن القيمة فاذا انكر يستحلف ولو ادعي علي رجل انه زوجه ابنته الصغيرة فانكر الاب
لا يحلف عند ابي حنيفة بطريقين احدهما انه لو اقر به لا يصح اقراره به عنده فاذا
انكر لا يستحلف والثاني ان الاستحلاف انما يجري في النكاح وعندهما يحلف لكن عند
ابي يوسف يحلف علي السبب وعند محمد علي الحاصل والحكم علي ما نذكره ان شا الله تعالي هذا
اذا كانت صغيرة حين الدعوي فان كانت كبيرة وادعي ان اباها زوجها اياه في صغرها
لا يحلف ايضا لاحد الطريقين وعندهما لا يحلف ايضا لاحد الطريقين وهو انه لو اقر عليها
في الحال لا يصح اقراره ولكن تحلف المراة عندهما لانها لو اقرت لصح اقرارها والاستحلاف
عندهما يجري فيه لكن عند ابي حنيفة علي السبب بالله ان اباها زوجها وهي صغيرة الا
عند التعريض فيحكم علي الحكم كما هو مذهب محمد ولو ادعت امراة علي رجل انه زوجها
عبده فانكر المولي لا يحلف عند ابي حنيفة لطريقين احدهما انه لو اقر عليه لا يصح اقراره
والثاني انه لا استحلاف في النكاح عنده وعندهما لا يحلف ايضا لكن لطريق واحد وهو
انه لو اقر عليه لا يصح اقراره ولو ادعي رجل علي رجل انه زوجه امته لا يحلف المولي عند ابي
حنيفة وعندهما يحلف لطريق واحد وهو ان الاستحلاف لا يجري في النكاح عنده
وعندهما يجري والله اعلم وعلي هذا يخرج اختلافهم في الاشيا السبعة انه لا يجري
فيها عند ابي حنيفة وهي النكاح والرجعة والفي والايلا والنسب والرق
والولا والاستيلاد اما النكاح فهو ان يدعي رجل علي المراة انها امراته او تدعي
امراة علي رجل انه زوجها ولا بينة للمدعي وطلب يمين المنكر واما الرجعة فهي ان يقول الزوج
للمطلقة بعد انقضا عدتها قد كنت راجعتك وانكرت المراة وعجز الزوج عن اقامة البينة
فطلب يمينها واما الفي والايلا فهو ان يكون الرجل الى من امراته ومضت اربعة اشهر
فقال قد كنت فيئت اليك بالجماع فلم تبيني فقالت لم تف الي وبنت ولا بينة للزوج
فطلب يمينها واما النسب فنحو ان يدعي علي رجل انه ابوه او ابنه فانكر الرجل ولا بينة

عند ابي حنيفة لما قلنا من صح

فيحلف

له فطلب يمينه واما الرق فهو ان يدعي علي رجل انه عبده فانكر وقال انه حر الاصل لم يجر عليه
رق ابدا ولا بينة للمدعي فطلب يمينه واما الولا فان يدعي علي امراة انه اعتق اباها وان اباها
مات وولاه بينهما نصفان فانكرت ان يكون اعتقه وان يكون ولاه ثابتا منه ولا بينة للمدعي
فطلب يمينها علي ما انكرت من الولا واما الاستيلاد فهو ان تدعي امة علي مولاها فتقول
انا ام ولد لمولاي وهذا ولدي فانكر المولي لا يجري الاستحلاف في هذه المواضع السبع عند
ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجري والدعوي من الجانبين تتصور في الفصول الستة
وفي الاستيلاد لا يتصور الا من جانب واحد وهو جانب الامة اما من جانب المولي فلا يتصور
الدعوي لانه لو ادعي لثبت بنفس الدعوي وهذا بنا علي ما ذكرنا ان النكول بذل عند ابي
حنيفة وهذه الاشيا لا تحتمل البذل وعندهما اقرار فيه شبهة وهذه الاشيا بدليل فيه
شبهة وجه قولهما ان نكول المدعا عليه دليل كونه كاذبا في انكاره لانه لو كان صادقا لما امتنع
من اليمين الصادقة فكان النكول اقرارا دلالة الا انه دلالة قاصرة فيها شبهة العدم وهذه
الاشيا تثبت بدليل فيه قاصر شبهة العدم الا ترى انها تثبت بالشهادة علي الشهادة وبشهادة
رجل وامراتين ولابي حنيفة رحمه الله ان النكول يحتمل الاقرار لما قلتم ويحتمل البذل لان
العاقل المتدين كما يتحرز عن اليمين الكاذبة يتحرز عن التعيير والطعن باليمين ببذل
المدعا الا ان حمله علي البذل اولي لانا لو جعلناه اقرارا لكذبناه في الانكار ولو جعلناه
بذلا لم نكذبه لانه يصير في التقدير كانه قال ليس هذا لك ولكني لا اسلك عنه ولا
انازعك فيه فيحصل المقصود من غير الحاجة الي التكذيب واذا ثبت ان النكول بذل
وهذه الاشيا لا تحتمل البذل والاباحة فلا تحتمل النكول فلا تحتمل التحليف لانه انما
يستحلف المدعي لينكل المدعا عليه فيقضي عليه فاذا لم تحتمل النكول لا تحتمل التحليف
والله اعلم

فصل

واما كيفية اليمين فالكلام فيه يتعلق بموضعين احدهما في بيان
صفة التحليف نفسه والثاني في صفة المحلوف عليه انه علي ماذا يحلف اما الاول
فالامر لا يخلوا اما ان كان الحالف مسلما واما ان كان كافرا فان كان مسلما فيحلف القاضي
بالله ان شا الله من غير تغليظ لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف زيد
ابن ركانة او ركانة بن زيد بالله ما اردت بالبتة ثلثا وان شا غلظ لان الشرع ورد
بتغليظ اليمين في الجملة فانه روي انه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ابن صوريا
الاعور وغلظ فقال بالله الذي انزل التورية علي موسي ان حد الزنا في كتابكم هذا وقال
مشايخنا ينظر الي حال الحالف ان كان ممن لا يخاف منه الاجترا علي الله تعالي باليمين الكاذبة
يكتفي فيه بالله من غير تغليظ وان كان ممن يخاف منه ذلك لان من العوام من لا يبالي
عن الحلف بالله كاذبا واذا غلظ عليه اليمين يمتنع وقال بعضهم ان كان المدعا يسيرا يكتفي
فيه بالله وان كان كثيرا يغلظ وصفة التغليظ ان يقول قل والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب
والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ونحو ذلك مما يعد
تغليظا في اليمين وان كان الحالف كافرا فانه يحلف بالله ايضا ذميا كان او مشركا لان
المشركين لا ينكرون الصانع قال الله تعالي ولين سالتهم من خلق السموات والارض
ليقولن الله فيعظمون اسم الله تعالي ويعتقدون حرمته الا الدهرية والزنادقة
واهل الاباحة وهولا اقوام لا يتجاسرون علي اظهار نحلهم في عصر من الاعصار الي
يومنا هذا ونرجوا من فضل الله علي امة حبيبه صلى الله عليه وسلم ان لا يقدرهم علي
اظهارها ما انتحلوه الي انقضا الدنيا وان راي القاضي ما يكون تغليظا في دينه فعل

لما روينا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صوريا دل ان ذلك واسع فيغلظ
على اليهودي بالله الذي انزل التوراة على موسى وعلى النصراني بالله الذي انزل الانجيل على
عيسى والمجوسي بالله الذي خلق النار ولا يحلف على الاشارة الى مصحف معين بان يقول بالله
الذي انزل هذه التوراة او هذا الانجيل لانه قد ثبت تحريف بعضها فلا يؤمن ان تقع الاشارة
الى الحرف المحرف فيكون التحليف به تعظيما لما ليس بكلام الله تعالى ولا يبعث هؤلاء الى بيوت
عباداتهم من البيعة والكنيسة وبيت النار لان فيه تعظيم هذه المواضع وكذا لا يجب تغليظ
اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا وقال الشافعي ان كان بالمدينة يحلف عند المنبر
وان كان بمكة عند الميزاب ويحلف بعد العصر والصحيح قولنا لما روي من الحديث المشهور
وهو قوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من ادعي عليه مطلقا عن الزمان
والمكان وروي انه اختصم زيد بن ثابت رضي الله عنه وبن مطيع في دار الى مروان
ابن الحكم فقضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر فقال زيد احلف له مكاني فقال له
مروان لا والله الا عند مقاطع الحقوق فجعل زيد يحلف ان حقه لحق وابى ان يحلف عند
المنبر فجعل مروان يتعجب من ذلك ولو كان ذلك لازما لا يحتمل ان يأباه زيد رضي الله عنه
ولان تخصيص التحليف بزمان ومكان تعظيم غير اسم الله تعالى وفيه معنى الاشراك في التعظيم
واما بيان صفة المحلوف عليه انه على ماذا يحلف فنقول الدعوى لا تخلو اما ان كانت
مطلقة عن سبب واما ان كانت مقيدة بسبب فان كانت مطلقة عن سبب بان ادعى عبدا
او جارية او ارضا وانكر المدعا عليه فلا خلاف في انه يحلف على الحكم وهو ما وقع عليه الدعوى
فيقال بالله ما هذا العبد او الجارية او الارض لفلان هذا ولا شي منه وان كانت مقيدة
بسبب بان ادعى انه اقرضه الفا او غصبه او اودعه الفا فانكر المدعا عليه فقد اختلف
ابو يوسف ومحمد انه يحلف على السبب او على الحكم قال ابو يوسف يحلف على السبب بالله
ما استقرضت منه الفا وما اودعه الفا الا ان يعرض المدعا عليه ولا يصرح فنقول
قد يستقرض الانسان وقد يغصب وقد يودع ولا يكون عليه لما انه ابراه عن ذلك
او رد الوديعة وانا لا ابين ذلك لئلا يلزمني شي فحينئذ يحلف على الحكم وقال محمد يحلف
على الحكم من الابتدا بالله ما له عليك هذه الالف التي ادعى وجه قول محمد ان التحليف
على السبب تحليف على ما لا يمكنه الحلف عليه عسى لجواز ان يكون وجد منه السبب ثم
ارتفع بالابرا ثم بالرد فلا يمكنه الحلف على نفس السبب ويمكنه الحلف على الحكم على كل
فكان التحليف على الحكم اولى وجه قول ابي يوسف ما روي ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم حلف اليهود في باب القسامة على السبب فقال بالله ما قتلتموه ولا علمتم له قاتلا
فيجب الاقتدا به ولان الداخل تحت الحلف ما هو الداخل تحت الدعوى والداخل تحت الدعوى
في هذه الصور مقصورا هو السبب فيحلف عليه فبعد ذلك ان امكنه الحلف على السبب
حلف عليه وان لم يمكنه ان عرض حينئذ يحلف على الحكم وعلى هذا الخلاف دعوى الشرا
اذا انكر المدعا عليه فعند ابي يوسف يحلف على السبب بالله ما بعته هذا الشي الا ان
يعرض هذا الخصم والتعريض في هذا ان يقول قد يتبع الرجل الشي ثم يعود اليه بهبة
او فسخ او اقالة او رد بعيب او خيار شرط او خيار روية وانا لا ابين ذلك كيلا يلزمني
شي فحينئذ على الحكم بالله ما بينكما بيع قايم او شرا قايم بهذا السبب الذي يدعي وهكذا
يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى الطلاق بان ادعت امراة على زوجها انه طلقها ثلاثا
او ما خالعها الا الان او خالعها على كذا وانكر الزوج ذلك يحلف على السبب عند ابي يوسف

يحلف صح

بالله ما طلقها ثلثا او ما خالعها الا ان يعرض الزوج فيقول ان الانسان قد يخالع امراته ثم تعود
اليه وقد يطلقها ثلثا ثم تتزوج بزوج اخر ثم تعود اليه فحينئذ يحلف على الحكم بالله ما هي حرام
عليك بثلاث تطليقات او بالله ما هي مطلقة منك ثلاثا او ما هي حرام عليك بالخلع او ما هي بائن
منك ونحو هذه العبارات وهكذا يحلف على قول محمد وعلى هذا دعوى العتاق في الامة بان
ادعت امة على مولاها انه اعتقها وهو منكر عند ابي حنيفة يحلف المولى على السبب بالله ما
اعتقها الا ان يعرض لانه يتصور النقض في هذا والعود بان ارتدت المراة ولحقت
بدار الحرب ثم سباها او سباها غيره فاشتراها حينئذ يحلف كما قاله محمد ولو كان مدعي
العتق هو العبد فيحلف على السبب بلا خلاف بالله ما اعتقه في الرق القايم للحال في ملكه
لانعدام تصور التعريض لان العبد المسلم لا يحتمل الجمع السبي بعد العتق حتى لو كان العبد
لم يعرف مسلما او كان كافرا يحلف عند محمد على الحكم لاحتمال العود الى الرق لان الذمي اذا
نقض العهد ولحق بدار الحرب ثم سبي يسترق بخلاف المسلم فانه يجبر على الاسلام ويقتل
ان ابى ولا يسترق وعلى هذا دعوى النكاح وهو تفريع على مذهبهما لان ابا حنيفة لا يرى
الاستحلاف فيه فنقول الدعوى لا تخلو من ان تكون من الرجل او من المراة فان كانت من
الرجل وانكرت المراة النكاح فعند ابي يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض لاحتمال الطلاق
والفرقة بسبب ما فحينئذ يحلف على الحكم بالله ما بينكما نكاح قايم كما هو مذهب محمد فاما
عند ابي حنيفة رحمه الله لو قال الزوج انا اريد ان اتزوج اختها او اربعا سواها فان القاضي
لا يمكنه من ذلك لانه اقر ان هذه امراته فنقول ان كنت تريد ذلك فطلق هذه ثم تزوج
اختها او اربعا سواها وان كان دعوى النكاح من المراة على رجل وانكر الرجل فعند ابي
يوسف يحلف على السبب الا ان يعرض فيحلف على الحكم كما قاله محمد فاما عند ابي حنيفة
رحمه الله لو قالت المراة اني اريد ان اتزوج فان القاضي لا يمكنها من ذلك لانها قد اقرت
ان لها زوجا فلا يمكنها من التزوج بزوج اخر فان قالت منى الخلاص عن هذا وقد بقيت في
عهدته ابدا الدهر وليست لي بينة ومنه نسمي عهدة ابي حنيفة رحمه الله فانه يقول
القاضي للزوج طلقها فان ابى اجبره القاضي على ذلك فان قال الزوج لو طلقتها للزمني
[illegible] فلا افعل ذلك يقول القاضي له قل لها ان كنت امراتي فانت طالق فتطلق لو كانت امراته
فان لم تكن فلا تطلق ولا يلزمك شي لان المال لا يلزم بالشك فان ابى اجبره على ذلك فاذا
فعل تخلص عن تلك العهدة فاذا كانت وان كانت الدعوى في اجارة عبد او دار او دابة
او معاملة او مزارعة فعند ابي يوسف يحلف على السبب الا اذا وعند يحلف على الحكم
على كل حال وعند ابي حنيفة ما كان صحيحا وهو الاجارة يحلف وما كان فاسدا وهو المعاملة
والمزارعة لا يحلف اصلا لان الحلف بنا على الدعوى الصحيحة ولم يصح عنده ولو كانت الدعوى
في القتل الخطا بان ادعى رجل على اخر انه قتل اباه خطا وانه وجبت الدية وانكر المدعا
عليه يحلف على السبب عند ابي يوسف بالله ما قتلت الا اذا عرض وعند محمد على الحكم
بالله ليس عليك الدية ولا على عاقلتك وانما يحلف على هذا الوجه لاختلاف المشايخ
في الدية في فصل الخطا انها تجب على العاقلة ابتدا او تجب على القاتل ثم يتحمل عنه العاقلة
فان حلف بري وان نكل يقضي عليه بالدية في ماله

فصل واما حكم ادايه فهو انقطاع
الخصومة للحال لا مطلقا بل موقتا الى غاية احضار البينة عند عامة العلما وقال بعضهم
حكمه انقطاع الخصومة على الاطلاق حتى لو اقام المدعي البينة بعد يمين المدعا عليه قبلت
بينته عند العامة وعند بعضهم لا تقبل لانه لو قام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف

انقطاع

فكذا اذا استحلف لا يبقى له ولاية اقامة البينة والجامع ان حقه في احدهما فلا يملك الجمع بينهما
والصحيح قول العامة لانه لان البينة هي الاصل في الحجة لانها كلام الاجنبي فاما اليمين فكالخلف
عن البينة لانها كلام الخصم صير اليها للضرورة فاذا جا الخصم الاصل انتهي حكم الحلف كانه لم يوجد اصلا
ولو قال المدعي للمدعا عليه احلف وانت بري من هذا الحق الذي ادعيته او انت بري من
هذا ثم اقام البينة قبلت بينته لان قوله انت بري يحتمل البراة للحال اي بري عن دعواه
او خصومته للحال ويحتمل البراة عن الحق فلا يجعل ابرا عن الحق بالشك والله اعلم

فصل

واما حكم الامتناع من تحصيله فالمدعا عليه اذا نكل عن اليمين فان ذلك في دعوي المال يقضي
عليه بالمال عندنا ولكن ينبغي للقاضي ان يقول له انني اعرض عليك اليمين ثلاث مرات فان
حلفت والا قضيت لجواز ان يكون المدعا عليه ممن لا يري القضا بالنكول او يكون عنده ان القاضي
لا يري القضا بالنكول او لحقه حشمة القضا وهابة مجلس القاضي في المرة الاولي فكان الاحتياط
ان يقول له ذلك فاذا نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثا فان القاضي يقضي عليه عندنا
وعند الشافعي لا يقضي بالنكول ولكن يرد اليمين الي المدعي فيحلف فياخذ حقه احتج الشافعي
بقول النبي صلي الله عليه وسلم البينة علي المدعي واليمين علي من انكر جعل البينة حجة المدعي واليمين
حجة المدعا عليه ولم يذكر النكول ولو كان حجة المدعي لذكره ولان النكول يحتمل انه نكل
لكونه كاذبا في انكاره فاحترز عن اليمين الكاذبة ويحتمل انه نكل مع كونه صادقا في الانكار تورعا
عن اليمين الصادقة فلا تكون حجة القضا مع الاحتمال لكن ترد الي المدعي فيحلف فيقضي له لانه
يرجح جنبة الصدق في دعواه بيمينه وقد ورد الشرع برد اليمين الي المدعي فانه روي ان
عثمان ادعي علي المقداد مالا بين يدي عمر رضي الله عنهم فانكر المقداد وتوجهت اليمين عليه
فرد اليمين علي عثمان وعمر رضي الله عنه جوز ذلك ولنا ما روي ان شريحا رضي الله عنه
قضي علي رجل بالنكول فقال المدعا عليه انا احلف فقال شريح مضي قضاي وكان لا يخفي قضاياه
علي الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر فيكون اجماعا منهم علي جواز القضا بالنكول
ولانه ظهر صدق المدعي في دعواه فيقضي له كما اقام البينة ودلالة الوصف ان المانع من
ظهور الصدق في خبره انكار المدعا عليه وقد عارضه النكول لانه لو كان صادقا في انكاره
لما نكل فزال المانع للعارض فظهر صدقه في دعواه وقوله يحتمل انه نكل تورعا عن اليمين الصادقة
قلنا هذا احتمال نادر لان اليمين الصادقة مشروعة فالظاهر ان الانسان لا يرضي
بفوات حقه تحرزا عن مباشرة امر مشروع ومثل هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعا الا تري
ان البينة حجة القضا بالاجماع وان كانت محتملة في الجملة لانها خبر من ليس بمعصوم عن
الكذب لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب كذا هذا واما الحديث
فنقول البينة حجة المدعي وهذا لا ينفي ان يكون غيرها حجة قوله لو كان حجة لذكره قلنا يحتمل
انه لم يذكره نصا مع كونه حجة تسليطا للمجتهدين علي الاجتهاد ليعرف كونه حجة بالراي والاستنباط
فلا يكون حجة مع الاحتمال واما رد اليمين الي المدعي فليس بمشروع لما ذكرنا من قبل واما
واما حديث المقداد فلا حجة فيه لان فيه ذكر الرد من غير نكول المدعا عليه وهو خارج
عند الكل فكان ماولا عند الكل وتاويله ان مقدادا ادعي الايفا فانكر عثمان رضي الله
عنه فتوجهت اليمين عليه ونحن به نقول هذا اذا نكل عن اليمين في دعوي المال فان
كان النكول في دعوي القصاص فلا يخلوا اما ان تكون الدعوي في القصاص في النفس
واما ان تكون فيما دون النفس فان كان في النفس فعند ابي حنيفة رحمه الله لا يقضي
فيه لا بالقصاص ولا بالمال ولكنه يحبس حتي يقر او يحلف ابدا وان كان الدعوي في القصاص

في الطرف فانه يقضي بالقصاص في العمد وبالدية في الخطا وعندهما لا يقضي بالقصاص في النفس
والطرف جميعا لكن يقضي بالارش والدية فيهما جميعا بنا علي ان النكول بذل عند ابي حنيفة رحمه
الله والطرف يحتمل البذل والاباحة في الجملة فان من وقعت في يده آكلة والعياذ بالله فامر غيره
بقطعها يباح له القطع صيانة للنفس وبه تبين ان الطرف يسلك به مسلك الاموال لانه خلق
وقاية للنفس كالمال فاما النفس فلا تحتمل البذل والاباحة بحال وكذا المباح له القطع اذا قطع
لا ضمان عليه والمباح له القتل اذا قتل يضمن فكان الطرف جاريا مجري المال بخلاف النفس
فامكن القضا بالنكول في الطرف دون النفس فكان القياس ان لا يستحلف في النفس عنده
كما لا يستحلف في الاشيا السبعة لان الاستحلاف للتوسل الي مقصود المدعي وهو استيفا حقه
بالقضا بالنكول ولا يقضي فيها بالنكول اصلا عنده فكان ينبغي ان لا يستحلف الا انه استحسن
في الاستحلاف فيها لان الشرع ورد به في باب القسامة وجعله حقا مقصودا في نفسه تعظيما
لامر الدم وتفخيما لشانه لكون اليمين الكاذبة مهلكة نصا وبالنكول ما نعا حقا مستحقا
عليه فيحبس حتي يقر او يحلف بخلاف الاشيا السبعة فان الاستحلاف فيها الي استيفا المقصود
بالنكول وانه لا يقع وسيلة الي هذا المقصود وعندهما النكول اقرار فيه شبهة العدم لانه
اقرار بطريق السكوت وانه يحتمل والقصاص يدرء بالشبهات واذا سقط القصاص للشبهة
يجب المال بخلاف شهادة النسا مع الرجال والشهادة علي الشهادة انها لا تقبل في باب القصاص
لان التعذر هناك من جهة من له القصاص وهو عدم الاتيان بحجة مظهرة وهي شهادة شهود
ذكور اصول والتعذر ههنا من جهة من عليه القصاص وهو عدم التنصيص علي الاقرار
والاصل ان القصاص اذا بطل من جهة من له القصاص لا تجب الدية واذا بطل من جهة من
عليه تجب الدية واما في دعوي السرقة اذا حلف علي اخذ المال ونكل يقضي بالمال لا بالقطع لان
النكول حجة في الاموال دون الحدود الخالصة واما في دعوي القذف اذا حلف علي ظاهر الرواية
فنكل يقضي بالحد في ظاهر الاقاويل لانه بمنزلة القصاص في الطرف عند ابي حنيفة وعندهما
بمنزلة النفس وقال بعضهم هو بمنزلة ساير الحدود ولا يقضي فيه بشي ولا يحلف لانه حد
وقيل يحلف ويقضي فيه بالتعزير دون الحد كما في السرقة يحلف ويقضي بالمال ولا بقطع
والله اعلم

فصل

واما بيان ما تندفع به الخصومة عن المدعا عليه ويخرج عن كونه خصما
للمدعي فنقول وبالله التوفيق انه يخرج عن كونه خصما للمدعي بكون يده يد غير المالك وذلك يعرف
بالبينة او بالاقرار او بعلم القاضي نحو ما اذا ادعي علي رجل دارا او دابة او ثوبا فقال الذي في
يديه هو ملك فلان الغايب اودعنيه وجملة الكلام فيه ان المدعي لا يخلوا اما ان يدعي عليه
ملكا ولم يدع عليه فعلا فان ادعي ملكا مطلقا ولم يدع عليه فعلا فقال الذي في يديه اودعنيه
فلان الغايب او رهنها او اجرها او اعارها او غصبتها او سرقتها او اخذتها او انتزعتها او ضلت
فوجدتها واقام البينة علي ذلك تندفع عنه الخصومة عند عامة العلما وقال ابن ابي ليلي تندفع
عنه الخصومة اقام البينة او لم يقم وقال ابن شبرمة لا تندفع عنه الخصومة اقام البينة
او لم يقم وهذا اذا لم يكن الرجل معروفا بالافتعال والاحتيال فان كان تندفع عنه الخصومة
عند ابي حنيفة ومحمد ايضا وعند ابي يوسف لا ينقطع وهي المسلة المعروفة بالمخمسة والحجج
تعرف في الجامع ان شا الله تعالي وكذلك لو ادعي الفعل والملك علي غير ذي اليد بان هذا ملكي غصبه
مني فلان لانه لم يدع علي ذي اليد فعلا فصار في حق ذي اليد دعوي مطلقة فكان علي الخلاف
الذي ذكرنا فاما ادعي علي ذي اليد فعلا بان قال هذه داري او دابتي او ثوبي اودعتكها او
غصبتها او سرقتها او استاجرتها او ارتهنتها مني وقال الذي في يده انها لفلان الغايب اودعنيها

للحق صح

في الطرف

اوغصبها ونحو ذلك واقام البينة على ذلك لاتندفع عنه الخصومة ووجه الفرق ان ذا اليد
في دعوى الملك المطلق انما يكون خصما بيده الا ترى ان المدعا به لو لم يكن في يده لم يكن خصما فاذا
اقام البينة على ان اليد لغيره كان الخصم ذلك الغير وهو غايب فاما في دعوى الفعل فانما يكون
خصما بفعله لا بيده الا ترى ان الخصومة متوجهة عليه بدون غيره يده فاذا كان خصما بفعله فالبينة
لا تبين ان الفعل منه لم يكن فعلا لم يسم فاعله بان قال غصب مني واخذ مني فاقام ذو اليد
البينة على الايداع تندفع الخصومة ولو قال سرق مني فالقياس ان تندفع الخصومة كما في
الغصب والاخذ وهو قول محمد وزفر وفي الاستحسان لا تندفع فرقا بينه وبين الاخذ
والغصب وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ووجه الفرق يعرف في الجامع ان شا الله تعالى
ولو قال المدعي هذه الدار كانت لفلان اشتريتها منه وقال الذي في يديه اودعنيه فلان
الذي ادعيت الشرا من جهته اوسرقتها منه اوغصبتها تندفع عنه الخصومة من غير اقامة
البينة على ذلك لانه ثبت كون يده يد غيره بتصادقهما اما المدعا عليه فظاهر واما المدعي
فبدعواه الشرا منه لان الشرا منه لا يصح بدون اليد وكذا لو اقام الذي في يديه البينة على
اقرار المدعي بذلك لان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو عاينا اقراره لاندفعت الخصومة
كذا هذا وكذا اذا علم القاضي بذلك لان العلم المستفاد له في زمان القضا فوق الاقرار لكونه
حجة متعدية الى الناس كافة بمنزلة البينة وكون الاقرار حجة مقتصرة على المقر خاصة ثم لما اندفعت
الخصومة باقرار المدعي فبعلم القاضي اولى ولو قال الذي في يديه ابتعته من فلان الغايب
لاتندفع الخصومة لانه ادعى الملك واليد لنفسه وهذا يقرر كونه خصما فكيف يدفع الخصومة
ولو اقام المدعي البينة انه ابتاعه من عند فلان وقال الذي في يديه اودعنيه عبد الله
ذلك تندفع الخصومة من غير بينة لانهما تصادقا على الوصول اليه من يد عبد الله فاثبتا
اليد له وهو غايب وعلى هذا الاصل مسايل كثيرة في الجامع نذكرها هناك ان شا الله تعالى

فصل واما حكم تعارض الدعوتين فالحاقا الكلام فيه في موضعين احدهما في بيان
حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين والثاني في بيان تعارض الدعوتين لاغير
اما بيان حكم تعارض الدعوتين مع تعارض البينتين فيقع الكلام فيه في موضعين احدهما حكم
تعارض البينتين القايمتين على اصل الملك والثاني حكم تعارض البينتين القايمتين على قدر
الملك اما الاول فالاصل ان البينتين اذا تعارضتا في اصل الملك من حيث الظاهر فان امكن
ترجيح احدهما على الاخرى يعمل بالراجح لان البينة حجة من حجج الشرع والراجح ملحق بالمتيقن
في احكام الشرع وان تعذر الترجيح فان امكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه وجب العمل
وان تعذر العمل بهما من كل وجه وامكن العمل بهما من وجه وجب العمل به لان العمل بالدليلين
واجب بقدر الامكان وان تعذر العمل بهما اصلا سقط اعتبارهما والتحقتا بالعدم اذ لا حجة
مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة وجملة الكلام في هذا الفصل ثلثة انواع دعوى
الملك ودعوى اليد ودعوى الحق وادار محمد رحمه الله مسايل الدعوى على دعوى الملك
واليد والنسب اما دعوى الملك فلا يخلو اما ان تكون من الخارج على ذي اليد واما ان تكون
من الخارجين على ذي اليد واما ان تكون من صاحبي اليد احدهما على صاحبه فان كانت
الدعوى من الخارج على ذي اليد دعوى الملك واقاما البينة فلا يخلو اما ان قامت البينتان
على ملك مطلق عن الوقت واما ان قامتا على ملك موقت واما ان قامت احدهما على ملك مطلق
والاخرى على ملك موقت وكل ذلك لا يخلو اما ان كان بسبب واما ان كان بغير سبب فان
قامتا على ملك مطلق عن الوقت فبينة الخارج عند اصحابنا وعند الشافعي بينة ذي اليد

خصما ولو ادعى صح

اولى وجه قول الشافعي ان البينتين تعارضتا من حيث الظاهر وترجحت بينة ذي اليد
فكان العمل بها اولى ولهذا بينته في دعوى ولنا ان البينة حجة المدعي لقول النبي صلى الله
عليه وسلم البينة على المدعي وذو اليد ليس بمدع فلا تكون البينة حجته والدليل على انه ليس
بمدع ما ذكرنا من تحديد المدعي انه اسم لمن يخبر عما في يد غيره لنفسه والموصوف بهذه الصفة
هو الخارج لان ذا اليد لانه يخبر عما في يد نفسه لنفسه فلم يكن مدعيا فالتحقت بينته بالعدم
فبقيت بينة الخارج بلا معارض فوجب العمل بها ولان بينة الخارج اظهرت له سبق الملك
فكان القضا بها اولى كما اذا وقتت البينتان نصا ووقتت بينة الخارج ودلالة الوصف
انها اظهرت له سبق اليد لانهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق
الا بعلمهم به ولا يحصل العلم بالملك الا بعد العلم بدليل الملك ولا دليل على الملك المطلق
سوى اليد فاذا شهدوا للخارج فقد اثبتوا كون المال في يده وكون المال في يد ذي اليد ظاهر
ثابتا للحال فكانت يد الخارج سابقة على يده فكان ملكه سابقا ضرورة واذا ثبت سبق الملك
للخارج يقضي ببينته لانه لما ثبت الملك واليد في هذا العين في زمان سابق ولم يعرف
لثالث فيها يد وملك علم انها انتقلت من يده اليه فوجب اعادة يده ورد المال اليه حتى يقيم
صاحب اليد الاخير الحجة انه باي طريق انتقل اليه كما اذا عاين القاضي كون المال في يد انسان
ويدعيه لنفسه ثم راه فانه في يد غيره فانه يامره بالرد اليه اذا ادعاه ذلك الرجل الا ان
يبين سببا صالحا للانتقال اليه وكذا اذا اقر المدعا عليه ان هذا المال كان في يد المدعي
فانه يومر بالرد اليه الى ان يبين بالحجة طريقا صالحا للانتقال اليه كذا هذا وكذا اذا ارخا
نصا وتاريخ احدهما اسبق لان هذا تاريخ من حيث المعنى بخلاف النتاج بان هناك لم يثبت
سبق يد الخارج لانعدام تصور السبق والتاخر فيه لان النتاج مما لا يحتمل التكرر فيطلب
الترجيح من وجه اخر فيترجح بينة صاحب اليد باليد وهاهنا بخلافه هذا اذا قامت
البينتان على ملك مطلق عن الوقت من غير سبب فاما اذا قامتا على ملك موقت من غير
سبب فان استوى الوقتان يقضي للخارج اعتبار الوقتين للتعارض فبقي دعوى ملك
مطلق وان كان احدهما اسبق من الاخر يقضي للاسبق وقتا ايهما كان في قول ابي حنيفة
وابي يوسف ومحمد وروى بن سماعة عن محمد انه رجع عن هذا القول عند رجوعه من
الرقة وقال لا يقبل من صاحب اليد بينة على وقت وغيره الا في النتاج والصحيح جواب
الرواية لان بينة صاحب اليد اظهرت الملك له في وقت لا ينازعه فيه احد فيدفع
المدعا عليه الى ان يثبت بالدليل سببا للانتقال عنه الى غيره وان قامت احداهما على
ملك مطلق والاخرى على ملك موقت من غير سبب لا عبرة للوقت عند ابي حنيفة ومحمد
ويقضي للخارج وعند ابي يوسف يقضي لصاحب الوقت ايهما كان وروي عن ابي حنيفة
مثل قول ابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان بينة صاحب الوقت اظهرت الملك له في
وقت خاص لا يعارضها فيه بينة مدعي الملك المطلق بيقين بل يحتمل المعارضة وعدمها
لان الملك المطلق لا يتعرض للوقت فلا يثبت المعارضة بالشك ولهذا لو ادعى كل واحد
من الخارجين على ثالث واقام كل واحد منهما البينة انه اشتراه من رجل واحد ووقت
بينة احدهما واطلقت الاخرى انه يقضي لصاحب الوقت كذا هنا وجه قول ابي حنيفة
ومحمد ان الملك المطلق احتمل السبق والتاخر لجواز ان صاحب البينة المطلقة لو وقت
بينته كان وقتها اسبق فوقع الاحتمال في سبق الملك الموقت فسقط اعتبار الوقت فبقي
دعوى الملك فيقضي للخارج بخلاف الخارجين اذا ادعيا الشرا من رجل واحد لان البايع

اذا كان واحدا فقد اتفقا على تلقي الملك ببيعه وانه امر حادث وقد ظهر بالتاريخ ان شرا
صاحب الوقت ولا تاريخ مع الاخر وشراؤه امر حادث ولا يعلم تاريخه فكان صاحب التاريخ
اولى هذا اذا قامت البينتان من الخارج وذي اليد على ملك مطلق او موقت من غير سبب
فاما في دعوى ذلك بسبب فان كان السبب هو الارث فكذلك الجواب حتى لو قامت البينتان
على ملك مطلق بسبب الارث بان اقام كل واحد منهما البينة على انه ملكه مات ابوه
وتركه ميراثا يقضي للخارج بلا خلاف بين اصحابنا وكذلك ان قامتا على ملك موقت واستوى
الوقتان لانه سقط اعتبار الوقتين للتعارض فبقي دعوى مطلق الملك وان كان احدهما
اسبق من الاخر يقضي لاسبقهما وقتا ايهما كان في قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد
الاول وفي قول محمد الاخر يقضي للخارج لان دعوى الارث دعوى ملك الميت فكل واحد
من البينتين اظهرت ملك الميت لكن قام الوارث مقام الميت في ملك الميت فكان
المورثين ادعيا ملكا مطلقا او موقتا من غير سبب وهناك الجواب هكذا في الفصول
كلها من الاختلاف والاتفاق الا في فصل واحد وهو ما اذا قامت احدى البينتين على ملك
مطلق والاخرى على ملك موقت فان هاهنا يقضي للخارج بالاتفاق ولا عبرة للوقت كما لا عبرة
له في دعوى المورثين وعلى هذا اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله يطرد فاما على اصل ابي يوسف
فيشكل وان كان السبب هو الشرا بان ادعى الخارج بانه اشترى هذه الدار من صاحب
اليد بالف درهم ونقده الثمن وادعى صاحب اليد انه اشتراها من الخارج ونقده الثمن واقام
كل واحد منهما البينة على ذلك فان اقاما البينة على الشرا من غير وقت ولا قبض لا تقبل
البينتان في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يجب لواحد منهما على صاحبه شي ويترك المدعا
في يد ذي اليد وعند محمد يقضي بالبينتين ويومر بتسليم المدعا الى الخارج وجه قول
محمد ان التوفيق بين الدليلين واجب بقدر الامكان وامكن التوفيق هاهنا بين البينتين
بتصحيح العقدين بان يجعل كان صاحب اليد اشتراه اولا من الخارج وقبضه وفي هذا
التقدير تصحيح العقدين فوجب القول به ولا وجه للقول بالعكس من ذلك بان يجعل كان
الخارج اشترى اولا من صاحب اليد ولم يقبضه حتى باعه من صاحب اليد لان في هذا
التقدير افساد العقد الاخير لانه بيع المبيع العقار قبل القبض وانه غير جائز عند
فتعين تصحيح العقدين بالتقدير الذي قلنا واذا صح العقدان بقي المشترا في يد صاحب
اليد فيومر بالتسليم الى الخارج وجه قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ان كل مشتري
يكون بالملك للبايع فكان دعوى الشرا من كل واحد اقرارا بملك المبيع لصاحبه فكانت
البينتان قايمتان على اقرار كل واحد منهما بالملك لصاحبه وبين موجبي الاقرارين تنافي
فيهمل العمل بالبينتين اصلا وان وقتت البينتان ووقت الخارج اسبق فان لم يذكر واقبضا
يقضي بالدار لصاحب اليد عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقضي للخارج لان
وقت الخارج اذا كان اسبق جعل كانه اشترى الدار اولا ولم يقبضها حتى باعها من
صاحب اليد وبيع العقار قبل القبض لا يجوز عند محمد واذا لم يجز بقي على ملك الخارج
وعندهما ذلك جايز فصح البيعان وان ذكروا القبض جاز البيعان ويقضي بالدار لصاحب
اليد بالاجماع لان بيع العقار بعد القبض جائز بلا خلاف فيجوز البيعان واما اذا كان وقت
صاحب اليد اسبق ولم يذكروا قبضا يقضي بها للخارج لانه اذا كان وقته اسبق يجعل
سابقا في الشرا كانه اشترى من الخارج وقبض ثم اشترى منه الخارج ولم يقبض فيومر
بالدفع اليه وكذلك ان ذكروا قبضا لانه يقدر كانه اشترى من صاحب اليد اولا وقبض ثم

اشتري

اشترى الخارج منه وقبض ايضا ثم عادت الى يد صاحب اليد بوجه اخر والله اعلم وان كان السبب
هو النتاج وهو الولادة في الملك فهذا لا يخلوا اما ان قامت البينتان على النتاج واما ان قامت
احدهما على النتاج والاخرى على ملك المطلق فان قامت البينتان على النتاج فلا يخلوا اما ان
كانت البينتان مطلقتين عن الوقتين واما ان وقتتا وقتا فان لم يوقتا وقتا يقضي لصاحب
اليد لان القايمة على النتاج قايمة على اولية الملك وقد استوت البينتان في اظهار الاولية
فترجح بينة صاحب اليد باليد فيقضي ببينته وقد روي عن جابر ان رجلا ادعى بين يدي
رسول الله صلى الله عليه وسلم نتاج ناقة في يد رجل واقام البينة عليه واقام ذو اليد على مثل
ذلك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالناقة لصاحب وهو ظاهر مذهب اصحابنا وقال
عيسى بن ابان من اصحابنا انه لا يقضي لصاحب اليد بل تتهاتر البينتان ويترك المدعا في يد
صاحب اليد ليكون قضا حقيقة وكذا في الحديث الذي روينا عن رسول الله عليه وسلم انه قضا
لصاحب اليد وكذا في دعوى النتاج من الخارجين على ثالث يقضي بينهما نصفين ولا يترك في يد
صاحب اليد دل ان ما ذكره خلاف مذهب اصحابنا رحمهم الله ولو اقام احدهما البينة على النتاج
والاخر على الملك المطلق عن النتاج فبينة النتاج اولى لما قلنا انها قامت على اولية الملك لصاحبه
فلا يثبت لغيره الا بالتلقي منه وان وقتت البينتان فان اتفق الوقتان فكذلك لسقوط اعتبارهما
للتعارض فبقي دعوى الملك المطلق وان اختلفا حكم لسن الدابة فيقضي لصاحب الوقت الذي
وافقه السن لانه ظهر ان البينة الاخرى كاذبة بيقين هذا اذا علم سنها فاما اذا اشكل سقط
اعتبار التاريخ لانه يحتمل ان يكون سنها موافقا لهذا العقد ويحتمل ان يكون موافقا لذلك
الوقت ويحتمل ان يكون مخالفا لهما جميعا فسقط اعتبارهما كانهما سكتا عن التاريخ اصلا وان
خالف سنها الوقتين جميعا سقط الوقت كذا ذكر في ظاهر الرواية لانه ظهر بطلان التوقيت
فكانهما لم يوقتا فبقيت البينتان قايمتين على مطلق الملكين من غير توقيت وذكر الحاكم في مختصره
ان في رواية ابي الليث رحمه الله تتهاتر البينتان قال وهو الصحيح ووجهه ان سن الدابة
اذا الف الوقتين فقد تيقنا بكذب البينتين فالتحقتا باليد فيترك المدعا في يد صاحب
اليد كما كان والجواب ان مخالفة البينتين الوقتين توجب كذب الوقتين لا كذب البينتين
اصلا وراسا وكذلك لو اختلفا في جارية وقال الخارج انها ولدت في ملكي من امتي هذه وقال
صاحب اليد كذلك يقضي لصاحب اليد لما قلنا وكذلك لو اختلفا في الصوف والمرعزي
واقام كل واحد منهما بينة انه جزه في ملكه يقضي لصاحب اليد وكذلك لو اختلفا في الغزل
واقام كل واحد منهما البينة انه له غزله من قطن هو ملكه يقضي لصاحب اليد والاصل
ان المنازعة اذا وقعت في سبب لا يحتمل التكرر كان بمنزلة النتاج فيقضي لصاحب اليد
واذا وقعت في سبب ملك يحتمل التكرر او لا يقضي للخارج ايضا فعلى هذا اذا اختلفا في
اللبن فاقام كل واحد منهما البينة انه له حلب في يده وفي ملكه يقضي لصاحب اليد لان اللبن
الواحد لا يحتمل الحلب مرتين فكان في معنى النتاج وكذلك لو ادعى كل واحد منهما ان
الشاة التي حلب منها اللبن له نتجت عنده يقضي لصاحب اليد بالشاة واللبن جميعا
وكذلك لو اختلفا في جبن واقام كل واحد البينة انه له صنعه في ملكه يقضي لصاحب
اليد لان اللبن الواحد لا يحتمل ان يصنع جبنا مرتين فكان بمنزلة النتاج ولو اختلفا
في الارض والنخل وادعى كل واحد منهما انه ارضه غرس النخل فيها يقضي بهما للخارج لان
هذا ليس في معنى النتاج لان النتاج سبب الولد والغرس ليس سبب ملك الارض وكذلك
الارض الغرس مما يحتمل التكرر فلم يكن بمعنى النتاج وكذلك لو اختلفا في الحبوب

مذهب صح

٢

منهما صح

النابتة ادعي كل والقطن النابت ادعي كل واحد منهما انه زرعه في ارضه فانه يقضي
بالارض والقطن للخارج وكذلك لو اختلفا في البنا انه ادعي انه بنى في ارضه لما
قلنا ولو اختلفا في حلي مصوغ ادعي كل واحد منهما انه صاغه في ملكه يقضي للخارج لان
الصياغة تحتمل التكرر فلم تكن بمعنى النتاج ولو اختلفا في ثوب خز او شعر واقام
كل واحد منهما انه له نسجه في ملكه فان علم ان ذلك لا ينسج الا مرة واحدة يقضي لصاحب
اليد لانه بمنزلة النتاج وان علم انه ينسج مرتين يقضي للخارج وكذلك ان كان مشكلا
وكذلك لو اختلفا في سيف مطبوع وادعي كل واحد منهما انه طبع في ملكه رجع الي اهل العلم
بذلك ولو اختلفا في ام جارية ادعي واحد منهما ان امها امته واقاما البينة علي ذلك
وانها ولدت هذه في ملكه يقضي بالجارية وامها للخارج لان هذا ليس دعوي بل دعوي
الملك المطلق وهو ملك الام والبينة بينة الخارج في الملك المطلق فيقضي بالام
للخارج ثم يملك الولد بملك الام وكذا لو اختلفا في الشاة مع الصوف واقام كل واحد
منهما البينة ان هذه الشاة مملوكة له وان هذا صوف هذه الشاة يقضي بالشاة
والصوف للخارج لما قلنا شاتان احدهما بيضا والاخري سودا وهما في يدي رجل
فاقام الخارج البينة علي ان البيضا شاته ولدتها السودا في ملكه واقام صاحب اليد البينة
علي ان السودا شاته ولدتها البيضا في ملكه يقضي لكل واحد منهما بالشاة التي شهدت
شهوده انها ولدت في ملكه فيقضي للخارج بالبيضا ولصاحب اليد بالسودا لان بينة
الخارج قامت علي النتاج في البيضا وبينة ذي اليد قامت علي ملك مطلق فبينة النتاج
اولي ولو اختلفا في اللبن الذي صنع منه الجبن واقام كل واحد منهما البينة ان اللبن
الذي صنع منه الجبن في ملكه يقضي للخارج لان القايمة علي ملك اللبن قايمة علي ملك مطلق
لا علي اولية الملك وبينة الخارج اولي في دعوي الملك المطلق ولو ادعي عبدا في يد انسان
انه اشتراه من فلان وانه ولد في ملك الذي اشتراه منه واقام ذو اليد البينة انه
اشتراه من رجل اخر وانه ولد في ملكه يقضي لصاحب اليد لان دعوي الولادة في ملك
بايعه بمنزلة دعوي الولادة في ملكه لانه تلقي الملك من جهته وهناك يقضي له كذا
هنا وكذلك لو ادعي ميراثا او هبة او صدقة او وصية وانه ولد في ملك المورث
والواهب والموصي فانه لصاحب اليد ايضا لما قلنا ولو ادعي الخارج مع ذي اليد كل واحد
منهما النتاج فقضي لصاحب اليد ثم جا رجل اخر فادعي النتاج واقام البينة عليه يقضي
له الا ان يعيد صاحب اليد البينة علي النتاج فيكون هو اولي لان القضا علي المدعي
الاول لا يكون قضا علي المدعي الثاني فلم يكن الثاني مقضيا عليه فتسمع البينة منه
فرق بين الملك وبين العتق ان القضا بالعتق علي شخص واحد يكون قضا علي الناس
كافة والقضا بالملك علي شخص لا يكون قضا علي غيره وان كانت بينة النتاج توجب الملك
بصفة الاولية وانه لا يحتمل التكرار كالعتق ووجه الفرق ان العتق حق الله تعالي
الا تري ان العبد لا يقدر علي ابطاله حتي لا يجوز استرقاق الحر برضاه ولو كان حق
العبد لقدر علي ابطاله كالرق واذا كان حق الله تعالي فالناس في اثبات حق الله تعالي
عنه بطريق النيابة لكونهم عبيده فكان حضرة الواحد كحضرة الكل والقضا علي الواحد
قضا علي الكل لاستوايهم في العبودية بمنزلة الورثة لما قاموا مقام الميت في اثبات
حقوقه والدفع عنه لكونهم خلفاوه قام الواحد مقام الكل لاستوايهم في الخلافة
بخلاف الملك فانه خالص حق العبد فالحاضر فيه لا ينتصب خصما عن الغايب الا بالانابة

السوداء [2]

حقيقة او بثبوت النيابة شرعا او اتصال بين الحاضر والغايب فيما وقع فيه الدعوي علي ما عرف
ولم يوجد شي من ذلك فالقضا علي غيره يكون قضا علي الغايب من غير ان يكون عنه خصم حاضر وهذا
لا يجوز ولو شهد الشهود ان هذه الحنطة من زرع حصد من ارض هذا الرجل لم يكن لصاحب
الارض ان ياخذها لانه يحتمل ان يكون البذر لغيره وملك الزرع يتبع ملك البذر لا ملك الاراضي الا
تري ان الارض المغصوبة اذا زرعها الغاصب من بذر نفسه كانت الحنطة له ولو شهدوا ان
هذه الحنطة من زرع هذا او هذا التمر من نخل هذا يقضي له لان ملك الحنطة والتمر يتبع ملك
الزرع والنخل ولو قالوا هذه الحنطة من زرع كان من ارضه لم يقض له لانهم لو شهدوا انه
حصد من ارضه او تمر من ارضه لم يقض له فهذا اولي ولو شهدوا ان هذا حلاب شاته او
صوف شاته لم يقض له لجواز ان تكون الشاة له والحلاب والصوف لغيره بان اوصي بذلك
لغيره والله اعلم هذا الذي ذكرنا كله في دعوي الخارج علي ذي اليد دعوي الملك فاما دعوي
الخارجين علي ذي اليد دعوي الملك فلا تخلو في الاصل من احد وجهين اما ان يدعي كل واحد
منهما قدر ما يدعي الاخر واما ان ادعي اكثر مما يدعي الاخر فان ادعي كل واحد منهما قدر ما
يدعي الاخر فهو علي التفصيل الذي ذكرنا ايضا وهو ان البينتين اما ان قامتا علي ملك مطلق
عن الوقت واما ان قامتا علي ملك موقت واما ان قامت احديهما علي ملك مطلق والاخري علي
ملك موقت وكل ذلك بسبب او بغير سبب فان قامت البينتان علي ملك مطلق من غير سبب
فانه يقضي بالمدعا بينهما نصفان عند اصحابنا وللشافعي قولان في قول تتهاتر البينتان
ويترك المدعا في يد صاحب اليد وفي قول يقرع بينهما فيقضي لمن خرجت له القرعة منهما
وجه قول الشافعي ان العمل بالبينتين متعذر لتنافي موجبهما لاستحالة كون العين المملوكة
الواحدة مملوكة لاثنين علي الكمال في زمان واحد فيبطلان جميعا اذ ليس العمل باحدهما
اولي بالعمل من الاخري لاستوايهما في القوة او يرجح احدهما بالقرعة لورود الشرع بالقرعة
في الجملة ولنا ان البينة دليل من ادلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بقدر الممكن فان
امكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما من كل وجه وان لم يمكن العمل بهما من كل وجه يعمل بهما
من وجه كما في ساير دلايل الشرع من ظواهر الكتاب والسنة المشهورة واخبار الاحاد
والاقيسة الشرعية اذا تعارضت وهاهنا اذا تعذر العمل بالبينتين باظهار الملك في كل
المحل امكن العمل بهما باظهار الملك في النصف فيقضي لكل واحد منهما بالنصف وان قامتا
علي ملك موقت من غير سبب فان استوي الوقتان فكذلك الجواب لانه اذا لم يثبت سبق
احدهما بحكم التعارض سقط التاريخ والتحق بالعدم فبقي دعوي الملك المطلق وان
كان وقت احدهما اسبق من وقت الاخر فالاسبق اولي بالاجماع ولا يجي هاهنا خلاف محمد
رحمه الله لان البينة مسموعة بلا خلاف والبينتان قامتا من الخارجين فتكانتا مسموعتين
ثم يرجح احدهما بالتاريخ لانها اثبت الملك في وقت لا تعارضه فيه الاخري فيومر
بالدفع اليه الي ان يقوم الدليل علي انه باي طريق انتقل منه اليه وان ارخت احداهما
واطلقت الاخري من غير سبب يقضي بينهما نصفين عند ابي حنيفة ولا عبرة للتاريخ وعند
ابي يوسف يقضي لصاحب الوقت وعند محمد يقضي لصاحب الاطلاق وجه قول محمد
ان البينة القايمة علي مطلق ملك اقوي لان الملك المطلق ملك من الاصل حكما الا
تري انه يظهر في الزوايد فيستحق به الاولاد والاكساب وهذا حكم ظهور الملك من
الاصل ولا يستحق ذلك بالملك الموقت فكانت البينة القايمة عليه اقوي فكان
القضا بها اولي ووجه قول ابي يوسف ما ذكرنا ان البينة المورخة تظهر الملك في

زمان لا تعارضها البينة المطلقة عن التاريخ بيقين بل يحتمل المعارضة وعدمها فكان
صاحب التاريخ اولى وجه قول ابي حنيفة ما مر ايضا ان الملك الموقت يحتمل ان يكون سابقا
ويحتمل ان يكون متاخرا لاحتمال ان صاحب الاطلاق لو ارخ كان تاريخه اقدم فلا يثبت
السبق مع الاحتمال فسقط اعتبار التاريخ فبقي دعوى الملك المطلق والله اعلم
هذا اذا قامت البينتان من الخارجين على ذي اليد على الملك من غير سبب فان كان ذلك
بسبب فلا يخلوا اما ان ادعيا الملك بسبب واحد من الارث او الشرا او النتاج ونحوها
واما ان ادعياه بسببين فان ادعيا الملك بسبب واحد فان كان السبب هو الميراث
فان لم يوقت البينتان فهو بينهما نصفان لما ذكرنا ان الملك الموروث هو ملك
الميت بعد موته وانما الوارث يخلفه ويقوم مقامه في ملكه الا ترى انه يجهز من
التركة وتقضى منها ديونه ويرد الوارث بالعيب ويرد عليه فكان المورثين حضرا
وادعيا ملكا مطلقا عن التوقيت وان وقتا وقتا فان كان وقتهما واحدا فكذلك
لما مر وان كان احد الوقتين اسبق يقضي لمن هو اسبق وقتا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد يقضي بينهما نصفين ولا عبرة للتاريخ عنده في الميراث لما مر ان الموروث
ملك الميت والوارث قائم مقامه فلم يكن الموت تاريخا لملك الموروث فسقط التاريخ
لملكه فالتحق بالعدم فبقي دعوى الملك المطلق عن التاريخ فيستويان فيه وعن محمد انهما
ان لم يورخا ملك الميتين فكذلك فاما اذا ارخا ملك الميتين فيقضي لاسبقهما تاريخا
ذكره في نوادر هشام وابو حنيفة وابو يوسف يقولان بل الوارث لا قامة البينة
يظهر الملك للمورث لا لنفسه فيصير كان حضر المورثان واقام كل واحد منهما البينة
وتاريخ احدهما اسبق ولو كان كذلك لقضي لاسبقهما وقتا لاثباته الملك في وقت لا
تعارضه فيه بينة الاخر كذا ههنا ولو وقتت احداهما ولم توقت الاخرى يقضي بينهما
نصفان بالاجماع اما عند محمد فان التاريخ في باب الميراث ساقط فالتحق بالعدم واما
عندهما فيصير كالمورثين الخارجين حضرا لانهما ادعيا تلقي الملك من جهته فيه من رجلين
ولا عبرة فيه في التاريخ فان كان السبب هو الشرا فلا يخلوا اما ان تكون الدار في يد احدهما
وكل ذلك لا يخلوا اما ان ادعيا الشرا من واحد واما ان ادعياه من اثنين فان كانت
في يد ثالث وادعيا الشرا من واحد فان كان صاحب اليد فاقاما البينة على الشرا منه
بثمن معلوم ونقد الثمن مطلقا عن التاريخ وذكر القبض يقضي بينهما نصفان عندنا
وللشافعي فيه قولان في قول تتهاتر البينتان وفي قول يقرع بينهما فيقضي لمن
خرجت له القرعة وهي مسالة التهاتر وقد مرت من قبل واذا قضي بالدار بينهما
نصفان يكون لهما الخيار ان شا اخذ كل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن
وان شا نقض لان غرض كل واحد منهما من الشرا الوصول الى جميع المبيع ولم يحصل فاوجب
ذلك خللا في الرضى فلذلك ثبت لهما الخيار فان اختار كل واحد منهما نصف اخذ
نصف الدار رجع على البايع بنصف الثمن لانه لم يحصل له الا نصف المبيع وان اختار
الرد رجع كل واحد منهما بجميع الثمن لانه انفسخ البيع فان اختار احدهما الرد والاخر
الاخذ فان كان ذلك بعد قضا القاضي وتخييره اياهما فليس له ان ياخذ الا النصف
بنصف الثمن لان حكم القاضي بذلك اوجب انفساخ العقد في حق كل واحد منهما
في النصف فلا يعود الا بالتجديد كما اذا قضي بالدار المشفوعة للشفيعين ثم
احدهما لا يكون لصاحبه الا نصف الدار فاما اذا اختار احدهما قبل تخيير القاضي

فللاخر

باقامة صح

فللاخر ان ياخذ جميع المبيع بجميع الثمن لان المستحق بالعقد هو جميع المبيع والامتناع بحكم المزاحمة
اذا انقطعت فقد زال المانع كاحد الشفيعين اذا سلم الشفعة قبل قضا القاضي بالدار المشفوعة
يقضي لصاحبه بالكل وكذلك لو ادعى كل واحد منهما الشرا من رجل اخر سوى صاحب اليد واقام
البينة على ذلك يقضي بالدار بينهما نصفين ناعلي ذلك ويثبت الخيار لكل واحد منهما والكلام في توابع
الخيار على نحو ما بينا غير ان هناك الشهادة القايمة على الشرا من غير صاحب اليد وهو البايع
تقبل من غير ذكر الملك والشهادة القايمة على الشرا من غير صاحب اليد لا تقبل الا بذكر الملك
لان المبيع في الاصل الاول في يد البايع واليد دليل الملك فوقعت الغنية عن ذكره وفي الفصل
الثاني ليس المبيع في يد الثاني فوقعت الحاجة الى ذكره لصحة المبيع والله اعلم هذا اذا لم
تورخ البينتان فاما اذا ارخنا فان استوى التاريخان فكذلك لسقوط اعتبارهما بالتعارض
فبقي دعوى مطلق الشرا وان كان احدهما اسبق فالاسبق تاريخا اولى بالاجماع لانها تظهر
الملك في وقت لا يعارضها فيه الاخرى فتندفع بها الاخرى ولو ارخت احداهما واطلقت
الاخرى فالمورخة اولى لانها تظهر الملك في زمان معين والاخرى لا تتعرض للوقت وتحتمل
السبق والتاخر فلا تعارضها مع الشك والاحتمال ولو لم تورخ البينتان ولكن ذكرت
احديهما القبض فهي اولى لانها لما اثبتت قبض المبيع جعل كان بيع صاحب القبض اولى الا ان
تشهد بينة التاريخ ان شراه كان قبل شرا الاخر فيقضي ويرجع الاخر بالثمن على البايع
وكذا لو ارختا تاريخا واحدا وذكرت احداهما القبض فبينة القبض اولى الا اذا كان
وقت الاخر اسبق هذا اذا ادعيا الشرا من واحد وهو صاحب اليد او غيره اما اذا ادعيا
الشرا من اثنين سوى صاحب اليد مطلقا عن الوقت واقاما البينة على ذلك يقضي بينهما
نصفين لانهما ادعيا تلقي الملك من البايعين فقاما مقامهما فصار كان البايعين الخارجين
حضرا واقاما البينة على ملك مطلق ولو كان كذلك لقضي بينهما كذا هذا ويثبت الخيار لهما
والكلام في الخيار على نحو ما ذكرنا وان وقتت البينتان فان كان وقتهما واحد فكذلك وان
كان احدهما اسبق من الاخر فالاسبق تاريخا اولى عند ابي حنيفة وابي يوسف وكذا عند محمد
في رواية الاصول بخلاف الميراث انه يكون بينهما نصفان عنده ووجه الفرق له ذكره
الرازي وهو ان المشتري يثبت الملك لنفسه والوارث يثبت الملك للميت وعن محمد في
الاملا انه سوى بين الميراث والشرا وقال لا عبرة للتاريخ في الشرا اصلا ايضا الا ان
يورخا ملك البايعين وان وقتت احداهما ولم توقت الاخرى فيقضي بينهما نصفان
ولا عبرة للتاريخ فرق بين هذا وبينما اذا ادعيا الشرا من رجل واحد فوقتت بينة احدهما
واطلقت الاخرى ان بينة الوقت اولى ووجه الفرق انهما ادعيا الشرا من اثنين
فقد ادعيا تلقي الملك من البايعين فتاريخ احدى البينتين اولى لا يدل على سبق احد
الشرايين بل يجوز ان يكون شرا صاحبه اسبق من شرايه فلا يحكم بسبق احدهما
مع الاحتمال فيقسم بينهما نصفين بخلاف ما اذا ادعيا الشرا من واحد لان هناك اتفقا
على تلقي الملك من واحد فتاريخ احدى البينتين اوجب تلقي الملك منه في زمان لا ينازعه
فيه احد فهو مربا لدفع اليه حتى يقوم المتلقي منه دليل هذا اذا كانت الدار في يد ثالث فان
ادعيا الشرا من واحد فصاحب اليد اولى سوا ارخ الاخر او لم يورخ وسوا ذكر شهوده
القبض او لم يذكر والان قبض صاحب اليد اقوى لثبوته حسا ومشاهدة وقبض الاخر
لم يثبت الا ببينة يحتمل الصدق والكذب فكان القبض المحسوس اولى فصار الحاصل
ان القبض الثابت بالحس اولى من الثابت بالخبر ومن التاريخ ايضا وهو القبض الثابت

علم صح

بالخبر اولي من التاريخ والله اعلم وان ادعيا الشرا من اثنين يقضي للخارج سوآ وقتت البينتان
اولا او وقتت احدهما دون الاخري الا اذا وقتتا و وقت صاحب اليد اسبق لانهما ادعيا
تلقي الملك من البايعين فقاما مقام البايعين فصار كان البايعين حضرا واقاما البينة ولو
كان كذلك يقضي للخارج كذلك هذا بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما اتفقا علي ان الملك
لهما بالشرا من جهته ولاحدهما يد فيجعل كان شرا اليد اسبق والله اعلم ولو كان السبب هو
النتاج بان ادعي كل واحد من الخارجين انها دابته نتجت عنده فان اقام كل واحد منهما البينة
علي ملك مطلق يقضي بينهما نصفين لاستوآ الحجتين وتعذر العمل بهما باظهار الملك في كل المحل
فيعمل بهما بالقدر الممكن وان اقاما البينة علي ملك موقت فان اتفق الوقتان فكذلك وان
اختلفا يحكم سن الدابة ان علم وان اشكل فعند ابي حنيفة يقضي لاسبقهما وقتا وعندهما
يقضي بينهما وجه قولهما ان السن المشكل يحتمل ان يكون موافقا للملك لوقت هذا ويحتمل
ان يكون موافقا لوقت ذاك فسقط اعتبار الوقت وصار كانهما سقطا عن الوقت اصلا
وجه قول ابي حنيفة ان وقوع الاشكال في السن يوجب سقوط اعتبار حكم السن فبطل
تحكيمه فبقي الحكم للوقت فالاسبق اولي وهذا يشكل بالخارج مع ذي اليد وان خالف الوقتين
جميعا فهو علي ما ذكرنا في الخارج مع ذي اليد وان اقام احدهما البينة علي النتاج والاخر
علي ملك مطلق فبينة النتاج اولي لما مر هذا اذا ادعي الخارجان الملك من واحد او من اثنين
بسبب متفقين من الميراث والشرا او النتاج فان كان بسببين مختلفين فلا يخلوا اما ان كان
من اثنين واما ان كان من واحد فان كان من اثنين يعمل بكل واحد من البينتين بان ادعي
احدهما انه اشتري هذه الدار من فلان وادعي الاخر ان فلانا اخر وهبها له وقبضها منه
يقضي بينهما نصفين لانهما ادعيا تلقي الملك من البايع والواهب فقاما مقامهما كانهما حضرا
وادعيا واقاما البينة علي ملك مرسل وكذا لو ادعي ثالث ميراثا عن ابيه فانه يقسم بينهما
اثلاثا ولو ادعي رابع صدقة يقسم بينهم ارباعا لما قلنا وان كان ذلك من ينظر الي السببين
فان كان احدهما اقوي يعمل به وان استويا في القوة يعمل بهما بقدر الامكان علي ما هو سبيل
دلايل الشرع بيان ذلك اذا اقام احدهما البينة علي انه اشتري هذه الدار من فلان ونقده
الثمن وقبض الدار واقام الاخر البينة ان فلانا ذلك وهبها وقبضها له يقضي لصاحب الشرا
لان الشرا يفيد الحكم بنفسه والهبة لا تفيد الحكم الا بالقبض فكان الشرا اولي وكذا الشرا مع
الصدقة الرهن والقبض لان الشرا يفيد ملك الرقبة والرهن يفيد ملك اليد وملك
الرقبة قوي ولو اجتمع السببان مع القبض يقضي بينهما نصفين لاستوا السببين
وقيل هذا فيما لا يحتمل القسمة كالدابة والعبد ونحوهما فاما فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها
فلا يقضي لهما بشي علي اصل ابي حنيفة في الهبة من رجلين لحصول الشياع وقيل لا فرق
بينما يحتمل القسمة وبينما لا يحتملها هاهنا لان هذا في معني الشيوع الطاري لقيام البينة
علي الكل وانه لا يمنع الجواز وكذلك لو اجتمعت الصدقتان مع القبض او الهبة والصدقة
مع القبض يقضي بينهما نصفين لاستوا البينتين لكن هذا اذا لم يكن المدعا في يد
احدهما فان كان يقضي لصاحب اليد بالاجماع لما مر ولو اجتمع الرهن والهبة او الرهن
والصدقة فالقياس ان تكون الهبة اولي وكذا الصدقة لان كل واحد منهما تفيد ملك
الرقبة والرهن يفيد ملك اليد والحبس وملك الرقبة اقوي وفي الاستحسان الرهن
اولي لان المرهون عندنا مضمون بقدر الدين فاما الموهوب فليس بموهوب اصلا
فكان الرهن اقوي ولو اجتمع النكاحان بان ادعت امراتان كل واحدة منهما انه تزوجها

عليه

عليه يقضي بينهما نصفين لاستوآ السببين ولو اجتمع النكاح مع الهبة او الصدقة
او الرهن فالنكاح اولي لانه عقد يفيد الحكم بنفسه فكان اقوي ولو اجتمع الشرا والنكاح
فهو بينهما نصفان عند ابي يوسف وللمراة نصف القيمة علي الزوج وعند محمد الشرا اولي
وللمراة القيمة علي الزوج وجه قول محمد ان الشرا اقوي من النكاح بدليل انه لا يصح البيع
بدون تسمية الثمن ويصح النكاح بدون تسمية المهر وكذا لا تصح التسمية بدون الملك
في باب البيع وتصح في النكاح كما اذا تزوج علي جارية غيره دل ان الشرا اقوي من النكاح وجه
قول ابي يوسف ان النكاح مثل الشرا فان كل واحد منهما معاوضة تفيد الحكم بنفسه هذا
اذا ادعي كل واحد قدر ما يدعي الاخر فاما اذا ادعي احدهما اكثر مما يدعي الاخر بان ادعي احدهما
كل الدار والاخر نصفها واقاما البينة علي ذلك فانه يقضي لمدعي الكل بثلاثة ارباع الدار
ولمدعي النصف بربعها عند ابي حنيفة رحمه الله وعند محمد يقضي لمدعي الكل بثلثي
الدار ولمدعي النصف بثلثها وانما اختلف جوابهم لاختلاف في طريق القسمة فقسم ابو
حنيفة رحمه الله بطريق المنازعة وهما قسما بطريق العول والمضاربة وتفسير القسمة
بطريق المنازعة ان ينظر الي القدر الذي وقع التنازع فيه فيجعل الذي خلا عن المنازعة
سالما لمدعيه وتفسير القسمة علي طريق العول والمضاربة ان يجمع السهام كلها في العين
تقسم بين الكل بالحصص فيضرب كل بسهمه كما في المواريث والديون المتراكمة والوصايا
فلما كانت القسمة عند ابي حنيفة رحمه الله علي طريق المنازعة يجب مراعاة محل النزاع فهاهنا
احدهما يدعي كل الدار والاخر لا ينازعه الا في النصف فبقي النصف الاخر خاليا عن المنازعة
فيسلم لمدعي الكل لانه يدعي سببا لا ينازعه فيه غيره ومن ادعي شيا لا ينازعه فيه يسلم
له والنصف الاخر استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين فكانت القسمة ارباعا
ثلثة ارباع الدار لمدعي الكل وربعها لمدعي النصف ولما كانت القسمة عندهما علي طريق
المضاربة تقسم العين علي مبلغ السهام فيضرب كل واحد بسهمه فهاهنا احدهما يدعي كل الدار
والاخر نصفها فيجعل احسنهما سهما فيجعل نصف الدار بينهما واذا جعل نصف الدار بينهما صار
الكل سهمين ومدعي النصف يدعي سهما واحدا فيعطي هذا سهمين وهذا سهما واحدا فكانت
الدار بينهما ثلاثا ثلثاها لمدعي الكل وثلثها لمدعي النصف والصحيح قسمة ابي حنيفة رحمه الله تعالي
لان الحاجة الي القسمة لضرورة الدعوي والمنازعة ووقوع التعارض في الحجة ولا منازع لمدعي
الكل الا في النصف فلا يتحقق التعارض الا فيه فيسلم ما وراه لقيام الحجة عليه وخلوها عن
المعارض فكان ما قاله ابو حنيفة عملا بالدليل بالقدر الممكن وانه واجب هذا اذا كانت
الدار في يد ثالث فان كانت في ايديهما فبينة مدعي الكل اولي لانه خارج لانه يدعي علي صاحبه
النصف الذي في يده ومدعي النصف لا يدعي شيا هو في يد صاحبه لانه لا يدعي الا النصف
والنصف في يده فكان مدعي الكل خارجا ومدعي النصف صاحب يد فكانت بينة الخارج
اولي فيقضي له بالنصف الذي في يد صاحبه ويترك النصف الذي في يده علي حاله هذا اذا
ادعي الخارجان شيا في يد ثالث فانكر الذي في يديه فاقاما البينة فان لم تقم لهما بينة
وطلب يمين المنكر يحلف لكل واحد منهما فان نكل لهما جميعا يقضي لهما بالنكول لان النكول
حجة عندنا وان حلف لاحدهما ونكل للاخر يقضي للذي نكل لوجود الحجة في حقه وان حلف
لكل واحد منهما يترك المدعي في يده قضا ترك لا قضا استحقاق حتي لو قامت لهما البينة
بعد ذلك تقبل بينتهما ويقضي لهما وبخلاف ما اذا اقاما البينة وقضي بينهما نصفين
ثم اقام صاحب اليد البينة علي انه ملكه انه لا تقبل بينته وكذا اذا اقام احد المدعيين

باب صح

تحتها صح

البينة على النصف الذي استحقه صاحبه بعد ما قضي بينهما نصفين لا تسمع بينته ووجه
الفرق ان بالترك في يد المدعا عليه لم يكن كل واحد من المدعيين مقضيا عليه حقيقة فتسمع منهما
البينة فاما صاحب اليد فقد صار مقضيا عليه حقيقة وكذا كل واحد من المدعيين بعد ما قضي
بينهما نصفين صار مقضيا عليه في النصف والبينة من المقضي عليه غير مسموعة الا اذا ادعى
التلقي من جهة المستحق او ادعى النتاج وكذا لو ادعى بايع المقضي عليه او بايع بايعه هكذا
واقام البينة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته لان القضا عليه قضا على الباعة كلهم في حق بطلان
الدعوى ان لم يكن قضا عليهم في حق ولاية الرجوع بالثمن الا اذا قضي القاضي لهذا المشتري
بالرجوع على بايعه فيرجع هذا البايع على بايعه ايضا هكذا فرق بين هذا وبين الحرية الا
ان القضا بالحرية قضا على الناس كافة في حق بطلان الدعوى وتعبو وثبوت ولاية الرجوع بالثمن
على الباعة ووجه الفرق بين العتق والملك على نحو ما ذكرنا من قبل هذا اذا انكر الذي في يده
فان اقر به لاحدهما فهذا لا يخلوا من احد وجهين اما ان كان قبل اقامة البينة واما ان كان
بعد اقامة البينة فان اقر قبل اقامة البينة جاز اقراره ودفع الى المقر له لان المدعى في ملكه
وملكه من حيث الظاهر فيملك التصرف فيه بالاقرار وغيره وان اقر بعد اقامة البينة قبل
التزكية لم يجز اقراره لانه تضمن ابطال حق الغير وهو البينة فكان اقرارا على غيره فلا يصح
في حق ذلك الغير ولكن يومر بالدفع الى المقر له لان اقراره في نفسه صحيح وكذا البينة قد لا يتصل
بها التزكية فيومر بالدفع الى المقر له في الحال واذا زكيت البينتان يقضي بينهما نصفين لانه
تبين ان المدعا كان بينهما نصفين فظهر ان اقراره كان ابطالا لحق الغير فلم يصح فالتحق بالعدم
وان اقر بعد اقامة البينة وبعد التزكية يقضي بينهما لما ذكرنا ان اقراره لم يصح فكان ملحقا
بالعدم هذا اذا كانت الدعوى من الخارج على ذي اليد او من الخارجين على ذي اليد فاما اذا
كانت من صاحبي اليد احدهما على صاحبه بان كان المدعى في ايديهما فان اقام احدهما البينة
انه له يقضي بالنصف الذي في يد صاحبه والنصف الذي كان في يده يترك في يده وهو معنى
قضا الترك ولو اقام كل واحد منهما البينة انه له يقضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد
صاحبه لان كل واحد منهما في ذلك النصف خارج ولو لم يقم احدهما بينة يترك في ايديهما
قضا ترك حتى لو قامت لاحدهما بعد ذلك بينة تقبل لانه لم يصر مقضيا عليه حقيقة هذا
اذا لم توقت البينتان فان وقتتا فان اتفق الوقتان فكذلك وان اختلفا فالاسبق اولى
عند ابي حنيفة وابي يوسف واما عند محمد فلا عبرة للوقت في بينة صاحب اليد فيكون

ابي حنيفة ومحمد صح

بينهما نصفين وان وقتت احدهما دون الاخرى يكون عندهما والوقت ساقط وعند ابي
يوسف هو لصاحب الوقت والحجج قد مرت من قبل واما حكم تعارض البينتين القائمتين على
قدر الملك فالاصل فيه ان البينة المظهرة للزيادة اولى كما اذا اختلف المتبايعان في قدر
الثمن فقال البايع بعتك هذا العبد بالفي درهم وقال المشتري اشتريته منك بالف
واقاما البينة فانه يقضي ببينة البايع لانها تظهر زيادة الف وكذا لو اختلفا في قدر المبيع
المبيع فقال البايع بعتك هذا العبد بالف وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد وهذه
الجارية بالف واقاما البينة يقضي ببينة المشتري لانها تظهر زيادة وكذا لو اختلف
الزوجان في قدر المهر فقال الزوج تزوجتك على الف وقالت المراة تزوجتني على الفين
واقاما البينة يقضي ببينة المراة لانها تظهر فضلا ثم لما كانت بينة الزيادة اولى لانه لا معارض
لها في قدر الزيادة اولى لانه لا معارض لها في قدر الزيادة فيجب العمل بها بها في ذا القدر لخلوها عن
المعارض ولا يمكن الا في العمل في الباقي فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة

ولا يلزم على هذا الاصل ما اذا اختلف الشفيع والمشتري في قدر ثمن الدار المشفوعة فقال الشفيع
اشتريتها بالف وقال المشتري اشتريتها بالفين واقاما البينة انه يقضي ببينة الشفيع عند
ابي حنيفة ومحمد وان كانت بينة المشتري تظهر الزيادة لان البينة انما تقبل من المدعي
لانها جعلت حجة المدعي في الاصل والمدعي هناك هو الشفيع لوجود حد المدعي فيه وهو ان
يكون مخيرا في الخصومة بحيث لو تركها يترك ولا يجبر عليها فاما المشتري فمجبور على الخصومة
انه لو تركها لا يترك بل يجبر عليها فكان مدعا عليها والبينة حجة المدعي لا حجة المدعا عليه في
الاصل لذلك قضي ببينة الشفيع لا ببينة المشتري بخلاف ما اذا اختلف البايع والمشتري
في قدر الثمن لان هناك البايع هو المدعي لانه المخير في الخصومة ان شا خاصم وان شا لا وفيما
اذا اختلفا في قدر المبيع المدعي هو المشتري الا ترى لو ترك الخصومة تترك وكذا في باب
النكاح المدعي في الحقيقة هو المراة لما قلنا فهو الفرق ووجه الاخر من الفرق نذكره في
كتاب الشفعة ان شا الله تعالى وعلى هذا يخرج اختلاف المتبايعين في اجل الثمن في اصل
الاجل او في قدره واقاما البينة ان البينة بينة المشتري لانها تظهر الزيادة وكذا لو
اختلفا في مضيه قدره واقاما البينة ان البينة بينة المشتري انه لم يمض انه تظهر
زيادة وعلى هذا يخرج اختلافهما في المسلم فيه في قدره او جنسه او صفته مع اتفاقهما
على راس المال واقاما البينة بعد تفرقهما ان البينة بينة رب السلم ويقضي بسلم
واحد بالاجماع لانهما اتفقا على ان المسلم اليه لا يقبض الا راس مال واحد وان اختلفا
قبل التفرق فكذلك ويقضي بسلم واحد عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند تقبل البينتان
جميعا ويقضي بسلمين وجه قول محمد ان كل واحد من البينتين قامت على عقد على حدة
لاختلاف البدلين فيعمل بهما ويقضي بسلمين اذ لا تنافي بينهما ولهما انهما اتفقا على عقد
واحد وانهما اختلفا في قدر المعقود قدرا او جنسا او صفة وبينة رب السلم تظهر
زيادة فكانت اقوى ولو اختلفا في راس في قدره او جنسه او صفته مع اتفاقهما على
المسلم فيه فالبينة بينة المسلم اليه عندهما وعنده تقبل البينتان جميعا ويقضي بسلمين
والحجج على نحو ما ذكرنا هذا اذا تصادقا ان راس المال كان دينا فان تصادقا انه عين
واختلفا في المسلم فيه فان كان راس المال عينا واحدة يقضي بسلمين بسلم واحد كما اذا
قال رب السلم اسلمت اليك هذا الثوب في كر حنطة وقال المسلم اليه في كر شعير فالبينة
بينة رب السلم لان راس المال اذا عينا واحدة لا يمكن ان يجعل عقدين فجعل عقدا
واحدا وبينة رب السلم تظهر زيادة فكانت اولى بالقبول واذا كان عينين وصورته اذا
قال رب السلم اسلمت اليك هذا الفرس في كر حنطة وقال المسلم اليه هذا الثوب في كر
شعير يقضي بسلمين بالاجماع لانه يمكن ان يجعل عقدين فيجعل سلمين هذا اذا كانت
الدعوى دعوى الملك فاما دعوى اليد بان تنازع رجلان في شي يدعي كل واحد منهما انه
في يده فعلى كل واحد منهما البينة على اليد لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي
واليمين على من انكر عليه ولان الملك واليد كل واحد منهما مقصود في نفسه فتقع
الحاجة الى اثبات كل واحد منهما بالبينة فان اقاما جميعا البينة يقضي بكونه في ايديهما
لاستوائهما في الحجة وان اقام احدهما البينة صار صاحب يد وصار مدعيا عليه وان
لم تقم لاحدهما بينة فعلى واحد منهما لقوله صلى الله عليه وسلم واليمين على من انكر وكل
واحد منهما ينكر صاحبه اليد فيستحلف هذا اذا قامت البينتان او على اليد فاما اذا
قامت احدى البينتين على الملك والاخرى على اليد فبينة الملك اولى نحو ما اذا اقام الخارج

البينة على ان الدار له منذ سنتين واقام ذو اليد البينة على انها في يده منذ ثلاث سنين يقضي بها للخارج لان البينة القايمة على الملك اقوي لان اليد قد تكون محقة وقد تكون مبطلة كيد الغاصب والسرقة والمحقة قد تكون يد ملك وقد تكون يد اعارة واجارة فكانت محتملة فلا تصلح بينتها معارضة لبينة الملك واما دعوي النسب فالكلام في الاصل في ثلاث مواضع ٥ في بيان ما يثبت به النسب ٥ وفي بيان ما يظهر به ما يثبت به نسب الولد من الولد الرجل ٥ والثالث في بيان ما يثبت نسبه من المراة اما الاول فنسب الولد من الرجل لا يثبت الا بالفراش وهو ان تصير المراة فراشا له اي لصاحب الفراش الا انه اضمر فيه الصاحب اختصارا كما في قوله تعالى واسيل القرية ونحو ذلك والمراد من الفراش هو المراة فانها تسمي فراش الرجل وازاره ولحافه وفي التفسير في قوله تعالى وفرش مرفوعة انها نسا اهل الجنة فسميت المراة فراشا لما انها تفترش وتبسط بالوطي عادة والاستدلال بالحديث من وجوه ثلاثة احدها ان النبي صلى الله عليه وسلم اخرج مخرج القسم فجعل الولد لصاحب الفراش والحجر للزاني فاقتضي ان لا يكون الولد لمن لا فراش له كما لا يكون الحجر لمن لا زنا منه اذ القسم ينفي الشركة والثاني انه جعل الولد لصاحب الفراش ونفاه عن الزاني بقوله وللعاهر الحجر لان مثل هذا الكلام يستعمل للنفي والثالث انه جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش وهذا خلاف النص فعلى هذا اذا زنا رجل بامراة فجاءت بولد فادعاه الزاني لم يثبت نسبه منه لانعدام الفراش واما المراة فيثبت نسبه منها لان الحكم في جانبها يتبع الولادة على ما نذكر وقد وجد وكذلك لو ادعى عبدا صبيا في يدي رجل انه ابنه من الزنا لم يثبت نسبه منه كذبه المولي فيه او صدقه لما ذكرنا ولو ملك الولد بوجه من الوجوه عتق عليه لانه اقر انه مخلوق من مائه وان ملك امة لم تصر ام ولد له لان امومية الولد تتبع ثبات النسب ولم يثبت وكذلك لو كان هذا العبد لاب المدعي وعمه لما ذكرنا ولو كان لابن المدعي فقال هو ابني من الزنا ثبت نسبه منه وهو مخطي في قوله من الزنا لانه يصير متملكا الجارية عندنا قبل الاستيلاد او مقارنا له ولا يتحقق الوطي زنا مع ثبوت الملك وان كان المدعي غير الاب فقال هو ابني منهما ولم يقل من الزنا فان صدقه المولي ثبت نسبه منه ويكون عبد المولي الام وان كذبه لا يثبت النسب للحال واذا ملكه المدعي ثبت النسب ويعتق عليه لان الاقرار بالبنوة مطلقا عن الجهة محمول على جهة مصححة للنسب وهي الفراش الا انه لم يظهر نفاذه للحال لقيام ملك المولي فاذا ملكه زال المانع وكذا لو قال هو ابني من نكاح فاسد او ادعى شبهة بوجه من الوجوه ٥ او قال احلها لي الله ان صدقه المولي يثبت النسب وان كذبه لم يثبت ما دام عبدا فاذا ملكه ثبت النسب ويعتق عليه لان العقد الفاسد ملحق بالصحيح في ثبات النسب كذلك الشبهة فيه ملحقة بالحقيقة فكان هذا اقرارا بالنسب لجهة مصححة للنسب شرعا الا انه امتنع ظهوره للحال لحق المولي فاذا زال ظهر وعتق لانه ملك ابنه وان ملك امة كانت ام ولد لانه وجد سبب امومية الولد وهو ثبوت النسب بناء على وجود سبب الثبوت وهو الاقرار بالنسب لجهة مصححة له شرعا الا انها توقفت على ظهر شرطها وهو الملك وقد وجد بخلاف الفصل الاول لان هناك لم يوجد سبب امومية الولد اصلا لانعدام سبب ثبوت النسب وهو الاقرار بجهة مصححة له شرعا وعلى هذا اذا تصادق الزوجان على الولد من الزنا الفلان لا يثبت النسب منه ويثبت من الزوج لان الفراش له وعلى اذا ادعى رجل صبيا في يدي امراة فقال هو ابني من الزنا وقالت المراة هو من النكاح لا يثبت نسبه من الرجل ولا من المراة لان الرجل اقر انه ابنه من الزنا والزنا لا يوجب النسب

والمراة

١

والمراة تدعي النكاح والنكاح لابد له من حجة وكذلك لو كان الامر على العكس بان ادعى الرجل انه ابنه من النكاح وادعت المراة انه ابنه من الزنا لما قلنا ولو قال الرجل بعد ذلك في الفصل الاول هو من النكاح او قالت المراة بعد ذلك في الفصل الثاني هو من النكاح وان كان ذلك منهما تناقضا لان التناقض ساقط الاعتبار شرعا في باب النسب كما هو ساقط الاعتبار شرعا في باب العتق لما ذكرنا واما الثاني فنسب الولد من المراة يثبت بالولادة سوا كانت بالنكاح او بالسفاح لان اعتبار الفراش انما عرفناه بالشرع وهو قوله صلى الله عليه وسلم الولد للفراش اي لمالك الفراش ولا فراش للمراة لانها مملوكة وليست بمالكة فبقي الحكم في جانبها متعلقا بالولادة واذا عرف ان نسب الولد من الرجل لا يثبت الا اذا صارت المراة فراشا له فلا بد من معرفة ما تصير المراة به فراشا وكيفية العمل في ذلك فنقول وبالله التوفيق المراة تصير فراشا باحد امرين احدهما عقد النكاح والثاني عقد اليمين الا ان عقد النكاح يوجب الفراش بنفسه لكونه عقدا موضوعا لحصول الولد شرعا وعرفا قال النبي صلى الله عليه وسلم تناكحوا توالدوا وتكثروا فاني اباهي بكم الامم يوم القيامة ولو بالسقط وكذا الناس يقدمون على النكاح لغرض التوالد عادة فان النكاح سببا مفضيا الي حصول الولد فكان سببا لثبات النسب بنفسه ويستوي فيه النكاح الصحيح والفاسد اذا اتصل به الوطي لان النكاح الفاسد منعقد في حق الحكم عند بعض مشايخنا لوجود ركن العقد من اهله في محله وانما فات شرط من شرايط الصحة وهذا لا يمنع انعقاده في حق الحكم كالبيع الفاسد الا انه يمنع من الوطي لغيره وهذا لا يمنع ثبات النسب كالوطي في حالة الحيض والنفاس وسوا كانت المنكوحة حرة او امة لان المقصود من فراش الزوجية لا يختلف واما ملك اليمين ففي ام الولد يوجب الفراش بنفسه ايضا لانه ملك يقصد به حصول الولد عادة كملك النكاح فكان مفضيا الي حصول الولد كملك الا انه اضعف منه لانه لا يقصد به ذلك مثل ما يقصد بملك النكاح وكذا يحتمل النقل الي غيره بالتزويج وينتفي بمجرد النفي من غير لعان بخلاف ملك النكاح واما في الامة فلا يوجب الفراش بنفسه بالاجماع حتى لا تصير الامة فراشا بنفس النكاح بلا خلاف وهل تصير فراشا بالوطي اختلف فيه قال اصحابنا لا تصير فراشا الا بقرينة الدعوة وقال الشافعي تصير فراشا بنفس الوطي من غير دعوة وعبارة مشايخنا في هذا الباب الفرش ثلثة فراش قوي وفراش ضعيف وفراش وسط فالقوي فراش المنكوحة حتى يثبت النسب من غير دعوة ولا ينتفي الا باللعان والوسط فراش ام ولد حتى يثبت النسب من غير دعوة وينتفي بمجرد النفي من غير لعان والضعيف فراش الامة حتى لا يثبت النسب فيه الا بالدعوة عندنا خلافا للشافعي وجه قول الشافعي ان ثبات النسب لحصول الولد من مائه وهذا يحصل بالوطي من غير دعوة لان الوطي سبب لحصول الولد فقصد منه ذلك اولا ولنا ان وطي الامة لا يقصد به حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطي عادة بل للاستخدام والاسترباح ولو وطيت فلا يقصد بوطيها حصول الولد عادة لانها لا تشترى للوطي لان الولد لا يحصل الا بترك العزل والظاهر في الاما هو العزل والعزل من غير ظاهر مشروع فلا يكون وطيها سببا لحصول الولد الا بقرينة الدعوة ولانه لما ادعى علم بقرينة الدعوة انه وطيها ولم يعزل عنها والوطي من غير عزل سبب لحصول الولد فيثبت النسب حتى لو كان المولي وطيها وحصنها ولم يعزل عنها لا يحل له النفي فيما بينه وبين الله تعالى بل يلزمه الدعوي والاقرار به لانه اذا كان كذلك فالظاهر انه ولده فلا يحل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى بلا خلاف بين اصحابنا واختلفوا فيما اذا وطيها وحصنها

ولكن عزل عنها اولم يعزل عنها ولكنه لم يحصنها قال ابوحنيفة رحمه الله يحل له النفي وقال ابو يوسف
احب الي ان يدعي اذا كان وطيها ولم يعزل عنها وان لم يحصنها وقال محمد احب الي ان يعتق ولدها
ويستمتع بامه الي ان يقرب موتها موته فيعتقها وجه قول ابي يوسف انه اذا وطيها ولم يعزل
عنها كون الولد منه فلا يحل له النفي بالشك والاحتمال ولابي حنيفة رحمه الله اذا لم يحصنها احتمل
كونه من غيره فلا يلزمه الاقرار به بالشك لان غير الثابت بيقين لا يثبت بالشك كما ان الثابت بيقين
لا يزول بالشك وجه قول محمد انه اذا احتمل كونه من غيره لا يلزمه الاقرار به كما قاله ابوحنيفة
ولما احتمل كونه لا يجوز له النفي ايضا كما قاله ابو يوسف ولكن يسلك فيه مسلك الاحتياط فيعتق
الولد صيانة عن استرقاق الحر عسي ويستمتع بامه لان في فراش الملك ملك المحل وبعضه وملك
الذات وملك اليد في ثبوت النسب وبيان ذلك في مسايل اذا حملت المراة الجارية في ملك
رجلين فادعاه احدهما يثبت نسب الولد منه لان ماله من الملك اوجب النسب بقدره
الا ان النسب لا يتجزي فمتي ثبت في البعض يتعدي الي الكل وتصير الجارية ام ولد وعليه نصف
قيمتها لشريكه ونصف العقر ولا يضمن قيمة الولد وهي من مسلة كتاب العتاق ولو ادعياه
جميعا معا فهو ابنهما والجارية ام ولد لهما وهذا عندنا وقال الشافعي هو ابن احدهما ويتعين
بقول القايف وجه قول الشافعي رضي الله عنه ان انخلاق ولد واحد من ماء فحلين مستحيل
عادة ما اجري الله تعالي بذلك عادة الا في الكلاب علي ما قيل فلا يكون الولد الا من احدهما ويعرف
ذلك بقول القافة لان الشرع ورد بقبول قول القايف في النسب فانه روي ان قايفا مر
باسامة وزيد وهما تحت قطيفة واحدة قد غطي وجوههما وارجلهما بادية فقال ان هذه
الاقدام نسبة بعضها بعضا فسمع رسول الله صلي الله عليه وسلم ففرح بذلك حتي كادت
تبرق اسارير وجهه فقد اعتبر صلي الله عليه وسلم قول القايف حيث لم يرد عليه بل
قرره باظهار الفرح ولنا اجماع الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فانه روي ان هذه الحادثة
وقعت في زمن عمر رضي الله عنه فكتب الي شريح رحمه الله لبسا فلبس احدهما عليهما ولو بينا
لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينقل انه انكر
عليه منكر فيكون اجماعا لان سبب استحقاق النسب قد وجد لكل واحد منهما فيثبت بقدر
الملك قضية للنسب ثم يتعدي لضرورة عدم التجزي فيثبت نسبه من كل واحد منهما علي
الكمال واما فرح رسول الله صلي الله عليه وسلم وترك الرد والنكير فاحتمل انه لم يكن
لاعتباره قول القايف حجة بل لوجه اخر وهو ان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة
رضي الله عنه وكانوا يعتقدون القيافة فلما قال القايف ذلك فرح رسول الله صلي الله
عليه وسلم لظهور بطلان قولهم بما هو حجة عندهم فكان فرحه في الحقيقة بزوال الطعن
بما هو دليل الزوال عندهم والمحتمل لا يصلح حجة وكذلك لو كانت الجارية بين ثلثة او اربعة
او خمسة فادعوه جميعا معا فهو ابنهم جميعا ثابت نسبه منهم والجارية ام ولد منهم
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا يثبت من اكثر من اثنين وقال محمد لا يثبت
من اكثر من ثلثة وجه قول ابي يوسف ان القياس ان لا يثبت النسب من اكثر من رجل
واحد لما ذكره الشافعي الا انا تركنا القياس في الرجلين باثر عمر رضي الله عنه فبقي
حكم الزيادة مردود الي الاصل وجه قول محمد ان الشرع الوارد في الاثنين يكون واردا
في الثلثة ولابي حنيفة ان الموجب لثبات النسب لا يفصل بين عدد المثني والخمسة
فالفصل بين عدد يكون تحكما من غير دليل وسواء كانت الانصبا متفقة او مختلفة بان
كان لاحدهم السدس وللاخر الربع وللاخر الثلث وللاخر ما بقي فالولد بينهم جميعا لحكم

العادة صح

القياس

النسب

النسب لا يختلف لان سبب ثبات النسب هو اصل الملك لا وصف الكمال واما حكم الاستيلاد
فيثبت في نصيب كل واحد منهما بقدر حصته من الملك ولا يتعدي الي نصيب غيره ولو كانت
الجارية بين الاب والابن فجاءت بولد فادعياه جميعا فالاب اولي عند علمائنا الثلاثة وعند
زفر يثبت النسب منهما جميعا وجه قوله انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو اصل
فيستويان في الاستحقاق ولنا ان الترجيح لجانب الاب لان نصف الجارية ملكه حقيقة وله
حق تملك النصف الاخر وليس للابن الا ملك النصف فكان الاب اولي ويتملك نصيب
الابن من الجارية بالقيمة ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه لا يتجزي فلا
يتصور ثبوته في البعض دون البعض كما في الجارية المشتركة بين الاجنبيين ويضمن كل واحد
للاخر نصف العقر لان الوطي من كل واحد منهما في قدر نصيبه حصل في غير الملك كما في الاجانب
وهذا بخلاف حالة الانفراد فان امة الرجل اذا جاءت بولد فادعاه ابوه ثبت نسبه منه
ولا عقر عليه عند اصحابنا الثلثة لان هناك صار متملكا الجارية ضرورة صحة الاستيلاد
سابقا عليه او مقارنا له لانعدام حقيقة الملك فحصل الوطي في الملك وها هنا الاستيلاد
صحيح بدون التملك لقيام حقيقة الملك في النصف فلا حاجة الي التملك لصحة الاستيلاد
صحيح بدونه وانما يثبت ضرورة ثبوت الاستيلاد في نصيبه لانه لا يحتمل التجزي علي ما ذكرنا
فهو الفرق وكذلك الجد عند عدم الاب لانه بمنزلة الاب عند عدمه ولو كان بين الجد والحافد
جارية فجاءت بولد فادعياه معاه والاب حي يثبت النسب منهما جميعا لان الجد حال قيام الاب
بمنزلة الاجنبي ولو ادعي الولد احد المالكين واب المالك الاخر فالمالك اقوي لان له حقيقة
الملك ولاب المالك الاخر حق التملك فكان المالك الحقيقي اولي هذا كله اذا كان الشريكان
المدعيان حرين مسلمين فان كان احدهما حرا والاخر عبدا فالحر اولي لان اثبات النسب منه
انفع حيث يصل هو الي حقيقة الحرية وامه الي حق الحرية وكذا لو كان احدهما حرا والاخر
مكاتبا فالحر اولي لان الولد يصل الي حقيقة الحرية ولو كان احدهما مكاتبا والاخر عبدا فالمكاتب
اولي لانه حرية فكان انفع للولد ولو كان عبدين ثبت النسب منهما جميعا لكن هل يشترط
فيه تصديق المولي ففيه روايتان ومنهم من وفق بين الروايتين فحمل شرط التصديق
علي ما اذا كان المحجور العبد محجورا وحمل الاخر علي ما اذا كان ماذونا عملا بالروايتين جميعا
ولو كان احدهما مسلما والاخر ذميا فالمسلم اولي استحسانا والقياس ان يثبت نسبه منهما
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة وزفر وجه القياس ان النسب حكم الملك وقد استويا
في الملك فيستويان في حكمه كما في ساير الاحكام المتعلقة بالملك وجه الاستحسان
ان اثبات النسب من المسلم انفع للصبي لانه يحكم باسلامه تبعا له وكذلك لو كان احدهما
كتابيا والاخر مجوسيا فالقياس ان يثبت النسب منهما جميعا لاستوايهما في الملك وفي
الاستحسان الكتابي اولي لانه اقرب الي الاسلام من المجوسي فكان انفع للصبي لانه يمكنه
ان يكتسب الاسلام بنفسه اذا عقل ولا يمكنه اكتساب الحرية بحال ولو كان احدهما
ذميا والاخر مرتدا فهو ابن المرتد لان ولد المرتد علي حكم الاسلام الا انه اذا بلغ كافرا
يجبر علي الاسلام فاذا اجبر عليه فالظاهر انه يسلم فكان هذا انفع للصبي هذا كله اذا خرجت
دعوة الشريكين معا فاما اذا سبقت دعوة احدهما في هذه الفصول كلها كان ابنا من كان
فهو اولي لان النسب اذا ثبت من انسان في زمان لا يحتمل الثبوت من غيره بعد ذلك
الزمان هذا اذا حملت الجارية في ملكها فجاءت بولد فادعاه احدهما او ادعياه جميعا
فاما اذا كان قبل الشرا بان اشتراها وهي حامل فجاءت بولد فادعاه احدهما فاما حكم

نسب الولد وصيرورة الجارية ام ولد له وضمان نصف قيمة الام موسرا كان او معسرا
فلا يختلف ويختلف حكم العقر والولد فلا يجب العقر هاهنا ويجب هناك لان الاقرار بالنسب
هاهنا لا يكون اقرارا بالوطي لتيقننا بعدم العلوق في الملك بخلاف الاول والولد يكون
بمنزلة عبد بين شريكين اعتقه احدهما لان ابتدا العلوق لم يكن في ملكه فلم يجز استناد
الي حالة العلوق والي انه ادعي نسب ولد بعضه علي ملكه ودعوي الملك بمنزلة انشا العتق
ولو اعتق هذا الولد يضمن نصيب شريكه منه ان كان موسرا ولم يضمن ان كان معسرا كذا
هنا بخلاف ما اذا علقت الجارية في ملكهما لان هناك استندت الدعوة الي حال العلوق
فسقط الضمان وهاهنا لا يستند فلا بد من افراد الولد بالضمان والولا بينهما فان ادعيا
جميعا فهو ابنهما ولا عقر لواحد منهما كما في الاول ولا يفترقان الا في الولا فانه يثبت هاهنا
ولا يثبت هناك لان الدعوة ثمة دعوة الاستيلاد فتعلق الولد حرا والدعوة هاهنا دعوة
تحرير وانه يوجب استحقاق الولا قال النبي صلى الله عليه وسلم الولا لمن اعتق ولو كانت
الجارية المشتراة زوجة احدهما فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر ثبت نسبه من الزوج
من غير دعوة لانها اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر فقد تيقنا ان علوق الولد كان من النكاح
وعقد النكاح يوجب الفراش بنفسه ويضمن نصف قيمة الجارية لانها صارت ام ولد له
فصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة ولا يضمن قيمة الولد لانه عتق عليه من غير صنعه ولو اشتري
اخوان جارية حاملا فجاءت بولد فادعاه احدهما يثبت نسبه منه وعليه نصف قيمة الولد
لان دعوته دعوة تحرير فاذا ادعاه فقد حرره والتحرير اتلاف نصيب شريكه فيضمن نصف
قيمته ولا يعتق الولد علي بالقرابة لان الدعوة من اخيه اعتاق حقيقة فيضاف العتق
اليه لا الي القرابة والله اعلم هذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه احد الشريكين
او ادعياه جميعا فاما اذا ولدت ولدين فادعي كل واحد منهما علي حدة فهذا في الاصل لا يخلو
اما ان ولدتهما في بطن واحد واما ان ولدتهما في بطنين مختلفين والدعوتان اما ان
خرجتا جميعا معا واما ان سبقت احداهما الاخري فان ولدت الجارية الولدين في بطن
واحد فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الولدين منهما جميعا لان دعوة احد
التوامين دعوة الاخر لاستحالة الفصل بينهما في النسب لعلوقهما من ما واحد فكانت
دعوة احدهما دعوة للاخر ضرورة وان سبق احدهما بالدعوة ثبت نسب الولد منه لانه
ثبت نسب المدعا ومن ضرورته ثبوت نسب الاخر وعتقا جميعا لعلوقهما حرا الاصل وصارت
الجارية ام ولد له وغرم نصف العقر ونصف قيمة الجارية هذا اذا ولدتهما في بطن واحد
فاما اذا ولدتهما في بطنين مختلفين فان خرجت الدعوتان جميعا معا ثبت نسب الاكبر
من مدعي الاكبر بلا شك وصارت الجارية ام ولد له وغرم نصف قيمة الجارية ونصف
العقر لمدعي الاصغر وهل يثبت نسب الولد الاصغر من مدعي الاصغر فالقياس ان لا يثبت
الا بتصديق مدعي الاكبر لثبوت نسب الاكبر منه فمدعي الاصغر يدعي ولد ام ولد
الغير ومن ادعي ولد ام ولد الغير لا يثبت نسبه منه الا بتصديقه ولم يوجد وجه
الاستحسان ان مدعي الاكبر غر مدعي الاصغر حيث اخر الدعوة الي دعوته فصار مدعي
الاصغر بتاخير مدعي دعوة مدعي الاكبر الي دعوته مغرورا من جهته وولد المغرور
ثابت النسب حر بالقيمة وعلي مدعي الاصغر العقر لمدعي الاكبر لكن نصف العقر او كله
ففيه اختلاف الروايتين والتوفيق بينهما ممكن لان رواية نصف العقر علي مدعي
الاصغر جواب حاصل ماعليه من العقر بعد القصاص وهو النصف ورواية الكل [illegible]

ماعليه

ماعليه قبله لان مدعي الاكبر قد غرم نصف العقر لمدعي الاصغر فالنصف بالنصف يلتقيان قصاصا
فلا يبقي علي مدعي الاصغر بعد المقاصة الا النصف فامكن التوفيق بين الروايتين من هذا
الوجه وعلي مدعي الاصغر قيمة الولد الاصغر لانه ولد المغرور وولد المغرور حر بالقيمة باجماع
الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فاذا علي مدعي الاصغر نصف العقر وكل قيمة الولد وعلي مدعي
الاكبر نصف قيمة الجارية لصيرورتها ام ولد له فيصير نصف قيمة الجارية الذي علي مدعي
الاكبر قصاصا بنصف العقر وقيمة الولد الذي علي مدعي الاصغر ويترادان هذا اذا خرجت
الدعوتان جميعا معا فادعي احدهما الاكبر والاخر الاصغر فاما اذا سبق احدهما بالدعوة
فان ادعي السابق الاكبر اولا فقد ثبت نسب الاكبر منه وعتق وصارت الجارية ام ولد له
وغرم لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر فبعد ذلك اذا ادعي الاخر الاكبر فقد
ادعي ولد ام ولد الغير فلا بد من التصديق لثبات النسب فان صدقه يثبت النسب
ويكون علي حكم امه وان كذبه لا يثبت النسب هذا اذا السابق بالدعوة الاكبر اولا فاما
اذا ادعي الاصغر اولا يثبت نسب الكبر [الاصغر] منه وعتق وصارت الجارية ام ولد له وضمن
نصف قيمتها ونصف عقرها لشريكه الاخر والاكبر بعد رقيق بينهما لانه ولد جارية مملوكة
بينهما لم يدعه احد فاذا ادعاه الشريك الاخر بعد ذلك صار كعبد بين اثنين اعتقه
احدهما عتق نصيبه وثبت نسبه منه والشريك الاخر ان شا اعتق نصيبه وان شا
ضمن المعتق قيمة نصيبه ان كان موسرا وان كان معسرا فله خيار الاعتاق والاستسعا
لا غير وهذا قول ابي حنيفة وعندهما ان كان موسرا فله التضمين لا غير وان كان معسرا
فله الاستسعا لا غير علي ما عرف في العتاق ولو قال احدهما الاكبر ابني والاصغر ابن شريكي
ثبت نسب الاكبر منه وصارت الجارية ام ولد له ويضمن نصف قيمة الجارية ونصف العقر
لشريكه والاصغر ولد ام ولد له اقر بنسبه لشريكه فان صدقه شريكه ثبت نسبه منه ولا يعتق
وان كذبه لا يثبت النسب وكذلك لو قدم واخر بان قال الاصغر ابن شريكي والاكبر ابني ثبت
نسب الاكبر منه ونسب الاصغر موقوف علي تصديق شريكي ولو قال احدهما ابني الاصغر
ابني والاكبر ابن شريكي او قدم واخر فقال الاكبر ابن شريكي والاصغر ابني ثبت نسب الاصغر
منه وعتق وصارت الجارية ام ولد وضمن لشريكه نصف قيمة الجارية ونصف العقر ونسب
الاكبر موقوف علي تصديق شريكه فان صدقه يثبت النسب منه ويغرم لمدعي الاصغر نصف
الاكبر وان كذبه له صار كعبد بين شريكين شهد احدهما علي صاحبه بالاعتاق وكذبه
علي ما عرف في مسايل الاعتاق ولو ولدت الجارية في يد انسان ثلثة اولاد فادعي احدهم
فهذا لا يخلو اما او ولدوا في بطن واحد واما ان ولدوا في بطون مختلفة ولا يخلو
اما ان ادعي احدهم بعينه واما ان ادعي احدهم بغير عينه فان ولدوا في بطن واحد
فادعي احدهم بغير عينه فقال احد هولا ابني او عين واحدا فقال هذا ابني عتقوا
وثبت نسب الكل منه لان من ضرورة ثبوت نسب احدهم ثبوت نسب الباقين لانهم
توام علقوا من ما واحد فلا يفصل بين البعض والبعض في النسب واذا ثبت نسبهم
صارت الجارية ام ولد له هذا اذا ولدوا في بطن واحد فاما اذا ولدوا في بطون مختلفة
فقال الاكبر ولدي ثبت نسب الاكبر منه وصارت الجارية ام ولد له وهل يثبت نسب
الاوسط والاصغر القياس ان يثبت وهو قول زفر ويكون حكمهما حكم الام وفي الاستحسان
لا يثبت وجه القياس ظاهر لانه لما ثبت نسب الاكبر فقد صارت الجارية ام ولد له فكان
الاوسط والاصغر ولد ام الولد وولد ام الولد يثبت نسبه من مولاها من غير دعوة

الفضل صح

مالم يوجد النفي فيه ولم يوجد وجه الاستحسان ان النفي فيه ان لم يوجد نصا فقد وجد دلالة
وهو الاقدام على تخصيص احدهم بالدعوة فان ذلك دليل البواقي اذ لم يكن لتخصيص البعض
مع استوا الكل في استحكام الدعوة معني هذا اذا ادعي الاكبر فاما اذا ادعي الاوسط فالاوسط حر
ثابت النسب وصارت الجارية ام ولد له والاكبر رقيق لانه ولد علي ملكه ولم يدعه احد وهل يثبت
نسب الاصغر فهو علي ما ذكرنا من القياس والاستحسان هذا اذا ادعي الاوسط فاما اذا ادعي الاصغر
فالاصغر حر ثابت النسب والجارية ام ولد والاكبر والاوسط رقيقان لما ذكرنا هذا ادعي احدهم
فاما ادعي بغير عينه فقال احدهم هولا ابني فان بين فالحكم فيه ما ذكرنا وان مات قبل البيان
عتقت الجارية بلا شك لانه لما ادعي نسب احدهم فقد اقر ان الجارية ام ولد له وام الولد تعتق
بموت السيد واما حكم الاولاد في العتق فقد ذكرنا الاختلاف فيه بين ابي حنيفة وصاحبيه في
كتاب العتاق عبد صغير بين اثنين اعتقه احدهما ثم ادعاه الاخر ثبت نسبه عند ابي حنيفة
ونصف ولايه للاخر وعندهما لا يثبت نسبه بنا علي ان الاعتاق يتجزي عند ابي حنيفة فيبقي نصيب
المدعي علي ملكه فتصح دعوته فيه وعندهما لا يتجزي ويعتق الكل فلم يبق للمدعي فيه ملك فلم
تصح وان كان العبد فكذلك عند ابي حنيفة لما ذكرنا انه بقي الملك في نصيبه وعندهما ان
صدقه العبد ثبت النسب والا فلا لانه عتق كله باعتاق البعض فلا بد من تصديقه ويخرج علي الاصل
الذي ذكرنا دعوة العبد الماذون ولد جارية من اكسابه انها تصح ويثبت نسب الولد منه لان ملك
اليد ثابت له وانه كافي لثبات النسب ولو ادعي المضارب ولد الجارية لم يصح اذا لم يكن في المضاربة
ربح لانه لا بد لثبات النسب من ملك ولا ملك للمضارب اصلا لا ملك الذات ولا ملك اليد
اذا لم يكن في المضاربة ربح ولو ادعي ولدا من جارية لمولاه ليس من تجارته وادعي ان مولاها احلها
له او زوجها منه لا يثبت نسبه منه الا ان يصدقه المولي لانه اجنبي عن مال المولي لانعدام الملك له
فيه اصلا فالتحق بساير الاجانب لا في الحد فان كذبه المولي ثم عتق فملك الجارية بوجه من الوجوه
نفذت دعوته لانه اقر بجهة مصححة للنسب لكن توقف نفاذه لحق المولي وقد زال ولو تزوج
الماذون حرة او امة فوطيها ثبت النسب منه سوا كان النكاح باذن المولي او بغير اذنه لان النسب
يثبت بالنكاح صحيحا كان او فاسدا وعلي هذا دعوة المكاتب ولد جارية من اكسابه صحيحة لان
ملك التصرف ثابت له كالماذون واذا ثبت نسب الولد منه لم يجز بيع الولد ولا بيع الجارية اما
الولد فلانه يكاتب عليه ولا يجوز بيع المكاتب واما الام فلان له فيها حق ملك ينقلب ذلك
الحق حقيقة عند الادا فتمنع من بيعها والله اعلم والعبد المسلم والذمي سوا في دعوي النسب
وكذلك المكاتب المسلم والذمي لان الكفر لا ينافي النسب ويستوي في دعوة الاستيلاد وجود
الملك وعدمه عند الدعوة بعد ان كان العلوق في الملك فان كان العلوق في غير الملك كانت
دعوة تحرير فيشترط قيام الملك عند الدعوة فان كان في ملكه يصح الا بشريطة التصديق
والبينة والكلام فيه ان الدعوة نوعان دعوة استيلاد ودعوة تحرير فدعوة الاستيلاد
هي ان يكون علوق المدعا في ملك المدعي وهذه الدعوة تستند الي وقت العلوق وتتضمن
الاقرار بالوطي فيتبين انه علق حرا ودعوة التحرير هي ان يكون علوق المدعا في غير ملك وهذه
الدعوة تقتصر علي الحال ولا تتضمن الاقرار بالوطي لعدم تصور الاستيلاد لعدم الملك وقت
العلوق وبيان هذه الجملة في مسايل اذ ولدت في ملك رجل لستة اشهر فصاعدا فلم يدع الولد
حتي باع الام والولد ثم ادعي الولد صحت دعوته وثبت النسب منه وعتق وظهر ان الجارية ام ولد
له ويبطل البيع في الجارية وفي ولدها وهذا استحسان والقياس ان لا تصح دعوته ولا يثبت
النسب لعدم الملك وقت ووجه الاستحسان ان قيام الملك وقت الدعوة ليس بشرط لصحة

هذه الدعوة بل الشرط ان يكون علوق الولد في الملك لان هذه الدعوة تستند الي وقت العلوق فاذا كان
علوق الوقت في ملك المدعي فقد ثبت له حق استحقاق النسب وانه لا يحتمل البطلان كما لا يحتمله حقيقة
النسب فلم يبطل بالبيع فصحت دعوته وظهر ان الجارية كانت ام ولد له فلم يصح بيعها وبيع ولدها فيسترد
الجارية والولد هاويرد الثمن ولو لم يدعه البايع حتي خرج عن ملك المشتري بوجه من الوجوه ينظر ان
كان ذلك محتملا للفسخ يفسخ ولو لم يكن محتملا للفسخ لا يفسخ الا لضرورة وبيان ذلك اذا كان المشتري
باع الولد او وهبه او رهنه او اجره او كاتبه فادعاه البايع نقض ذلك وثبت النسب لان هذه التصرفات
مما يحتمل النقض والفسخ وكذلك لو كان المشتري باع او كاتبها او رهنها او اجرها او زوجها لما قلنا
ولو كان اعتقها او اعتق الولد لم تصح دعوة البايع لان العتق بعد ثبوته لا يحتمل البطلان وهو الولا
وكذلك لو مات الولد او قتل لان الميت مستغن عن النسب وكذلك لو كان المشتري باع الولد
فاعتقه المشتري او دبره او مات عنده لم تصح دعوة البايع لما قلنا ولو كان المشتري اعتق
الام او دبرها دون الولد صحت دعوته في الولد ولم تصح في الام وفسخ البيع في الولد ولا يفسخ في الام
لان المانع من الفسخ حق الام ولا تصير الجارية ام ولد لان امومية الولد ليست من لوازم ثبات
النسب بل تنفصل عنه في الجملة كمن استولد جارية الغير بالنكاح يثبت نسب الولد منه ولا تصير
الجارية ام ولد له للحال الا ان يملكها بوجه من الوجوه واذا فسخ البيع في الولد يرد البايع من
الثمن حصة الولد فيقسم الثمن علي قدر قيمتهما فتعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الولد يوم
الولادة لانه انما صار ولدا بالولادة فتعتبر قيمته يومئذ فيسقط قدر قيمة الام ويرد قدر
قيمة الولد ولو كانت قطعت يد الولد عند المشتري واخذ ارشها ثم ادعاه البايع ثبت نسبه وسلم
الارش للمشتري لان هذه دعوة الاستيلاد وانها تستند الي وقت العلوق ومن شان المستند
انه يثبت للحال اولا ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال لاستحالة ثبوت الحكم في الهالك واليد
المقطوعة هالكة فلا يمكن تصحيح الدعوة فيها بطريق الاستناد وسقط عن البايع من الثمن حصة
الولد لانه سلم البدل للمشتري ولو ماتت الام ثم ادعي البايع صحت دعوته وثبت النسب لان محل
النسب قايم وهو الولد وامومية الولد ليست من لوازمه علي ما بينا فيثبت نسب الولد وان لم تصر
الجارية ام ولد له وهل يرد جميع الثمن عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا يرد الا قدر قيمة
الولد فيعتبر القيمتان ويقسم الثمن علي قدر قيمتهما فما اصاب قيمة الام يسقط وما اصاب قيمة
الولد يرد لانه ظهر ان الجارية ام ولد ثم هلكت عند المشتري لا يكون مضمونا عليه عند
ابي حنيفة وعندهما تكون مضمونة عليه ولقب المسلة ان ام الولد غير متقومة من حيث
انها ليست بمال عنده وعندهما متقومة وهي من مسايل العتاق وعلي هذا اذا باعها والحبل
غير ظاهر فولدت في يد المشتري لاقل من ستة اشهر فادعي البايع وعلي هذا اذا حملت
الجارية في ملكه فباعها وهي حامل فولدت عند المشتري لاقل من ستة اشهر فادعاه البايع هذا
اذا ولدت ولدا فاما اذا ولدت ولدين في بطن واحد فادعي البايع فان ادعاهما ثبت نسب
الولدين منه وهما ظاهر وكذا اذا ادعي احدهما صحت دعوته ولزمه الولدان جميعا لما مر ان
التوام لا يحتملان الفصل في النسب لانخلاقهما من ما واحد فان ولدت احدهما لاقل من ستة
اشهر والاخر لاكثر من ستة اشهر فادعي احدهما ثبت نسبهما ويجعل كانهما ولدتهما عند البايع فباع
احد الولدين مع الام ثم ادعي الولد الذي عنده ثبت نسبه منه ونسب الولد المبيع ايضا سوا كان
المشتري ادعاه او اعتقه لما ذكرنا انهما لا يحتملان الفصل في ثبات النسب فمن ضرورة ثبوت نسب
احدهما ثبوت نسب الاخر وكذلك لو ولدتهما عند المشتري فاعتق احدهما ثم ادعي
البايع لا ينتقض العتق في الام وينتقض الولد لان العتق لا يحتمل الفسخ مقصودا وانما يحتمله

ادعاه صح

للضرورة وفي الولد ضرورة وهو ضرورة عدم الانفصال في النسب ولا ضرورة في الام لما ذكرنا
ان امومية الولد تنفصل عن ثبات النسب في الجملة ولو قطعت يد احد الولدين ثم ادعاهما البايع
ثبت نسبهما وكان الارش للمشتري لا للبايع الا ان يقيم البايع البينة على الدعوة قبل البيع فيكون
له لما ذكرنا ان ما ثبت بطريق الاستناد يثبت في الحال ثم يستند فيستدعي قيام المحل للحال
واليد المقطوعة هالكة فلا يظهر اثر الدعوة فيها ولو قتل احدهما ثم ادعاهما البايع ثبت
نسبهما وكان قيمة المقتول لورثة المقتول لا للمشتري فرقا بين القتل والقطع ووجه الفرق ان
محل حكم الدعوة مقصودا هو النفس وانما يظهر في الاطراف تبعا للنفس وبالقطع انقطعت التبعية
فلا يظهر حكم التبعية فيها فسلم الارش للمشتري ونفس كل واحد من التوامين اصل في حكم
الدعوة فمتى صحت في احدهما تصح في الاخر وان كان مقتولا ضرورة انه لا يتصور الفصل بينهما
في النسب ومتى صحت الدعوة استندت الى وقت العلوق لانها دعوة الاستيلاد فتبين
انهما علقا حرين وكان ينبغي انه يجب الدية لورثة المقتول لا القيمة الا انه وجبت القيمة لان
صحت هذه الدعوة بطريق الاستناد والمستند يكون ظاهرا من وجه مقتصرا من وجه
على الحال من وجه فعملنا بالشبهين فاوجبنا القيمة عملا بشبه الاقتصار وجعلنا الواجب لورثة
المقتول عملا بشبهة الظهور عملا بالدليلين بقدر الامكان والله الموفق وكذلك لو
اعتق المشتري احدهما ثم قتل وترك ميراثا فاخذ ديته وميراثه بالولاء ثم البايع الولدين
فانه يقضي بالحي وامه للبايع ويثبت نسب الولد المقتول منه ويأخذ الدية والميراث من
المشتري لما قلنا والله اعلم هذا اذا ولدت في يد المشتري لاقل من ستة اشهر من وقت البيع
فان ولدت لستة اشهر فصاعدا لم تصح دعوة البايع الا ان يصدقه المشتري لانا لم نتيقن
بالعلوق في الملك فلم يمكن تصحيح هذه الدعوة دعوة الاستيلاد فتصح دعوة تحرير وشرط
صحة هذه الدعوة قيام الملك للمدعي وقت الدعوة فلم يوجد فلا يصح الا اذا صدق
المشتري فيصح لانه اقر بنسب عبد غيره وقد صدقه الغير في ذلك فيثبت نسبه منه ويكون
عبد المولاه ولو ادعى المشتري نسبه بعد تصديقه البايع لم يصح لما مر ان النسب متى
ثبت لانسان في زمان لا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك هذا كله اذا كان الدعوى
من البايع فان كان من المشتري وقد ولدت لاقل من ستة اشهر صحت دعوته وثبت النسب
لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد لتيقننا بان العلوق لم يكن في الملك فيستدعي
قيام الملك وقت الدعوة وقد وجد فلو ادعاه البايع بعد ذلك لا تسمع دعوته لما ان
نسب واحد من اثنين على التعاقب ممتنع ولو ادعاه البايع والمشتري جميعا فدعوة
البايع اولى لان دعوته دعوة استيلاد لوقوع العلوق في الملك وانما تستند الى وقت
العلوق ودعوة المشتري دعوة تحرير لوقوع العلوق في الملك في غير الملك بيقين
وانما تقتصر على الحال والمستند اولى لانه سابق في المعنى والاسبق اولى كرجلين ادعيا
تلقي الملك من واحد وتاريخ احدهما اسبق كان الاسبق اولى كذا هذا وعلى هذا اذا ولدت
امة رجل ولدا في ملكه لستة اشهر فصاعدا فادعاه ابوه ثبت نسبه منه سواء ادعى شبهة
اولى صدقه الابن او كذبه في ذلك لان الاقرار بنسب الولد اقرار بوطي الجارية والاب اذا وطي
جارية ابنه من غير نكاح يصير متملكا اياها لحاجته الى نسب ولد يحيى به ذكره ولا يثبت الا بالملك
وللاب ولاية تملك مال ولاية ابنه عند حاجته الا ترى انه يتملك ماله عند حاجته
الى الانفاق على نفسه كذا ههنا الا ان هناك يتملك بغير عوض وههنا بعوض وهو
قيمة الجارية للتفاوت بين الحاجتين اذ الحاجة هناك الى ابقا النفس والحاجة ههنا

الى ابقاء

الى ابقا الذكر والاسم والتملك بغير عوض اقوى من التملك بعوض لان ما قابله العوض كان تملكا
صورة لا معنى فالشرع دفع كل حاجة بما يناسبها فدفع حاجة استبقا الصحة بالتمليك بغير بدل
وحاجة استبقا الذكر بالتمليك ببدل رعاية للجانبين جانب الاب وجانب الابن وتصديق الابن
ليس بشرط فسوا صدقه الابن في الدعوى والاقرار او كذبه يثبت النسب فرقا بين هذا وبين
المولى اذا ادعى امة مكاتبة انه لا يثبت نسبه الا بتصديق المكاتب ووجه الفرق ظاهر
لانه لا ولاية للمولى على مال المكاتب فكان اجنبيا عنه فوقعت الحاجة الى تصديقه وللاب
ولاية على مال ابنه فلا يحتاج الى تصديقه لصحة هذه الدعوة لكن من شرط صحة هذه الدعوة
كون الجارية في ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو اشتراها الابن فجاءت
بولد لاقل من ستة اشهر وادعاه الاب لم تصح دعوته لانعدام الملك وقت العلوق
وكذا لو باعها فجاءت بولد في المشتري لاقل من ستة اشهر فادعاه الاب لم يصح لانعدام
الملك وقت الدعوة وكذلك لو كان العلوق في ملكه وولدت في ملكه وخرجت عن ملكه
فيما بينهما لانقطاع الملك فيما بينهما ثم انما كان قيام الملك للابن في الجارية من وقت العلوق
الى وقت الدعوة شرطا لصحة هذه الدعوة لان الملك يثبت مستندا الى وقت العلوق ولا
يثبت الملك الا بالتملك ولا تملك الا بولاية التملك لان تملك مال الانسان عليه كرها
وتنفيذ التصرف عليه جبرا لا يكون الا بالولاية فلا بد من قيام الولاية فاذا لم تكن الجارية
في ملكه من وقت العلوق الى وقت الدعوة لم تستمر الولاية فلا يستند الملك وكذلك الاب
لو كان كافرا او عبدا فادعى لا تصح دعوته لان الكفر والرق ينفيان الولاية ولو كان كافرا فاسلم
او عبدا فاعتق فادعى ينظر في ذلك ان ولدت بعد الاسلام لاقل من ستة اشهر لم تصح دعوته
لانعدام ولاية التملك وقت العلوق وان ولدت لستة اشهر فصاعدا صحت دعوته ويثبت
النسب لقيام الولاية ولو كان معتوها فافاق صحت دعوته استحسانا والقياس ان لا تصح
لان الجنون مناف للولاية بمنزلة الكفر والرق وجه الاستحسان ان الجنون امر عارض
كالاغماء وكل عارض على اصل اذا زال يلتحق بالعدم من الاصل ويجعل كانه لم يكن كما لو اغمي عليه
ثم افاق ولو كان مرتدا فادعى جارية ابنه فدعوته موقوفة عند ابي حنيفة لتوقف ولايته
وعند ابي يوسف ومحمد صحيحة لنفاذ ولايته بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما
نافذة واذا ثبت نسب الولد من الاب صارت الجارية ام ولد له ولا عقر عليه عند اصحابنا
الثلاثة وعند زفر والشافعي يجب عليه العقر وجه قولهما ان الملك يثبت شرطا لصحة
الاستيلاد والاستيلاد ايلاج منزل معلق فكان الفعل قبل الانزال خاليا عن الملك فيجب

فيوجب صح

العقر ولهذا يوجب نصف العقر في الجارية المشتركة بين الاجنبيين اذا جاءت بولد فادعاه
احدهما لان الوطي في نصيب شريكه حصل في غير الملك فاوجب نصف العقر ولنا ان الايلاج
المنزل المعلق من اوله الى اخره ايلاج واحد فكان من اوله الى اخره استيلادا فلا بد ان يتقدمه
الملك او يقارنه ومن وطي جارية مملوكة لنفسه لا عقر عليه بخلاف الجارية لان هناك لم
يكن يملك نصيب الشريك شرطا لصحة الاستيلاد وثبات النسب لان نصف الجارية
ملكه وقيام اصل الملك يكفي لذلك وانما ثبت حكما للثابت في نصيبه قضية للنسب
ضرورة لانه لا يتجزى وحكم الشي لا يسبقه بل يتعقبه فوطي المدعي صادف نصيبه ونصيب
شريكه والوطي في غير الملك يوجب الحد الا ان الحد سقط للشبهة فوجب العقر وههنا وههنا
الملك ثبت شرطا لثبوت النسب وصحة الاستيلاد وشرط الشي يكون سابقا عليه او مقارنا
له فالوطي صادف ملك نفسه فلا يوجب العقر ولا يضمن قيمة الولد ايضا لانه علق حرا وان

كانت الجارية مملوكة له ولا ولاء عليه لان ذلك حكم الاعتاق فيستدعي تقدم الرق ولم يوجد ودعوة
الجد اب الاب جارية ابن الابن بمنزلة دعوة الاب عند انعدامه او عند انعدام ولايته فلاحتى
لو كان الاب الجد نصرانيا وحافدة مثله والاب مسلم لم تصح دعوة الجد لقيام ولاية الاب ولو
كان الاب ميتا او كافرا او عبدا صحت لعدم ولاية الجد لانقطاع ولاية الاب وكذا اذا كان الاب
معتوها من وقت العلوق الي وقت الدعوة صحت دعوة الجد لما قلنا فان افاق ثم ادعي الجد
لم تصح دعوته لانه لما افاق فقد التحق العارض بالعدم من الاصل فعادت ولاية الاب فسقطت
ولاية الجد ولو كان الاب مرتدا فدعوة الجد موقوفة عند ابي حنيفة ان قتل علي الردة او مات
صحت دعوة الجد وان اسلم لم تصح لتوقف ولايته عنده كتوقف تصرفاته وعند ابي يوسف ومحمد
لا تصح دعوة الجد لان تصرفاته عندهما نافذة فكانت ولايته قائمة هذا اذا وطي الاب جارية
الابن من غير نكاح فاما اذا وطيها بالنكاح يثبت النسب من غير دعوة سوا وطيها نكاح صحيح او فاسد لان
النكاح يوجب الفراش بنفسه صحيحا كان او فاسدا ولا يملك الجارية لانه وطيها علي ملك الابن
بعقد النكاح وعند الشافعي لا يجوز هذا النكاح وهي من مسايل كتاب النكاح ويعتق الولد
علي اخيه بالقرابة لان النسب انما يثبت بعقد النكاح لا بملك اليمين فبقيت الجارية علي ملك
الابن وقد ملك اخاه فيعتق عليه فان ملك الاب الجارية بوجه من الوجوه صارت الجارية
ام ولد له لوجود سبب امومية الولد وهو ثبات النسب الا انه توقف حكمه علي وجود الملك
فاذا ملكها صارت ام ولد له هذا كله اذا ادعي الاب ولد جارية ابنه فاما اذا ادعي ولد
ام ولده او مدبرته بان جات بولد فنفاه الابن حتي انتفي نسبه منه ثم ادعاه الاب لم
يثبت نسبه منه في ظاهر الرواية وعليه نصف العقر وروي عن ابي يوسف انه فرق بين ام
الولد وبين ولد المدبرة فقال لا يثبت نسب ولد ام الولد ويثبت ولد المدبرة من الاب وعليه
قيمة الابن والعقر والولا للابن وجه هذه الرواية ان ثبات النسب لا يقف علي ملك الجارية
لا محالة فان نسب ولد الامة المنكوحة يثبت من الزوج والامة ملك المولي واما القيمة فلانه
ولد ثابت النسب علق حرا فاشبه ولد المغرور فيكون حرا بالقيمة والولا للابن لانه استحقه
بالتدبير وانه لا يحتمل الفسخ بعد الاستحقاق بخلاف ولد ام الولد لان ام الولد فراش لمولاها
فكان الولد مولودا علي فراش الابن والمولود علي فراش انسان لا يثبت نسبه من غيره وان
انتفي عنه بالنفي كما في اللعان والصحيح جواب ظاهر الرواية لان النسب لا يثبت الا بالملك وام
الولد والمدبرة لا يحتملان التملك ويضمن العقر لانه اذا لم يتملكها فقد حصل الوطي في غير
الملك وقد سقط الحد للشبهة فيجب العقر هذا اذا لم يصدقه الابن في الدعوي بعد ما نفاه
فان صدقه يثبت النسب بالاجماع لان نسب ولد جارية الاجنبي يثبت من المدعي بتصديقه
فنسب ولد جارية الابن اولي ويعتق علي الابن لان اخوه ملكه وولاه له لان الولا لمن اعتق
ولو ادعي ولد مكاتبة ابنه لم يثبت نسبه منه لان النسب لا يثبت بدون الملك والمكاتبة
لا تحتمل التملك فلا تصح دعوته الا اذا عجزت فتنعقد دعوته لانها اذا عجزت فقد عادت
قنا وجعل العارض كالعدم من العدم فصار كما لو ادعي قبل الكتابة والله اعلم

فصل

واما بيان ما يظهر به النسب فالنسب يظهر بالدعوة مرة وبالبينة اخري اما ظهور النسب
بالدعوي فيستدعي شرايط صحة الدعوي والاقرار بالنسب وقد ذكرنا في كتاب الاقرار
الا انه قد يظهر بنفس الدعوي وقد لا يظهر الا بشريطة التصديق وجملة الكلام فيه
ان المدعا عليه نسبه لا يخلو اما ان يكون في يد نفسه واما ان لا يكون فان كان في يد نفسه
لا يثبت نسبه من المدعي الا اذا صدقه لانه اذا كان في يد نفسه فاقراره يتضمن ابطال

[Margin note: الولدهو]

يده فلا يبطل الا برضاه وان لم يكن في يد نفسه فاما ان يكون مملوكا واما ان لم يكن فان كان مملوكا
يثبت نسبه بنفس الدعوي اذا كان في ملك المدعي وقت الدعوة وان كان في ملك غيره عند الدعوة
فان كان علوقه في ملك المدعي يثبت نسبه بنفس الدعوة ايضا وان لم يكن علوقه في ملكه لا يثبت
نسبه الا بتصديق المالك علي ما ذكرنا وان لم يكن مملوكا فاما ان لم يكن في يد احد لا في يد غيره
ولا في يد نفسه كالصبي المنبوذ واما ان كان في يد احد كاللقيط فان لم يكن في يد احد يثبت
نسبه بنفس الدعوة استحسانا والقياس ان لا يثبت لانه ادعي امرا جايز الوجود والعدم
فلا بد من ترجيح احد الجايزين من مرجح ولم يوجد فلا تصح الدعوة وجه الاستحسان انه عاقل
اخبر عما هو محتمل للثبوت وكل عاقل اخبر عما يحتمل ثبوته يجب تصديقه تحسينا للظن هو الاصل
الا اذا كان في تصديقه ضرر بالغير وها هنا في التصديق نظر من الجانبين جانب اللقيط بالوصول
الي شرف النسب والحضانة والتربية وجانب المدعي بولد يستعين به علي مصالح الدينية
والدنيوية وتصديق العاقل في دعوي ما ينتفع به ولا يتضرر غيره واجب ولو ادعاه رجلان ثبت
نسبه منهما عندنا وعند الشافعي لا يثبت الا من احدهما ويتعين بقول القافة علي ما ذكرنا
اكثر من رجلين فعند ابي حنيفة يثبت نسبه من خمسة وعند ابي يوسف من اثنين وعند
محمد من ثلثة وقد مرت المسألة ولو ادعته امراتان صحت دعوتهما عند ابي حنيفة وعندهما
لا تصح وسنذكر الحجج من بعد ان شا الله تعالي هذا اذا لم يكن في يد احد فان كان وهو
اللقيط يثبت نسبه من الملتقط بنفس الدعوة استحسانا والقياس ان لا يثبت الا بالبينة
وقد ذكرنا القياس والاستحسان فيما قبل وكذلك من الخارج صدقه الملتقط في ذلك او
كذبه والقياس ان لا يثبت اذا كذبه وجه القياس ان هذا اقرار يتضمن ابطال يد الملتقط
لان يده عليه ثابتة حقيقة وشرعا حتي لو اراد غيره ان ينتزعه جبرا من يده ليحفظه ليس له
ذلك والاقرار اذا تضمن ابطال حق الغير لا يصح وجه الاستحسان ان يد المدعي انفع للصبي
من يد الملتقط لانه يقوم بحضانته وتربيته ويتشرف بالنسب فكان المدعي اولي به وسوا
كان المدعي مسلما او ذميا استحسانا والقياس ان لا تصح دعوة الذمي ووجهه انا لو
صححنا دعوته واثبتنا نسب الولد منه للزمنا استتباعه في دينه وهذا يضره فلا تصح
دعوته وجه الاستحسان انه ادعي امرين منفصل احدهما عن الاخر في الجملة وهو النسب
والتبعية في الدين اذ ليس من ضرورة كون الولد منه ان لا يكون علي دينه الا تري انه لو
اسلمت امه يحكم باسلامه وان كان ابوه كافرا فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق فيما يضره
ويكون مسلما ذكر في النوادر ان من التقط لقيطا فادعاه نصراني فهو ابنه ثم ان كان
عليه زي المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زي الشرك بان يكون في رقبته صليب ونحو
ذلك فهو علي دين النصاري هذا اذا اقر الذمي انه ابنه فان اقام البينة علي ذلك فان
كان الشهود من اهل الذمة لا تقبل شهادتهم في استتباع الولد في دينه لان هذه شهادة
تضمنت ابطال يد المسلم وهو الملتقط فكانت شهادة علي المسلم فلا تقبل وان كان من
المسلمين وان كانوا من المسلمين تقبل ويكون الولد علي دينه فرقا بين الاقرار وبين البينة
وذلك انه متهم في اقراره ولا تهمة في الشهادة وسوا كان المدعي حرا او عبدا ادعي شيين
احدهما يحتمل الفصل عن الاخر وهو النسب والرق فيصدق فيما ينفعه ولا يصدق
فيما يضره وان ادعاه الخارج والملتقط معا فالملتقط اولي لاستوايهما في الدعوي
ونفع الصبي فيترجح باليد فان سبقت دعوة الملتقط لا تسمع دعوة الخارج لانه ثبت نسبه منه
فلا يتصور ثبوته من غيره بعد ذلك الا ان يقيم البينة لان الدعوي لا تعارض البينة

ولو ادعاه خارجان فان كان احدهما مسلما والاخر ذميا فالمسلم اولي لانه يتبعه في الاسلام
فكان انفع للصبي وكذلك اذا ادعته مسلمة وذمية فالمسلمة اولي ولو شهد للمسلم ذميان
وللذمي مسلمان لان الحجتين وان تعارضتا فاسلام المدعي كاف للترجيح ولو كان احدهما حرا
والاخر عبدا فالحر اولي لانه انفع للقيط ولو كانا مسلمين حرين كان ذكر احدهما علامة في بدن
اللقيط ولم يذكر الاخر فوافقت دعوته العلامة فصاحب العلامة اولي لرجحان دعواه
بالعلامة لان الشرع ورد بالترجيح بالعلامة في الجملة قال الله تعالى في قصة يوسف
صلوات الله عليه وشهد شاهد من اهلها ان كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من
الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما راي قميصه قد
من دبر قال انه من كيدكن ان كيدكن عظيم جعل هذا القميص من خلف دليل مراودتها اياه
لان ذلك علامة جرها اياه الي نفسها والقد من قدام علامة دفعها اياه عن نفسها وكذلك
قال اصحابنا في لؤلؤي ودباغ في حانوت واحد هو في ايديهما فيه لؤلؤ واهاب فتنازعا
فيهما انه يقضي باللولو للولوي وبالاهاب للدباغ وكذلك قالوا في الزوجين اختلفا في متاع
البيت ما يكون للرجال يجعل في يد الرجل وما يكون للنسا يجعل في يدها ونحو ذلك من المسائل
بناء علي ظاهر الحال وغالب الامر كذا فان ادعي احدهما علامات في بدن اللقيط فوافق
البعض وخالف البعض الكرخي انه يثبت نسبه منهما لانه وقع التعارض في العلامات
فسقط الترجيح بها كانه سكت عن ذكر العلامة راسا وان لم يذكر احدهما علامة اصلا ولكن
لاحدهما بينة يقضي له لان الدعوي لا تعارض البينة ولو لم يكن لاحدهما بينة يثبت النسب
منهما جميعا لاستوائهما في الدعوي وهذا عندنا وعند الشافعي لا يثبت نسبه الا من
احدهما ويتعين بقول القافة علي ما ذكرنا ولو كان المدعي اكثر من رجلين فهو علي الاختلاف
الذي ذكرنا في الجارية المشتركة ولو قال احد المدعيين هو ابني وهو غلام فاذا هو
جارية لم يصدق لانه ظهر كذبه بيقين ولو قال احدهما هو ابني وقال الاخر هو ابنتي
فاذا هو خنثي يحكم مباله فان كان يبول من مبال الرجال فهو ابن مدعي البنوة وان كان
يبول من مبال النسا فهو ابنة مدعي البنية وان كان يبول منهما جميعا يعتبر السبق
فان استويا في السبق فهو مشكل عند ابي حنيفة وعندهما يعتبر كثرة البول فان استويا
في ذلك فهو مشكل لان هذا حكم الخنثي وينبغي ان يثبت نسبه منهما جميعا ولو قال الملتقط
هو ابني من زوجتي فصدقته فهو ابنهما حرة كانت الزوجة او امة غير انها ان كانت حرة
كان الابن حرا بالاجماع وان كانت امة كان ملكا لمولي الامة عند ابي يوسف وعند محمد يكون
حرا وجه قول محمد ان نسبه وان ثبت من الامة لكن في جعله تبعا لها في الرق مضرة
بالصبي وفي جعله منفعة له فيتبعها فيما ينفعه ولا يتبعها فيما يضره كالذمي اذا ادعي
نسب لقيط يثبت نسبه منه لكن لا يتبعه في دينه لما قلنا كذا هذا وجه قول ابي يوسف
ان الاصل ان الولد يتبع الام في الرق والحرية فكان من ضرورة ثبوت النسب منها ان
يكون رقيقا والرق وان كان يضره فهو ضرر يلحقه ضرورة غيره فلا يعتبر ولو ادعته امراة
انه ابنها وهي حرة او امة ذكر في الاصل انها لا تصدق علي ذلك حتي تقيم بينة انها ولدته
وان اقامت امراة واحدة علي الولادة قبلت اذا كانت حرة عدلة اطلق الجواب في الاصل
ولم يفصل بينما اذا كان لها زوج او لا منهم من حمل علي ما اذا كان لها زوج لانه اذا كان لها
زوج كان في تصحيح دعوتها تحميل النسب علي الغير فلا يصح الا بالبينة او بتصديق الزوج
فاما اذا لم يكن لها زوج فلا يتحقق التحميل فيصح من غير بينة ووجه الفرق ان النسب في

جانب

جانب الرجال يثبت بالفراش وفي جانب النسا يثبت بالولادة ولا تثبت الولادة الا بدليل وادني الدلا
عليها شهادة القابلة ولو ادعته امراتان فهو ابنهما عند ابي حنيفة وكذلك اذا كن خمسة عنده
وعند ابي يوسف ومحمد لا يثبت نسب الولد من المراتين اصلا وجه قولهما ان النسب في جانب
النسا يثبت بالولادة وولادة ولد واحد من امراتين لا يتصور فلا يتصور ثبوت النسب منهما
بخلاف الرجال لان النسب في جانبهم يثبت بالفراش ولابي حنيفة ان سبب ظهور النسب هو
الدعوة وقد وجدت من كل واحد منهما وما قالا ان الحكم في جانبهن متعلق بالولادة فنعم لكن
في موضع امكن وهاهنا لا يمكن فيتعلق بالدعوة وقد اعياه جميعا فيثبت نسبه منهما وعلي هذا
اذا ادعاه رجل وامراتان يثبت نسبه من الكل عند ابي حنيفة وعندهما يثبت من الرجل
لا غير ولو ادعاه رجلان وامراتان كل واحد انه ابنه من هذه المراة والمراة صدقته فهو ابن
ابن الرجلين والمراتين عند ابي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير واما ظهور النسب
بالبينة فنقول وبالله التوفيق البينة يظهر بها النسب مرة ويتاكد ظهوره اخري فكل نسب
يجوز ثبوته من المدعي اذا لم يحتمل الظهور بالدعوة اصلا لا بنفسها ولا بقرينة التصديق
بان كان فيه حمل النسب علي الغير ونحو ذلك يظهر بالبينة وكذا ما احتمل الظهور بالدعوة
لكن بقرينة التصديق يظهر ايضا بالبينة وكل نسب يحتمل الظهور بنفس الدعوة يتاكد

اذا انعدم التصديق صح

ظهوره بالبينة كما اذا ادعي اللقيط رجل الملتقط او غيره وثبت نسبه من المدعي ثم ادعاه رجل
اخر واقام البينة يقضي له لان النسب وان ظهر بنفس الدعوة لكنه غير موكد فاحتمل البطلان
بالبينة وكذا لو ادعاه رجلان معا ثم اقام احدهما البينة فصاحب البينة اولي لما قلنا واذا
تعارضت البينتان في النسب فالاصل فيه ما ذكرنا في تعارض البينتين علي الملك انه ان امكن
ترجيح احدهما علي الاخري يعمل بالراجح وان تعذر الترجيح يعمل بهما الا ان هناك اذا تعذر
الترجيح يعمل بكل واحد منهما من وجه بقدر الامكان وهاهنا يعمل بكل واحد منهما من كل وجه
ويثبت النسب من المدعيين لامكان ثبوت نسب الولد من اثنين علي الكمال واستحالة
كون الشي الواحد مملوكا لاثنين علي الكمال في زمان واحد وجملة الكلام فيه ان تعارض
البينتين اما ان يكون بين الخارج وبين ذي اليد واما ان يكون بين الخارجين وبين ذي
اليد فبينة ذي اليد اولي فان امكن ترجيح احدهما بوجه من الوجوه من الاسلام والحرية
والعلامة واليد وقوة الفراش وغير ذلك من اسباب الترجيح يعمل بالراجح وان استويا
يعمل بهما ويثبت النسب منهما وعلي هذا اذا ادعي احدهما ان اللقيط ابنه وادعي الاخر انه
عبده يقضي للذي ادعي انه ابنه لانه يدعي الحرية والاخر يدعي الرق وبينة الحرية اقوي
وكذلك لو اقام احدهما البينة انه ابنه من هذه الحرة واقام الاخر البينة انه ابنه من هذه
الامة فهو ابن الحر والحرة لما قلنا ولو اقام كل واحد منهما البينة انه ابنه من امراة فهو ابن
الرجلين وابن المراتين علي قياس قول ابي حنيفة وعندهما ابن الرجلين لا غير وقد مرت المسئلة
ولو ادعاه رجلان ووقت كل واحد منهما بينة فان استوي الوقتان ثبت النسب منهما
لاستواء البينتين وان كان وقت احدهما اسبق يحكم سن الصبي فيعمل عليه لانه حكم عدل
وان اشكل سنه فعلي قياس قول ابي حنيفة يقضي لهما وجه قولهما انه اذا اشكل السن
سقط اعتبار التاريخ اصلا كانهما سكتا عنه ولابي حنيفة انه اذا اشكل السن فلم يصلح
حكما فبقي الحكم للتاريخ فيرجح الاسبق ولو ادعي رجل ان اللقيط ابنه واقام البينة وادعت
امراة انه ابنها واقامت البينة فهو بينهما لعدم التنافي في ثبوت نسبه منهما كما اذا ادعاه
رجلان وبل اولي وعلي هذا غلام قد احتلم ادعي علي رجل وامراته انه ابنهما واقام البينة

واقام رجل اخر وامراته البينة ان الغلام ابنهما ثبت نسب الغلام من الاب والام الذي ادعاه
الغلام انه ابنهما و يبطل نسب الذي انكره الغلام لان البينتين تعارضتا و ترجحت بينة الغلام
بيده اذ هو في يد نفسه كالخارجين اذا اقاما البينة ولاحدهما يد كان صاحب اليد اولي كذا
هذا وكذلك لوكان الغلام نصرانيا فاقام بينة من المسلمين علي رجل نصراني ونصرانية وادعاه
مسلم ومسلمة فبينة الغلام اولي ولا يترجح بينة المسلم لانه لا يد له وان كان مسلما ولو كانت
بينة الغلام نصراني يقضي بالغلام للمسلم والمسلمة لان شهادة الكلا الكافر علي المسلم غير
مقبولة فالتحقت بالعدم فبقي مجرد الدعوي فلا تعارض البينة و يجبر الغلام علي الاسلام
غلام في يد انسان ادعي صاحب اليد انه ابنه ولدته امه هذه في ملكه واقام البينة علي ذلك
وادعي خارج ان الغلام ابنه ولدته الامة في ملكه واقام البينة فان كان الغلام صغيرا لا
يتكلم يقضي لصاحب اليد لاستوائهما في البينة فيرجح صاحب اليد باليد كما في النكاح وان
كبيرا يتكلم فقال ابن الاخر يقضي بالامة والغلام للخارج لان الغلام اذا كان يتكلم كان
في يد نفسه فالبينة التي يدعيها الغلام اولي وكذلك لوكان الغلام ولد حرة وهما في يد
رجل واقام صاحب اليد البينة علي انه ولد علي فراشه والغلام يتكلم و يدعي ذلك واقام
الخارج البينة علي مثله يقضي بالمراة وبالولد للذي هما في يده لما قلنا وان كان الذي في يده
من اهل الذمة والمراة ذمية فاقام شهودا مسلمين يقضي بالمراة والولد للذي هما في
يده لان شهادة المسلمين حجة مطلقة ولو اقام الخارج البينة علي انه تزوجها في وقت كذا
واقام الذي في يديه البينة علي وقت دونه لانه اذا ثبت سبق احد النكاحين كان المتاخر منهما
فاسدا فالبينة القايمة علي النكاح الصحيح اقوي فكانت اولي وعلي هذا غلام قد احتلم ادعي
انه ابن فلان ولد علي فراشه من امته فلانة وذلك الرجل يقول هو عبدي ولد من امتي
زوجها عبدي فلانا وولدت هذا الغلام منه والعبد حي يدعي ذلك فهو ابن العبد يدعي لانه
تعارض الفراشان فراش النكاح وفراش الملك وفراش النكاح اقوي لانه لا ينتفي الا باللعان
وفراش الملك ينتفي بمجرد النفي فكان فراش النكاح اقوي فكان الحق اولي ولو ادعي الغلام انه ابن
العبد من هذه الامة واقر العبد بذلك وقامت عليه البينة وادعي المولي انه ابنه فهو ابن
العبد لما قلنا و يعتق لانه ادعي نسبه والاقرار بالنسب يتضمن الاقرار بالحرية فان لم
يجعل في النسب يجعل في الحرية وكذلك لو مات الرجل وترك مالا فاقام الغلام البينة انه
ابن الميت من امته واقام الاخر انه عبده ولدته امته من زوجها فلان والزوج عبده
ايضا والعبد حي يدعي ذلك يقضي له بالنسب لانه يدعي فراش النكاح وانه اقوي
وان كان العبد ميتا يثبت نسب الغلام من الحر وورث منه لان بينة الغلام خلت عن
المعارض لانعدام الدعوي من العبد فيجب العمل بها والله اعلم **فصل** واما صفة
النسب الثابت فالنسب في جانب النسا اذا ثبت يلزم حتي لا يحتمل النفي اصلا لانه في
جانبهن يثبت بالولادة لانه لا مرد لها واما في جانب الرجال فنوعان يحتمل النفي ونوع
لا يحتمله واما ما يحتمل النفي فنوعان ايضا نوع ينتفي بنفس النفي من غير لعان ونوع لا
ينتفي بنفس النفي بل بواسطة اللعان اما الذي ينتفي بنفس النفي فهو نسب ولد ام
الولد لان فراش ام الولد ضعيف لانه غير لازم حتي احتمل النقل الي غيره بالتزويج فاحتمل
النفي الانتفا بنفس النفي من غير الحاجة الي اللعان واما الذي لا ينتفي بمجرد النفي فهو
نسب ولد زوجة يجري بينهما اللعان وهو ان يكون الزوجان حرين مسلمين عاقلين
بالغين غير محدودين في القذف علي ما ذكرنا في كتاب الطلاق لازم لا يحتمل النقل فكان قويا

فلا يحتمل

المدعي صح

فلا يحتمل الانتفا بنفس النفي ما لم ينضم اليه اللعان ولهذا اذا كان العلوق بنكاح فاسد او شبهة نكاح
لا ينتفي نسب الولد بالنفي لان الانتفا بواسطة اللعان ولا لعان في النكاح الفاسد لانعدام الزوجية
حقيقة علي ما عرف في كتاب اللعان واما الذي لا يحتمل النفي فهو نسب ولد زوجة لا يجري بينهما
اللعان فاذا كان الزوجان ممن لا لعان بينهما لا ينتفي نسب الولد بالنفي وكذا النسب بعد الاقرار
به لا يحتمل النفي لان النفي يكون انكارا بعد الاقرار فلا تسمع الا ان الاقرار نوعان نص ودلالة
وقد ذكرنا كل ذلك في كتاب اللعان والله الموفق **فصل** واما حكم تعارض الدعويين لا غير
اما حكمه في النسب فقد مر ذكره في اثنا مسايل النسب واما حكمه في الملك فالكلام فيه في موضعين
احدهما في حكم تعارض البينتين في اصل الملك والثاني في قدره اما الاول فسبيل تعارض
الدعويين في الاصل ما هو سبيل تعارض البينتين فيه من طلب الترجيح والعمل بالراجح عند الامكان
وعند تعذره العمل بهما بقدر الامكان تصحيحا للدعوي بالقدر الممكن وبيان ذلك في مسايل
رجلان ادعيا دابة احدهما راكب والاخر متعلق بلجامها فهي للراكب لانه مستعمل للدابة فكانت في
يده وكذلك كان لاحدهما عليها حمل وللاخر كوز معلق او مخلاة معلق معلقة فصاحب الحمل اولي لما
قلنا ولو كانا جميعا راكبين لكن احدهما في السرج والاخر رديفه فهي لهما في ظاهر الرواية وروي عن
ابي يوسف انها للراكب في السرج لان استعماله اقوي وجه ظاهر الرواية ان الراكبين جميعا
استويا في الاستعمال فكانت الدابة في ايديهما فكانت لهما ولو كانا جميعا راكبين في السرج
فهي لهما بالاجماع لاستوائهما في الاستعمال ولو ادعيا عبدا صغيرا لا يعبر عن نفسه وهو في
ايديهما لانه اذا كان لا يعبر عن نفسه كان بمنزلة العروض والبهايم فبقيت اليد عليه الا تري
انه لو ادعي صبيا صغيرا مجهول النسب في يده انه عبده ثم كبر الصبي فادعي الحرية فالقول
قول صاحب اليد ولا تسمع دعوي الحرية الا ببينة لانه كان في يده وقت الدعوة فلا تزول
يده عنه الا بدليل و بمثله لو ادعي غلاما كبيرا انه عبده وقال الغلام انا حر فالقول قول الغلام
لانه ادعاه في حال هو في يد نفسه فكان القول قوله ولو ادعيا عبدا كبيرا فقال العبد
انا عبد احدهما فهو بينهما ولا يصدق العبد في ذلك وكذا اذا كان العبد في يد رجل فاقر
انه لرجل اخر فالقول قول صاحب اليد ولا يصدق العبد في اقراره انه لغيره لان اقراره
بالرق اقرار بسقوط يده عن نفسه فكان في يد صاحب اليد فلا يسمع قوله انه لغيره لان
العبد لا قول له ولو قال كنت عبد فلان ذلك فاعتقني وانا حر فكذلك عند ابي حنيفة
ومحمد وروي عن ابي يوسف ان القول قول العبد ويحكم بحريته لان العبد يتمسك
بالاصل اذ الحرية اصل في بني ادم فكان الظاهر شاهدا له والصحيح جواب ظاهر الرواية لانه
لما اقر انه كان عبدا فقد اقر بزوال حكم الاصل وثبوت العارض وهو الرق فصار الرق فيه
هو الاصل فكان الظاهر شاهدا للمولي ولو ادعيا ثوبا واحدهما لابسه والاخر متعلق بذيله
فاللابس اولي لانه مستعمل للثوب ولو ادعيا بساطا واحدهما جالس عليه والاخر متعلق به فهو
بينهما ولا يكون للجالس بجلوسه والنوم عليه اولي لاستوائهما في اليد عليه البساط ولو ادعيا
دارا واحدهما ساكن فيها فهي للساكن وكذا لو كان احدهما احدث فيها شيا من بنا او حفر
فهي لصاحب البنا والحفر لان سكني الدار واحداث البنا والحفر تصرف في الدار فكانت
في يده ولو لم يكن شي من ذلك ولكن احدهما داخل فيها والاخر خارج منها فهي بينهما وكذلك لو
كانا جميعا فيها لان اليد علي العقار لا يثبت بالكون فيه وانما يثبت بالتصرف فيه خياط يخيط ثوبا
في دار انسان اختلفا في الثوب فالقول فالقول قول صاحب الدار لان الثوب وان كان في يد الخياط
صورة فهو في يد صاحب الدار معني لان الخياط وما في يده في داره والدار في يده فما في الدار

انسان صح

يكون في يده ايضا حمال خرج من دار رجل وعلى عاتقه متاع فان كان ذلك الحامل يعرف ببيع ذلك
وحمله فهو له وكان الظاهر شاهدا له وان كان لا يعرف فهو لصاحب الدار فهو ان الظاهر شاهد
وكذلك حمال عليه كارة وهو في دار بزار اختلفا في الكارة فان كانت الكارة مما يحمل فيها فالقول
قول الحمال لان الظاهر شاهد له وان كانت مما لا يحمل فيها فالقول قول صاحب الدار لان الظاهر
شاهد لصاحب رجلان اصطاد طايرا فاختلفا فيه فان اتفقا على انه اصل الاباحة لم يستول
عليه قط فهو للصياد سوا اصطاده من الهوا او من الشجر والحايط لانه الاخذ دون صاحب الدار
اذ الصيد لا يعتبر ماخوذا بكونه على حايطه او شجره وقد قال صلى الله عليه وسلم الصيد لمن اخذه
وان اختلفا فقال صاحب الدار اصطدته قبلك او ورثته وانكر الصايد فانه ينظر ان اخذه
من الهوا فهو له لانه الاخذ اذ لا يد لاحد على الهوا وان اخذه من جداره او شجره فهو لصاحب
الدار لان الجدار والشجر في يده وكذلك ان اختلفا في اخذه من الهوا او من الجدار فالقول قول
صاحب الدار لان الاصل ان ما في دار الانسان يكون في يده هكذا روي عن ابي يوسف مسلة
الصيد على هذه التفاصيل ولو ادعيا حايطا بين دارين ولاحدهما عليه جذوع فهو له لانه
مستعمل للحايط ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع فان كانت ثلثة او اكثر فهو بينهما نصفين
سوا استوت جذوع كل واحد منهما او كانت لاحدهما اكثر بعد ان كان لكل واحد منهما
ثلاث جذوع لانهما استويا في استعمال الحايط بالجذوع فان استويا في ثبوت اليد عليه
ولو كان لاحدهما عليه ثلثة اجذعة وللاخر جذع او جذعان فالقياس ان تكون الحايط بينهما
نصفان وفي الاستحسان تكون لصاحب الثلاثة وجه القياس ان زيادة الاستعمال
بكثرة الجذوع ان زيادة من جنس الحجة والزيادة من جنس الحجة لا يقع بها الترجيح الا ترى
انه كان لاحدهما ثلثة وللاخر اربعة كان الحايط بينهما نصفين وان كان استعمال احدهما
اكثر دل ان المعتبر اصل الاستعمال لا قدره وقد استويا فيه ووجه الاستحسان ان
يقال نعم لكن اصل الاستعمال لا يحصل بما دون الثلاث لان الجدار لا يبنى له عادة وانما
يبنى لاكثر من ذلك الا ان الاكثر مما لا نهاية له والثلاث اقل الجمع الصحيح فقيد به فكان
ما ورا موضع الجذع الواحد لصاحب الكثير وانما موضع الجذع لصاحب الكثير واما
موضع الجذع الواحد فكذلك على رواية كتاب الاقرار وانما لصاحب القليل حق لصاحب
الجذع لا اصل الملك وعلى رواية كتاب الدعوى له موضع الجذع من الحايط وما وراه لصاحب
الكثير وجه هذه الرواية ان صاحب الكثير القليل مستعمل لذلك القدر حقيقة فكان
ذلك القدر في يده فيملكه وجه رواية الاقرار ما مر ان الاستعمال لا يحصل بالجذع
والجذعين لان الحايط لا يبنى له عادة فلم يكن شي من الحايط في يده فكان كله لصاحب
اليد الكثير الا انه ليس له ان يرفع الجذع وان كان موضعه مملوكا له لجواز ان يكون
اصل الحايط مملوكا لانسان وللاخر عليه حق الوضع بخلاف ما اذا اقام البينة ان الحايط
له ان يرفع لان البينة حجة مطلقة فاذا اقامها تبين ان الوضع من الاصل كان بغير
حق فله ولاية الرفع وليس كذلك حال عدم البينة لانا انما جعلنا الحايط له بظاهر اليد
والظاهر يصلح للتغير لا للتقرير وهو الفرق وان كان الحايط متصلا ببنا احدى الدارين
اتصال التزاق وارتباط فهي لصاحب الاتصال لانه كالمتعلق به ولو كان لاحدهما التزاق
اتصال التزاق وللاخر جذوع فصاحب الجذوع اولى لانه مستعمل للحايط ولا استعمال
من صاحب الاتصال ولو كان لاحدهما اتصال تربيع وللاخر جذوع فالحايط لصاحب
التربيع ولصاحب حق وضع الجذوع لكن الكلام في صورة التربيع ذكر الطحاوي ان التربيع

هو ان يكون انصاف اللبن الحايط المدعا مداخله حايط احدى الدارين كالازج والطاقات فكان
بمعنى النتاج فكان صاحب الاتصال اولى وذكر الكرخي ان تفصيل التربيع ان يكون طرفا هذا
الحايط المدعا مداخلين حايط احدى الدارين وهذا التفسير منقول عن ابي يوسف رحمه الله
فصار الحاصل ان المداخلة اذا كانت من جانبي الحايط كان صاحب الاتصال اولى بلا خلاف وان
كانت من جانب واحد فعلى قول الطحاوي صاحب الاتصال اولى وعلى قول الكرخي صاحب
الجذوع اولى وجه قول الطحاوي ان ذلك بمعنى النتاج على ما ذكرنا حيث حدث من بنايه
كذلك فصار هو اولى وجه قول الكرخي ان المداخلة بين الجانبين توجب الاتحاد وجعل
الكل بنا واحدا فيسقط حكم الاستعمال لضرورة الاتحاد فملك البعض يوجب ملك الكل
ضرورة الا انه لا يجبر على الدفع بل يترك على حاله لان ذلك ليس من ضرورات ملك الاصل
بل يحتمل الانفصال عنه في الجملة الا ترى ان السقف الذي هو بين بيت العلو وبين بيت
السفل هو ملك صاحب السفل ولصاحب العلو عليه حق القرار حتى لو اراد صاحب السفل
رفع السقف منع منه شرعا كذلك جاز ان يكون الملك لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع
حق وضع الجذع عليه بخلاف ما اذا اقام البينة انه له يجبر على الرفع وقد مر وجه الفرق
بينهما ثم فرع ابو يوسف على ما روي عنه من تفسير التربيع انه اذا اشترى دارا لرجل اخر
دار بجنب تلك الدار وبينهما حايط فاقام الرجل البينة انه له فاراد المشتري ان يرجع على
البايع من تلك الدار الثمن ان كان متصلا ببنا حايط المدعي ليس له ان يرجع على البايع لانه اذا
كان متصلا ببنايه لم يتناوله البيع فلم يكن مبيعا فلا يكون للمشتري حق الرجوع وان لم
يكن متصلا ببنا المدعي وهو متصل ببنا الدار المبيعة فللمشتري ان يرجع على البايع بحصة
الحايط من الثمن لانه اذا كان متصلا بحايط الدار المبيعة تناوله البيع فكان مبيعا فيثبت
الرجوع عند الاستحقاق وان كان متصلا بحايط الدار المبيعة وللاخر عليه جذوع فليس له ان
يرجع وهذا يويد رواية الكرخي ان صاحب الجذوع اولى من صاحب الاتصال اذا كان
من جانب واحد ولو كان اتصال تربيع واستحق المشتري الرجوع على البايع لا ينزع الجذوع
بل يترك على حالها لما ذكرنا ولو كان لاحدهما عليه سترة او بنا وصاحبه مقر بان السترة
والبنا له فالحايط لصاحب السترة لانه مستعمل الحايط بالسترة فكان في يده ولو كان
لم يكن عليه سترة ولكن لاحدهما عليه هرادي فهو بينهما ولا يستحق بالهرادي والبواري
شيا لان وضع الهرادي على الحايط ليس بامر مقصود لان الحايط لا يبنى له فكان ملحقا
فلا يتعلق به الاستحقاق ولو كان وجه الحايط الى احدهما وظهره الى الاخر او كان انصاف اللبن
او الطاقات الى احدهما لا حكم لشي من ذلك عند ابي حنيفة والحايط بينهما وعند ابي يوسف
ومحمد الحايط لمن اليه وجه البنا والانصاف البنا والطاقات وهذا اذا جعل الوجه وقت
البنا حين ما بني فاما اذا جعل بعد البنا بالنقش والتطيين فلا عبرة بذلك بالاجماع
وعلى هذا الخلاف اذا ادعيا بابا مغلقا على حايط بين دارين والغلق الى احدهما فالباب
لهما عند ابي حنيفة وعندهما لمن اليه الغلق ولو كان للباب غلقان من الجانبين فهو لهما
بالاجماع وعلى هذا الخلاف خص بين دارين او بين كرمين والقمط الى احدهما فالخص
بينهما عند ابي حنيفة ولا ينظر الى القمط وعندهما الخص لمن اليه القمط وجه قولهما في هذه
المسايل اعتبار العرف والعادة فان الناس في العادات يجعلون وجه البنا وانصاف
اللبن والطاقات والغلق والقمط الى اصحاب الدار فدلت على انه بنا فكان في يده ولابي
حنيفة ان هذا دليل اليد في الماضي لا وقت الدعوة والحاجة الى اثبات اليد وقت الدعوة

ثم في كل موضع قضي بالملك لاحدهما لكون المدعا في يده يجب عليه اليمين لصاحبه اذا طلب
فان حلف بري وان نكل يقضي عليه بالنكول والله اعلم وعلى هذا اذا اختلفا في المرور في دار واحدها
باب من ٢ تلك الدار فلصاحب الدار ان يمنع صاحب الباب ان يمتنع عن المرور فيها حتى يقيم
البينة ان له في داره طريقا ولا يستحق صاحب الباب بالباب شيا لان فتح الباب الي دار غيره
قد يكون بحق لازم وقد يكون بغير حق اصلا وقد يكون بحق لازم وهو الاباحة فلا يصلح دليلا
علي حق المرور في الدار مع الاحتمال وكذلك لو شهد الشهود ان صاحب الباب كان يمر فيها
لم يستحق بهذه الشهادة شيا لاحتمال ان مروره فيها كان غصبا او اباحة ولئن دلت على انه
كان بحق المرور لكن في الزمان لان الشهادة قامت عليه فلا يثبت بها الحق للحال ولو شهدوا
ان له فيها طريقا فان حدوا الطريق فسموا طوله وعرضه قبلت الشهادة وكذلك لو لم يحدوه
كذا ذكر في الكتاب من اصحابنا من حمل المسلة على ما اذا شهدوا على اقرار صاحب الدار بالطريق
المجهول المشهود به مجهول وجهالة المشهود به تمنع صحة الشهادة فاما جهالة المقر به فلا تمنع
صحة الاقرار ومنهم من اجري جواب الكتاب على اطلاقه لان الطريق طوله معلوم وعرضه
مقدار عرض الباب في متعارف الناس وعاداتهم فكانت هذه الشهادة بمعلوم فتقبل
وكذلك لو شهدوا ان اباه مات وترك طريقا في هذه الدار فهو على ما ذكرنا وعلى هذا اذا
كان لرجل ميزاب في دار رجل فاختلفا في تسييل الما فيه فلصاحب ان يمنعه عن التسييل
حتي يقيم البينة ان له في هذه الدار مسيل ما ولا يستحق صاحب الميزاب بنفس الميزاب
شيا لما ذكرنا وذكر الفقيه ابو الليث رحمه الله ان الميزاب اذا كان قديما فله حق التسييل
وذكر محمد في كتاب الشرب في نهر في ارض رجل يسيل فيه الما فاختلفا في ذلك كان القول
قول صاحب الما لانه اذا كان يسيل فيه الما كان النهر مشغولا بالما فكان النهر مستعملا
به فكان في يده بخلاف الميزاب فان موضوع المسلة فيما اذا لم يكن في الميزاب ما عند
الاختلاف حتي لو كان فيه ما كان حكمه حكم النهر والله اعلم ولو شهدوا انهم راوه يسيل
الما في الميزاب فليست هذه الشهادة بشي لان التسييل قد يكون بغير حق وكذا الشهادة
ما قامت بحق كائن على ما مر ولو شهدوا ان له حقا في الدار من حيث التسييل فان بينوا
انه لما المطر فهو لما المطر وان بينوا انه مسيل ما دايم للغسل والوضو فهو لذلك وان لم
يبينوا تقبل شهادتهم ايضا ويكون القول قول صاحب الدار مع يمينه لانه للغسل
والوضو اولما المطر لان اصل الحق ثبت بشهادة الشهود وبقيت الصفة مجهولة
فيتبين ببيان صاحب الدار لكن مع اليمين وان لم يكن للمدعي بينة اصلا يستحلف صاحب
الدار على ذلك فان حلف بري وان نكل يقضي بالنكول كما في باب الاموال والله اعلم
وعلى هذا يخرج اختلاف الزوجين في متاع البيت ولا بينة لاحدهما علي ما ذكرنا في كتاب
النكاح والله اعلم

فصل

واما حكم تعارض الدعوتين في قدر الملك فنحو اختلاف
المتبايعين في قدر الثمن او المبيع وجملة الكلام فيه ان المتبايعين اذا اختلفا فلا يخلوا
اما ان اختلفا في الثمن واما ان اختلفا في المبيع فان اختلفا في الثمن لا يخلوا اما ان اختلفا
في قدر الثمن واما ان اختلفا في جنسه واما ان اختلفا في وقته وهو الاجل فان اختلفا في
قدره بان قال البايع بعت منك هذا العبد بالفي درهم وقال المشتري اشتريته بالف
فهذا لا يخلوا اما ان كانت السلعة قايمة واما ان كانت هالكة فان كانت قايمة على
حالها لم تتغير واما ان تغيرت الي الزيادة او الي النقصان فان كانت قايمة على حالها لم
تتغير تحالفا وترادا سوا كان قبل القبض او بعده اما قبل القبض فلان كل واحد منهما

مدعي ومدعا عليه من وجه لان البايع يدعي عليه علي البايع زيادة ثمن وهو ينكر والمشتري يدعي
علي البايع تسليم المبيع اليه عند ادا الالف وهو ينكر فيتحالفان لقول النبي صلى الله عليه وسلم
واليمين على من انكر واما بعد القبض فكان ينبغي ان لا يحلف البايع ويكون القول قول المشتري
مع يمينه لان المشتري لا يدعي على البايع شيا لسلامة المبيع له والبايع يدعي على المشتري
زيادة ثمن وهو منكر فكان القول قول المنكر مع يمينه الا انا عرفنا التحالف وهو الحلف
من الجانبين بنص خاص وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا
ويبدا بيمين المشتري في ظاهر الرواية وهو قول محمد وابي يوسف الاخر وفي قوله الاول
يبدا بيمين البايع ويقال انه قول ابي حنيفة والصحيح جواب ظاهر الرواية لان اليمين
وظيفة المنكر والمشتري اشد انكارا من البايع لانه منكر في الحالين جميعا قبل القبض
وبعده والبايع بعد القبض ليس بمنكر لان المشتري لا يدعي عليه شيا فكان اشد انكارا
منه وقبل القبض ان كان منكرا لكن المشتري اسبق انكارا منه لانه يطالب اولا بتسليم
الثمن حتي يصير عينا وهو ينكر فكان اسبق انكارا من البايع فيبدا بيمينه فان نكل لزمه
دعوي البايع لان النكول بدل او اقرار وان حلف يحلف البايع ثم اذا تحالفا هل ينفسخ البيع
بنفس التحالف او يحتاج فيه الي فسخ القاضي اختلف المشايخ فيه قال بعضهم ينفسخ بنفس
التحالف لانهما اذا تحالفا لم يكن في بقا العقد فايدة فينفسخ وقال بعضهم لا ينفسخ الا
بفسخ القاضي عند طلبهما او طلب احدهما وهو الصحيح حتي لو اراد احدهما امضا البيع بما
يقوله صاحبه فله ذلك من غير تجديد العقد لان احتمال الفايدة ثابت لاحتمال
التصديق من احدهما لصاحبه والعقد المنعقد قد يبقي لفايدة محتملة الوجود والعدم
والعدم لانه انعقد بيقين فلا يزول لاحتمال عدم الفايدة على الاصل المعهود في
الثابت بيقين لانه لا يزول بالاحتمال فلا ينفسخ الا بفسخ القاضي وله ان يفسخ لانعدام
الفايدة للحال ولان المنازعة لا تندفع الا بفسخ القاضي لانهما لما تحالفا صار الثمن مجهولا
فيتنازعان فلا بد من قطع المنازعة ولا ينقطع الا بقطع القاضي بالفسخ هذا اذا كانت
السلعة قايمة بعينها من غير تغير فان كانت تغيرت ثم اختلفا في قدر الثمن فلا يخلوا اما
ان تغيرت الي زيادة واما ان تغيرت الي نقصان فان كان التغير الي الزيادة بان كانت
الزيادة متصلة متولدة من الاصل كالسمن والجمال منعت التحالف عند ابي يوسف
وابي حنيفة وعند محمد لا يمنع ويرد المشتري العين بنا على ان هذه الزيادة تمنع
الفسخ عندهما في عقود المعاوضات فيمنع التحالف وعنده لا يمنع الفسخ فلا يمنع وان
كانت الزيادة متصلة غير متولدة من الاصل كالصبغ في الثوب والبنا والغرس في
الارض فكذلك يمنع التحالف عندهما وعنده لا يمنع ويرد المشتري القيمة وان كانت
الزيادة منفصلة متولدة من الاصل كالولد والارش والعقر فهو على هذا الاختلاف
وان كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الاصل كالموهوب والمكسوب لا يمنع التحالف
بالاجماع فيتحالفان ويرد المشتري العين لان هذه الزيادة لا تمنع الفسخ في عقود المعا
وضات فلا يمنع التحالف وكذا هي ليست في معني هلاك العين فلا يمنع التحالف واذا
تحالفا يرد المشتري المبيع دون الزيادة فكانت الزيادة له لانها حدثت على ملكه وتطيب
له لعدم تمكن الخبث فيها والله اعلم هذا اذا تغيرت السلعة الي الزيادة فاما اذا تغيرت
الي النقصان في يد المشتري فنذكر حكمه في موضعه ان شا الله تعالى هذا اذا كانت
السلعة قايمة فاما اذا كانت هالكة فلا يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول

مدعي

قول المشتري مع يمينه في مقدار الثمن فان حلف لزمه ما اقر به وان نكل لزمه دعوي صاحبه
وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة فان اختلفا في مقدار القيمة علي قوله كان القول
قول المشتري في مقدار القيمة ولقب المسئلة في مقدار ان هلاك السلعة هل يمنع التحالف
عندهما يمنع وعنده لا يمنع واحتج بقوله صلي الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا
وترادا اثبت التحالف مطلقا عن شرط قيام السلعة ولا يقال ورد نص اخر مقيدا بحال قيام
السلعة وهو قوله صلي الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا
وترادا لان المذهب عندنا ان المطلق لا يحمل علي المقيد لما في الحمل من ضرب النصوص بعضها
في بعض بل يجري المطلق علي اطلاقه والمقيد علي تقييده فكان جريان التحالف حال قيام السلعة
ثابتا بيقين وحال هلاكها ثابتا بنص واحد وهو النص المطلق ولا تنافي بينهما جميعا ولهما
الحديث المشهور وهو قوله صلي الله عليه وسلم واليمين علي من انكر ينفي التحالف وهو الحلف
من الجانبين بعد قبض المعقود عليه لانه اوجب جنس اليمين علي جنس المنكرين وهذا خلاف
النص والمنكر بعد قبض المعقود عليه هو المشتري لان البايع يدعي عليه زيادة ثمن وهو
ينكر فاما الانكار من قبل البايع لان المشتري لا يدعي عليه شيا فكان ينبغي ان لا يجب التحالف
حال قيام السلعة ايضا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص مقيد وهو قوله صلي الله عليه وسلم
اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة بعينها تحالفا وترادا وهذا القيد ثابت في النص
الاخر ايضا دلالة لانه قال ترادا والتراد لا يكون الا حال قيام السلعة فبقي التحالف حال
هلاك السلعة منفيا بالخبر المشهور والله اعلم ويستوي كل السلعة وبعضها في المنع من
التحالف عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هلاك السلعة يمنع من التحالف في قدر الهالك
لا غير وعند محمد لا يمنع اصلا حتي لو اشتري عبدين فقبضهما ثم هلك احدهما ثم اختلفا
في مقدار الثمن فالقول قول المشتري عند ابي حنيفة ولا يتحالفان الا ان يرضي البايع ان
ياخذ القايم ولا ياخذ من ثمن الهالك شيا فحينيذ يتحالفان وعند ابي يوسف لا يتحالفان
علي الهالك والقول قول المشتري في حصة الهالك ويتحالفان علي القايم ويترادان وعند
محمد يتحالفان عليهما ويرد قيمة الهالك اما محمد فقد مر علي اصله لان هلاك كل السلعة
عنده لا يمنع التحالف فبهلاك البعض اولي وكذلك ابو يوسف لان المانع من التحالف هو
الهلاك فيتقدر المنع بقدره تقدير الحكم بقدر العلة ولابي حنيفة ان الحديث
المشهور ينفي التحالف بعد قبض السلعة لما ذكرنا الا انا عرفنا ذلك بنص خاص والنص ورد
في حال كل السلعة فبقي التحالف حال هلاك بعضها منفيا بالخبر المشهور ولان قدر الثمن الذي
يقابل القايم مجهول لا يعرف الا بالحرز او الظن فلا يجوز التحالف عليه الا اذا شا البايع
ان ياخذ الحي ولا ياخذ من ثمن الهالك شيا فحينيذ يتحالفان لانه رضا ان يكون الثمن كله بمقابلة
القايم فيخرج الهالك عن العقد كانه ما وقع العقد عليه وانما وقع علي القايم فيتحالفان عليه
والله اعلم وسوا كان هلاك المبيع حقيقة او حكما بان خرج عن ملك المشتري بسبب من
الاسباب لان الهالك حكما يلحق بالهالك حقيقة وقد مر الاختلاف وسوا كله خرج كله
او بعضه عند ابي حنيفة وابي يوسف فخروج البعض في المنع من التحالف بمنزلة خروج الكل
عندهما لان التحالف هاهنا يودي الي تفريق الصفقة علي البايع وهذا لا يجوز الا ان البايع ان
ياخذ القايم وحصة الخارج من الثمن بقول المشتري فحينيذ يتحالفان علي القايم ويرد المشتري
ما بقي في ملكه وعليه حصة الخارج بقوله وهذا عند ابي يوسف فاما عند ابي حنيفة فلا
يتحالفان في الاحوال كلها وعند محمد يتحالفان لان الهلاك الحقيقي لا يمنع التحالف عنده بالحكم

اولاثم هلاك الكل حكما بان خرج الكل عن ملكه لا يمنع التحالف فهلاك البعض اولي واذا تحالفا
عنده فان هلك كل المبيع بان خرج كله عن ملكه يرد المشتري القيمة ان لم يكن مثليا والمثل ان كان مثليا
وان هلك بعضه بان خرج بعضه عن ملكه دون البعض ينظر ان كان المبيع مما في تبعيضه ضرر
وفي تشقيصه عيب فالبايع بعد التحالف فالبايع بالخيار ان شا اخذ الباقي وقيمة الهالك
وان شا ترك الباقي واخذ قيمة الكل ومثل الفايت ان كان مثليا وقيمته ان لم يكن مثليا والله
اعلم ولو خرجت السلعة عن ملك المشتري ثم عادت اليه ثم اختلفا في مقدار الثمن ينظر في
ذلك ان كان العود فسخا بان وجد به عيبا فرده بقضا القاضي يتحالفان ويرد العين لان الفسخ
رفع من الاصل فجعل كانه لم يكن وان لم يكن العود فسخا لا يتبين ان الهلاك لم يكن والهلاك يمنع
التحالف عندهما وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري القيمة لا العين ولو لم يخرج المبيع عن
ملكه لكنه صار بحال يمنع الرد بالعيب اما بالزيادة واما بالنقصان اما حكم الزيادة فقد مر
الكلام فيه واما حكم النقصان فيخرج علي هذا الاصل لان النقصان من باب الهلاك فنقول
اذا انتقص المبيع في يد المشتري ثم اختلفا في مقدار الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف
سوا كان النقصان بفعل المبيع او بفعل المشتري او بفعل الاجنبي او بفعل البايع لان نقصان
المبيع هلاك جزء منه وهلاك الجزء في المنع من التحالف كهلاك الكل علي اصل ابي حنيفة فلا
يتحالفان والقول قول المشتري الا اذا كان النقصان بافة سماوية او بفعل المبيع او بفعل
المشتري ورضي البايع ان ياخذ المبيع ناقصا ولا ياخذ لاجل النقصان شيا فحينيذ يتحالفان
ويترادان وعند محمد يتحالفان وينظر ثم البايع بعد التحالف بالخيار ان شا اخذ المبيع ناقصا
ولا ياخذ لاجل النقصان شيا وان شا ترك واخذ القيمة وقال بعضهم علي قول محمد ان اختار
اخذ العين ياخذ معها النقصان كالمقبوض بالبيع الفاسد وان كان النقصان بفعل الاجنبي
او بفعل البايع يتحالفان ويرد المشتري القيمة عنده وعندهما لا يتحالفان والقول قول
المشتري مع يمينه والله اعلم هذا اذا اختلفا في قدر الثمن فاما اذا اختلفا في جنسه بان قال
احدهما الثمن عين وقال الاخر هو دين فان كان مدعي العين هو البايع بان قال للمشتري
بعت منك جاريتي بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بالف درهم فان كانت الجارية
قايمة تحالفا وترادا لقوله صلي الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان والسلعة قايمة تحالفا
وترادا من غير فصل بينما اذا كان الاختلاف في قدر الثمن او في جنسه وان كانت هالكة
عند المشتري لا يتحالفان عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري في الثمن
مع يمينه وعند محمد يتحالفان وهي مسئلة هلاك السلعة وقد مرت وان كان مدعي
العين هو المشتري بان قال اشتريت جاريتك بعبدي هذا وقال البايع بعت منك بالف
درهم او بماية دينار فان كانت الجارية قايمة يتحالفان بالنص وان كانت هالكة يتحالفان
ايضا بالاجماع ويرد المشتري القيمة اما علي اصل محمد فظاهر لان هلاك السلعة عنده لا يمنع
التحالف واما علي اصلهما فلان وجوب الثمن علي المشتري ظاهر ايضا لان البايع يدعي عليه
ثمن الجارية الف درهم وهو ينكر فكان كل واحد منهما مدعيا من وجه منكرا من وجه فيتحالفان
ولو كان البايع يدعي البعض عينا والبعض دينا والمشتري يدعي الكل دينا بان قال البايع
بعت منك جاريتي بعبدك هذا وبالف درهم وقال المشتري اشتريت جاريتك بالف
درهم فان كان المبيع هو الجارية قايما تحالفا بالنص وان كان هالكا فهو علي الاختلاف ولو كان
الامر علي القلب من ذلك بان كان المشتري يدعي البعض عينا والبعض دينا والبايع يدعي
الكل دينا بان قال المشتري اشتريت منك جاريتك بعبدي هذا وبالف درهم وقيمة

العبد خمسمائة وقال البايع بعت منك جاريتي بالف درهم فان كانت الجارية قايمة تحالفا وترادا
بالنص وان كانت هالكة يتحالفا ايضا بالاجماع الا ان عند ابي حنيفة وابي يوسف تنقسم الجارية
على قيمة العبد وعلى الف درهم فما كان بازاء العين وهو العبد وذلك ثلث الجارية يرد المشتري
القيمة وما كان بازاء الدين وهو الالف وذلك ثلثا الجارية يرد الالف درهم ولا يرد القيمة
وانما كان كذلك لو كان المشتري لو كان يدعي جميع الثمن عينا كانا يتحالفان ويرد المشتري
القيمة على ما ذكرنا ولو كان يدعي جميع الثمن دينا لكان القول قوله ولا يتحالفان على ما مر
فاذا كان يدعي بعض الثمن عينا وبعضه دينا رد القيمة بازاء العين والقول قوله بازاء الدين
اعتبارا للبعض بالكل وعند محمد يتحالفان ويرد المشتري جميع الثمن والله اعلم هذا اذا اختلفا
في جنس الثمن فاما اذا اختلفا في وقته وهو الاجل مع اتفاقهما على قدره وجنسه فهذا لا يخلو من
ثلثة اوجه اما ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه
واما ان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في اصله لا يتحالفان والقول قول البايع
مع يمينه لان الاجل امر يستفاد من قبله وهو منكر لوجوده ولان الاصل في الثمن هو الحلول
والتاجيل عارض فكان القول من يدعي الاصل وان اختلفا في قدره فالقول قوله ايضا لما قلنا وان
اختلفا في مضيه مع اتفاقهما على اصله وقدره فالقول قول المشتري انه لم يمض لان الاجل
صار حقا له بتصادقهما فكان القول فيه قوله وان اختلفا في القدر والمضي جميعا فقال
البايع الاجل شهر وقد مضى وقال المشتري شهران ولم يمضيا فالقول قول المشتري
في المضي فيجعل الاجل شهرا لم يمض لان الظاهر يشهد للبايع في القدر وللمشتري في المضي
على ما مر والله اعلم هذا اذا هلك المبيع كله او بعضه حقيقة او حكما فاما اذا هلك العاقدان
او احدهما والمبيع قايم فاختلفت ورثتهما او الحي منهما وورثة الميت فان كانت السلعة
غير مقبوضة تحالفا وترادا لان للقبض شبها بالعقد فكان قبض المعقود عليه من الوارث بمنزلة
ابتدا العقد منه فيجري بينهم التحالف الا ان الوارث يحلف على العلم لا على البتات لانه يحلف
على فعل الغير ولا علم له به وان كانت السلعة مقبوضة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف
والقول قول المشتري او ورثته بعد موته وعند محمد يتحالفان والاصل ان هلاك العاقد
بعد قبض المعقود عليه كهلاك المعقود وهلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما فكذا
هلاك العاقد وعند محمد ذاك لا يمنع من التحالف كذا هذا والصحيح قولهما لان الخبر المشهور
يمنع من التحالف لما عرفناه بنص خاص حال قيام العاقدين لانه اوجب تحالف المتبايعين
والمتبايع من وجد منه فعل البيع ولم يوجد من الوارث حقيقة فبقي التحالف بعد هلاكهما
او هلاك احدهما منفيا بالخبر المشهور والله اعلم هذا اذا اختلفا في الثمن فلا يخلو المبيع
الثمن فاما اذا اختلفا في المبيع فلا يخلو المبيع من ان يكون عينا او دينا وهو المسلم فيه فان
كان عينا فاختلفا في جنسه او قدره بان قال البايع بعت منك هذا العبد بالف درهم وقال
المشتري اشتريت هذه الجارية بالف درهم او قال البايع بعت منك هذا العبد بالف درهم
وقال المشتري اشتريت منك هذا العبد مع هذه الجارية بالف درهم تحالفا وترادا لقوله صلى الله
عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا وان كان دينا وهو المسلم فيه فاختلفا
فاختلفا في الاصل لا يخلو من ثلثة اوجه اما ان اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على راس المال
واما ان اختلفا في راس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه واما ان اختلفا فيهما فان اختلفا
في المسلم فيه مع اتفاقهما على راس المال فاما ان اختلفا في جنس المسلم فيه واما ان اختلفا
في قدره واما ان اختلفا في صفته واما ان اختلفا في مكان ايفايه واما ان اختلفا في وقته

وهو الاجل فان اختلفا في جنسه او قدره او صفته تحالفا وترادا لان هذا اختلاف في
المعقود وانه يوجب التحالف بالنص والذي يبدا باليمين هو المسلم اليه في قول ابي حنيفة
وهو قول ابي يوسف الاول وفي قوله الاخر وهو قول محمد هو رب السلم وجه قولهما ان الابتدا
باليمين من المشتري كما في بيع العين ورب المشتري هو رب السلم فكانت البداية به
ولابي حنيفة ان اليمين على المنكر والمنكر هو المسلم اليه ولا انكار من رب السلم كان ينبغي
ان لا يحلف اصلا الا ان التحليف في جانبه ثبت بالنص وروي عن ابي يوسف ايضا انه قال
ايهما بدا بالدعوى يستحلف الاخر لانه صار مدعا عليه وهو منكر وقال بعضهم التعيين الى
القاضي يبدا بايهما شا وان شا اقرع بينهما فيبدا بالذي خرجت قرعته وان اختلفا في مكان
الايفا المسلم فيه فقال رب السلم شرطت عليك الايفا في مكان كذا وقال المسلم اليه بل
شرط لك الايفا في مكان كذا فالقول قول رب المسلم اليه ولا يتحالفان عند ابي حنيفة
وعندهما يتحالفان بنا على ان مكان العقد لا يتعين مكان الايفا عنده حتى كان ترك مكان
الايفا مفسدا للسلم عنده فلم يدخل مكان الايفا في العقد بنفسه بل بالشرط والاختلاف
فيما لا يدخل في العقد الا بشرط لا يوجب التحالف كالاجل وعندهما مكان العقد يتعين مكانا
للايفا حتى لا يفسد السلم بترك بيان مكان الايفا عندهما فكان المكان داخلا في العقد
من غير شرط فيوجب التحالف والله اعلم وان اختلفا في وقت المسلم فيه وهو الاجل فلا يخلو اما
ان اختلفا في اصل الاجل واما ان اختلفا في قدره واما ان اختلفا في مضيه واما ان اختلفا في
قدره ومضيه جميعا فان اختلفا في اصل الاجل لم يتحالفا عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر
تحالفا وترادا واحتج باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا
ولان الاختلاف في اجل المسلم فيه بمنزلة الاختلاف في صفته الا ترى انه لا صحة للمسلم فيه
بدون كما لا صحة له بدون الوصف فصار الاجل وصفا للمعقود عليه شرعا فيوجب التحالف
ولنا ان الاجل ليس بمعقود عليه والاختلاف فيما ليس بمعقود عليه لا يوجب التحالف بخلاف
الاختلاف في الصفة لان الصفة في الدين معقود عليه في الاصل والاختلاف في الاصل يوجب
التحالف فكذا في الصفة واذا لم يتحالفا فان كان مدعي الاجل هو رب السلم فالقول قوله
ويجوز السلم لانه يدعي صحة العقد والمسلم اليه يدعي الفساد والقول قول من يدعي
الصحة ولان المسلم اليه متعنت في انكار الاجل لانه ينفعه والمتعنت لا قول له وان كان هو
المسلم اليه فالقول قوله عند ابي حنيفة ويجوز السلم استحسانا والقياس ان يكون القول
قول رب السلم ويفسد السلم وهو قولهما وجه القياس ان الاجل امر يستفاد من رب
السلم حقا عليه شرعا وانه منكر ثبوته والقول المنكر في الشرع وجه الاستحسان ان
المسلم اليه يدعي الاجل يدعي صحة العقد ورب السلم بالانكار يدعي فساده فكان القول
قول من يدعي الصحة لان الظاهر شاهد له اذ الظاهر من حال المسلم اجتناب المعصية
ومباشرة العقد الفاسد معصية واذا كان القول قوله في اصل الاجل كان القول قوله
في مقدار الاجل ايضا وقال بعضهم القول قوله الى شهر لانه ادنى الاجال فاما الزيادة على شهر
فلا يثبت الا بالبينة وان اختلفا في قدره لم يتحالفا عندنا خلافا لزفر والقول قول رب
السلم لما ذكرنا ان الاجل امر يستفاد من قبله فيرجع في بيان القدر اليه وان اختلفا في
مضيه فالقول قول المسلم اليه وصورته اذا قال رب السلم كان الاصل شهرا وقد مضى
وقال المسلم اليه كان شهرا ولم يمض وانما احدث السلم الساعة وانما كان القول قول المسلم
اليه لانهما لما تصادقا على اصل الاجل وقدره فقد صار الاجل حقا للمسلم اليه فكان القول في المضي

السلم هو رب المشتري صح

قوله وان اختلفا في قدره ومضيه جميعا فالقول قول رب السلم في القدر وقول المسلم اليه في المضي لان الظاهر يشهد لرب السلم في القدر وللمسلم اليه في المضي والله اعلم هذا اذا اختلفا في المسلم فيه مع اتفاقهما على راس المال فاما اذا اختلفا في راس المال مع اتفاقهما في المسلم فيه تحالفا وترادا ايضا سوا اختلفا في جنس راس المال او قدره او صفته لما قلنا في الاختلاف في المسلم فيه الا ان الذي يبدا باليمين ههنا هو رب السلم في قولهم جميعا لانه المشتري وهو المنكر ايضا وان اختلفا فيهما جميعا فكذلك تحالفا وترادا لانهما اختلفا في المبيع والثمن والاختلاف في احدهما يوجب التحالف ففيهما اولى والقاضي يبدا باليمين بايهما شا والله اعلم

فصل واما بيان حكم الملك والحق الثابت في المحل فنقول وبالله التوفيق حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ليس لاحد ولاية الجبر عليه الا لضرورة ولا لاحد ولاية المنع عنه وان كان يتضرر الا اذا تعلق به حق الغير فيمتنع عن التصرف من غير رضى صاحب الحق وغير المالك لا يملك التصرف في ملك الغير بغير اذنه ورضاه الا لضرورة وكذا حكم الحق الثابت في المحل الثابت اذا عرف هذا فنقول للمالك ان يتصرف في ملكه اي تصرف شا سوا كان تصرفا يتعدى ضرره الى غيره او لا يتعدى فله ان يبني في ملكه مخرجا او تنورا او حماما او رحا وله ان يقعد في بنايه حدادا او قصارا وله ان يحفر في ملكه بيرا او بالوعة او ديماسا وان كان يهن من ذلك البنا ويتاذى به جاره وليس لجاره ان يمنعه ولو طلب جاره تحويل ذلك لم يجبر على التحويل لان الملك مطلق للتصرف في الاصل والمنع منه لعارض تعلق الغير فاذا لم يوجد التعلق لا يمنع الا ان الامتناع عما يوذي الجار ديانة واجب قال النبي صلى الله عليه وسلم المسلم المومن من امن جاره ولو فعل شيا من ذلك حتى وهن البنا وسقط حايط الجار لا يضمن لانه لا صنع له في ملك الغير وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره انهدم لم يجبر صاحب السفل على بنا السفل لانه ملكه والانسان لا يجبر على عمارة ملك نفسه ولكن يقال لصاحب العلو ان شيت فابن السفل من مال نفسك وضع عليه علوك ثم امنع صاحب السفل عن الانتفاع بالسفل حتى يرد عليك قيمة البنا مبنيا لان البنا وان كان تصرفا في ملك الغير لكن فيه ضرورة لانه لا يمكنه الانتفاع بملك نفسه الا بالتصرف في ملك غيره فكان مطلقا له شرعا وله حق الرجوع بقيمة البنا مبنيا لان البنا ملكه لحصوله باذن الشرع واطلاقه فله ان لا يمكنه من الانتفاع بملكه الا ببدل يعدله وهو القيمة وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في ظاهر الرواية يرجع بما انفقه وكذا ذكر الخصاف انه يرجع بما انفق لانه لما لم يقدر على الانتفاع بالعلو الا ببنا السفل ولا ضرر لصاحب السفل في بنايه بل فيه نفع صار ماذونا بالانفاق من قبله دلالة فكان له حق الرجوع بما انفق وهذا بخلاف البير المشتركة والدولاب المشترك والحمام المشتركة ونحو ذلك اذا خرب فامتنع احدهما عن العمارة انه يجبر الاخر على العمارة لان هناك ضرورة لانه لا يمكن الانتفاع به بواسطة القسمة لانه لا يحتمل القسمة والترك كذلك تعطيل الملك وفيه ضررهما فكان ابى العمارة متعنتا محضا في الابا فيدفع تعنته بالجبر على العمارة هذا اذا انهدما بانفسهما فاما اذا هدم صاحب السفل سفله حتى انهدم العلو يجبر على اعادته لانه اتلف حق صاحب العلو باتلاف محله ويمكن جبره بالاعادة فيجبر على اعادته وعلى هذا حايط بين دارين انهدم ولهما عليه جذوع لم يجبر واحد منهما على بنايه لما قلنا ولكن اذا ابى احدهما احدهما البنا يقال للاخر ان شيت فابن من مال نفسك وضع خشبك عليه وامنع صاحبك من الوضع حتى يرد عليك نصف قيمة البنا مبنيا او نصف ما انفق على ما ذكرنا في السفل والعلو وقيل انما يرجع اذا لم يكن موضع الحايط عريضا ولا يمكن ان يبني كل واحد منهما حايطا على حدة

في نصيبه حايطا يصلح لوضع الجذوع عليه فبناه كما كان بغير اذن صاحبه لا يكون له حق الرجوع على صاحبه بل يكون متبرعا لانه بنى ملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فكان متبرعا فلا يرجع عليه بشي ولو اراد احدهما قسمة عرض الحايط لم يقسم الا عن تراض منهما بالقسمة لان كل واحد منهما عليه وضع حق الخشب وفي القسمة جبرا ابطال حق الغير الاخر من غير رضا وهذا لا يجوز ويحتمل ان يقال هذا اذا لم يكن عريضا فان كان يقسم قسمة جبر لانه لا يتضمن ابطال حق الغير ولو كانت الجذوع عليه لاحدهما فطلب احدهما القسمة وابى الاخر فان كان الطالب صاحب الجذوع يجبر الاخر على القسمة لانه في الامتناع متعنت وانما الحق لصاحب الجذوع وقد رضي بسقوط حقه وان كان الطالب من لا جذع له لا يجبر صاحب الجذع على القسمة لان فيه ابطال حقه في وضع الجذوع فلا يجوز من غير رضاه ولو هدم الحايط احدهما يجبر على اعادته لما ذكرنا انه اتلف محل حق احدهما فيجبر جبره بالجبر على الاعادة وعلى هذا سفل لرجل وعليه علو لغيره فاراد صاحب السفل ان يهدم السفل او يفتح بابا او ينقب كوة او يفتح طاقا او يتد وتدا على الحايط او يتصرف فيه تصرفا لم يكن له قبل ذلك ليس له ذلك من غير رضى صاحب العلو سوا اضر ذلك بالعلو بان اوجب وهن الحايط او لم يضر به عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد له ذلك ان لم يضر بالعلو ولو اراد صاحب السفل ان يحفر في سفله بيرا او بالوعة او سردابا فله ذلك من غير رضى صاحب العلو بالاجماع وكذا ايقاد النار للطبخ او للخبز وصب الما للغسل وللوضوء بالاتفاق وعلى هذا الاختلاف لو اراد صاحب العلو ان يحدث على علوه بنا او يضع جذوعا لم يكن قبل ذلك او يشرع فيه بابا او كنيفا لم يكن قبله ليس له ذلك عند ابي حنيفة سوا اضر بالسفل او لا وعندهما له ان يفعل ذلك ما لم يضر بالسفل وله ايقاد النار وصب الما للوضو والغسل بالاجماع منهم من قال لا خلاف بينهم في الحقيقة وقولهما تفسير قول ابي حنيفة ومنهم من حقق الخلاف وجه قولهما ان صاحب السفل متصرف في ملك نفسه فلا يمنع الا لحق الغير وحق الغير لا يمنع من التصرف لعينه بل لما يتضرر به صاحب الحق الا ترى ان الانسان لا يمنع من الاستظلال بجدار غيره ومن الاصطلا بنار غيره لانعدام تصرف المالك والخلاف ههنا في تصرف لا يضر بصاحب العلو فلا يمنع عنه ولابي حنيفة ان حرمة التصرف في ملك الغير وحقه لا يقف على الضرر بل هو حرام سوا تضرر به او لا الا ترى ان نقل المراة والمجار من دار المالك الى موضع اخر حرام وان كان لا يتضرر به المالك والدليل عليه انه مباح التصرف في ملك الغير وحقه برضاه ولو كانت الحرمة لما يلحقه من الضرر لما ابيح لان الضرر لا ينعدم برضا المالك وصاحب الحق دل ان التصرف في ملك الغير وحقه حرام اضر بالمالك او لا وههنا حق صاحب العلو متعلق بالسفل فيحرم التصرف فيه الا باذنه ورضاه بخلاف ما ضرب من المال وهو الاستظلال بجدار غيره والاصطلا بنار غيره لان ذلك ليس تصرفا في ملك وحقه ولا لذلك يتصل به بملك الغير وحقه وههنا بخلافه وعلى هذا اذا كان مسيل ما في قناة فاراد صاحب القناة ان يجعله ميزابا او كان ميزابا فاراد ان يجعله قناة فليس له ذلك وكذلك لو اراد ان يجعل ميزابا اطول من ميزابه او اعرض او اراد ان يسيل ما سطح اخر في ذلك الميزاب لم يكن له ذلك لان صاحب الحق لا يملك التصرف زيادة على حقه وكذلك لو اراد اهل الدار ان يبنوا حايطا ان يسدوا ميزابه مسيله او ارادوا ان ينقلوا الميزاب عن موضعه او يرفعوه او يسفلوه لم يكن لهم ذلك لان ذلك تصرف في حق الغير بالابطال والتغيير فلا يجوز من غير رضى صاحب الحق ولو بنا اهل الدار ليسيل ميزابه على ظهره فلهم ذلك لان مقصود صاحب الميزاب حاصل في الحالين دار لرجل فيها طريق اراد اهل ان يبنوا في ساحة الدار عرض باب

الباب لا عرض الطريق بتقدر بقدر عرض باب الدار ولو اراد رجل ان يشرع الى الطريق جناحا او ميزابا
فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان كانت السكة نافذة واما ان كانت غير نافذة فان كانت
نافذة فانه ينظر ان كان مما يضر بالمارين فلا يحل له ان يفعل ذلك في دينه لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر
ولا ضرار في الاسلام ولو فعل ذلك فلكل احد ان يقلع عليه ذلك وان كان ذلك مما يضر بالمارين حل
الانتفاع به ما لم يتقدم اليه احد بالرفع والنقض فاذا تقدم اليه واحد من عرض الناس لا يحل له الانتفاع
به بعد ذلك عند ابي حنيفة وعندهما يحل له الانتفاع به قبل التقدم وبعده وكذلك هذا الحكم
في غرس الاشجار وبناء الدكاكين والجلوس للبيع والشراء على قارعة الطريق وجه قولهما ما ذكرنا ان حرمة
التصرف في حق الغير ليست لعينه بل للتحرز عن الضرر ولا ضرر بالمارة فاستوي فيه حال ما قبل
التقدم وبعده ولابي حنيفة ان اشراع الجناح والميزاب الى الطريق تصرف فيهم في حقهم لان هواء البقعة
في حكم البقعة والبقعة حقهم فكذا هواها فكان الانتفاع بذلك تصرفا في حق الغير وقد مر ان التصرف
في حق الغير بغير اذنه حرام سواء اضر به او لا الا انه حل له الانتفاع بذلك قبل التقدم لوجود الاذن
منهم دلالة وهي ترك التقدم بالنقض والتصرف في حق الانسان باذنه مباح فاذا وقع المطالبة
بصريح النقض بطلت الدلالة فبقي الانتفاع بالمبني تصرفا في حق مشترك بين الكل من غير اذنهم
ورضاهم فلا يحل هذا اذا كانت السكة نافذة فاما اذا كانت غير نافذة فان كان له حق في القديم فليس
لاهل حق المنع لانه متصرف في حق نفسه وان لم يكن لهم حق في القديم فلهم ان يمنعوه سواء كان لهم
في ذلك مضرة او لا لما ذكرنا ان حرمة التصرف في حق الغير لا يقف على المضرة به والله الموفق للسداد
والهادي الى سبيل الرشاد

كتاب الشهادات

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في
بيان ركن الشهادة وفي بيان شرايط الركن وفي بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة وفي
بيان حكم الشهادة اما ركن الشهادة فنقول الشاهد اشهد بكذا وفي متعارف الناس في حقوق
العباد هو الاخبار عن كون ما في يد غيره لغيره فكل من اخبر عن ما في يد غيره لغيره فهو شاهد وبه
ينفصل عن المقر والمدعي والمدعا عليه على ما ذكرنا في كتاب الدعوي

فصل

واما الشرايط
الاصل فنوعان نوع هو شرط تحمل الشهادة ونوع هو شرط اداء الشهادة اما شرايط تحمل الشهادة
فثلثة احدها ان يكون عاقلا وقت التحمل فلا يصح التحمل من المجنون والصبي الذي لا يعقل لان تحمل
الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ولا يحصل له ذلك الا بالعقل والثاني ان يكون بصيرا
وقت التحمل عندنا فلا يصح التحمل من الاعمى وعند الشافعي البصر ليس بشرط لصحة التحمل ولا لصحة
الاداء وجه قوله ان الحاجة الى البصر عند التحمل لحصول العلم بالمشهود به وذا يحصل بالسماع
وللاعمى سماع صحيح فيصح تحمله للشهادة ويقدر على الاداء بعد التحمل ولنا ان الشرط هو السماع من الخصم
لان الشهادة تقع ولا يعرف كونه خصما الا بالروية لان النغمات تشبه بعضها بعضا فاما البلوغ
والحرية والاسلام والعدالة فليست من شرايط الاداء حتى لو كان وقت التحمل صبيا عاقلا
او عبدا او كافرا او فاسقا او غير ذلك ثم بلغ الصبي وعتق العبد واسلم الكافر وتاب الفاسق
فشهدوا عند القاضي تقبل شهادتهم وكذا العبد اذا تحمل الشهادة لمولاه ثم عتق فشهد له تقبل
وكذا المراة اذا تحملت الشهادة لزوجها ثم بانت منه فشهدت له تقبل شهادتها لان تحملهما الشهادة
للمولى والزوج صحيح وقد صارا من اهل الاداء بالعتق والبينونة فتقبل شهادتهما ولو شهد الفاسق
فردت شهادته لتهمة الفسق او شهد احد الزوجين لصاحبه فردت شهادته لتهمة الزوجية
ثم شهدوا في تلك الحادثة بعد العتق والبينونة لا تقبل ولو شهد العبد او الصبي العاقل او
الكافر على مسلم في حادثة فردت شهادته ثم اسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فشهدوا في
تلك الحادثة بعينها تقبل ووجه الفرق ان الفاسق والزوج لهما شهادة في الجملة وقد ردت

فاذا شهدوا بعد التوبة وزوال الزوجية في تلك فقد اعادوا تلك الشهادة وهي مردودة والشهادة
المردودة لا تحتمل القبول بخلاف الكافر والعبد والصبي لانه لا شهادة على الكافر اصلا وكذلك العبد
والصبي لا شهادة لهما اصلا فاذا اسلم الكافر وعتق العبد وبلغ الصبي فقد حدثت له بالاسلام والعتق
والبلوغ شهادة وهي غير المردودة فقبلت وهو الفرق والثالث ان يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه
لا بغيره الا في اشيا مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله صلى الله عليه وسلم اذا علمت
مثل الشمس فاشهد والا فدع ولا يعلم مثل الشمس الا بالمعاينة بنفسه فلا يطلع الشهادة بالتسامع الا في اشيا
مخصوصة وهو النكاح والنسب والموت فانه تحل الشهادة بها بالتسامع من الناس وان لم يعاين بنفسه
لان مبنى هذه الاشيا على الاشتهار فقامت الشهرة فيها وكذا اذا شهد العرس والزفاف جاز له ان يشهد
بالنكاح لان ذلك دليل النكاح وكذا في الموت اذا شهد جنازة رجل او دفنه حل له ان يشهد بموته
واختلف في تفسير التسامع فعند محمد رحمه الله هو ان يشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به
الاخبار عنده من غير تواطؤ لان الثابت بالتواتر والمحسوس بحس النظر والسمع سواء فكانت الشهادة
بالتسامع شهادة على معاينة فعلى هذا اخبره رجلان او رجل وامراتان لا تحل له الشهادة ما لم يدخل
في التواتر وذكر الخصاف انه اخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان ان هذا ابن فلان حل له ان يشهد
بذلك استدلالا بحكم الحاكم وشهادته فانه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة بل بخبرهما
ويجوز ان يشهد بذلك بعد العزل كذا هذا ولو اخبره رجل او امراة بموت انسان حل للسامع ان
يشهد بموته فعلى هذا يحتاج الفرق بين الموت والنكاح والنسب ووجه الفرق ان مبنى هذه الاشيا
وان كان على الاشتهار الا ان الشهرة في الموت اسرع منه في النكاح والنسب لذلك اشترط العدد في
النكاح والنسب ولم يشترط ذلك في الموت لكن ينبغي ان يشهد في كل ذلك على البتات والقطع دون التفصيل
والتقييد بان يقول اني لم اعاين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا ولو شهدوا كذلك لا تقبل
واما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول
ثم رجع وقال تقبل وذكر الطحاوي قول محمد مع قول ابي يوسف الاخر ووجهه ان الولاء لحمة كلحمة النسب
ثم الشهادة بالتسامع مقبولة كذا في الولاء الا ترى انا كما نشهد ان عمر رضي الله عنه كان بن الخطاب
نشهد ان نافعا كان مولى ابن عمر رضي الله عنهما والصحيح جواب ظاهر الرواية لان جواز الشهادة بالتسامع
في باب النسب لما ان النسب على الاشتهار فقامت الشهرة فيه مقام السماع بنفسه وليس مبنى الولاء
على الاشتهار فلا بد من معاينة الاعتاق حتى لو اشتهر ان نافعا لابن عمر حلت الشهادة بالتسامع
واما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكر في ظاهر الرواية الا ان مشايخنا الحقوه بالموت لان
مبنى الوقف على الاشتهار وايضا كالموت فكان ملحقا به وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية
ان هذا قاضي بلد كذا وان لم يعاين المشهود لان مبنى القضاء والولاية على الاشتهار فقامت الشهرة فيهما
مقام المعاينة والله اعلم ثم تحمل الشهادة كما تحصل بمعاينة المشهود به نفسه تحصل بمعاينة دليله
بان يرى ثوبا او دابة او دارا في يد انسان يستعمله استعمال الملاك من غير منازعة حتى لو
خاصمه غيره فيه تحل له ان يشهد بالملك اعني لصاحب اليد لان اليد المتصرفة في المال من غير
منازعة دليل الملك فيه بل لا دليل يشاهد في الاموال اقوى منها واراد ابو يوسف فقال لا تحل
الشهادة حتى يقع في قلبه ايضا انه له وينبغي ان يكون هذا قولهم جميعا انه لا يجوز للرائي
الشهادة بالملك لصاحب اليد حتى يراه في يده يستعمله استعمال الملاك من غير منازع ويقع في
قلبه انه له وذكر في الجامع وقال كل شيء في يدي انسان سوى العبد والامة يسعك ان تشهد انه له
استثنى العبد والامة فيقتضي ان لا تحل له الشهادة بالملك لصاحب اليد فيهما الا اذا اقرا بانفسهما
وانما اراد العبد الذي يكون له في نفسه يد بان كان كبيرا يعبر عن نفسه وكذا الامة لان العبد

في يد نفسه في الظاهر هو الاصل في الحرية في بني ادم والرق يعارض فكان يده الي نفسه اقرب من يد
غيره فلم يصلح يد غيره دليل الملك فيه بخلاف الجمادات والبهايم لانه لا يد لها فبقيت يد صاحب اليد دليلا
علي الملك ولان الحر قد يخدم الحر كانه عبدا عادة هذا امر عارض في متعارف وعاداتهم فتعارض
الظاهران فلم تصلح اليد دليلا فيه فاما اذا كان صغيرا لا يعبر عن نفسه كان حكمه حكم الثوب
والبهيمة لانه لا يكون في يد نفسه فيلحق بالعروض والبهايم فيحل للراي الشهادة بالملك لصاحب
اليد والله اعلم واما شرايط ادا الشهادة فانواع بعضها يرجع الي الشاهد وبعضها يرجع الي المشهود
نفس الشهادة وبعضها يرجع الي مكان الشهادة وبعضها يرجع الي المشهود به اما الذي يرجع الي
الشاهد فانواع بعضها يعم الشهادات كلها وبعضها يخص البعض دون البعض اما الشرايط العامة فمنها
العقل لان ما لا عقل له لا يعرف الشهادة فكيف يقدر علي ادايها ومنها البلوغ فلا تقبل من الصبي
عادة ولان الشهادة فيها معني الولاية والصبي مولي عليه ولانه لو كان له شهادة للزمه شهادة
الصبي العاقل لانه لا يقدر علي الادا الا بالحفظ والتحفظ بالتذكر والتذكر بالتفكر ولا يوجد من الصبي
عادة ولان الشهادة فيها معني والصبي مولي عليه ولانه لو كان له شهادة للزمه الاجابة عند الدعوة
بقوله تعالي ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا اي دعوا للادا ولا يلزم بالاجماع ومنها الحرية فلا تقبل
شهادة العبد لقوله تعالي ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر علي شي والشهادة لا يقدر علي ادايها
بظاهر النص ولان الشهادة تجري مجري الولايات والتمليكات اما معني الولاية فان فيه تنفيذ
القول علي الغير وانه من باب الولاية واما معني التمليك فان كان الحاكم يملك الحكم بالشهادة
فكان الشاهد ملكه الحكم والعبد لا ولاية له علي غيره ولا تمليك فلا شهادة له ولانه لو كان له شهادة
لكان يجب عليه الاجابة اذا دعي لقوله ولا ياب الشهدا اذا ما دعوا ولا يجب لقيام حق المولي
وكذا لا تقبل شهادة المدبر والمكاتب وام الولد لانهم عبيد وكذا معتق البعض عند ابي حنيفة
وعندهما تقبل شهادته لانه بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين ومنها نظر
الشاهد عند ابي حنيفة ومحمد فلا تقبل شهادة الاعمي عندهما سوا كان وقت التحمل اولا وعند
ابي يوسف ليس بشرط حتي تقبل شهادته اذا كان بصيرا وقت التحمل وهذا اذا كان المدعا شيا
لا يحتاج الي الاشارة اليه وقت الادا فاما اذا كان شيا يحتاج الي الاشارة اليه وقت الادا
لا تقبل شهادة وجه قول ابي حنيفة ان اشتراط النظر ليس بعينه لحصول العلم بالمشهود به
وذا يحصل اذا كان بصيرا وقت التحمل وجه قولهما انه لا بد من معرفة المشهود له والاشارة اليه
عند الشهادة فاذا كان اعمي عند الشهادة لا يعرف المشهود له من غيره فلا يقدر علي ادا الشهادة
ومنها النطق فلا تقبل شهادة الاخرس لان مراعاة شرط لفظ الشهادة شرط صحة ادا الشهادة
ولا عبارة للاخرس اصلا فلا شهادة ومنها العدالة لقبول الشهادة علي الاطلاق فانها لا تقبل علي الاطلاق
بدونها لقوله تعالي في اية الشهادة ممن ترضون من الشهدا والشاهد المرضي هو الشاهد العدل والكلام
في العدالة في مواضع في بيان ماهية العدالة انها ما هي في عرف الشرع وفي بيان صفة العدالة
المشروعة وفي بيان كيفية هذا الشرط انها شرط اصل القبول وجودا ام شرط القبول علي الاطلاق
وجودا ووجوبا اما الاول فقد اختلفت عبارات مشايخنا في ماهية العدل المتعارف في الشرع
قال بعضهم من لم يطعن عليه في بطن ولا فرج فهو عدل لان اكثر انواع الفساد ترجع الي هذين العضوين
وقال بعضهم من لم يعرف حرمة في دينه فهو عدل وقال بعضهم من غلبت حسناته سيااته فهو
وقد روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال اذا رايتم الرجل يعتاد في المساجد فاشهدوا له
بالايمان وقد روي من صلي الي قبلتنا واكل ذبيحتنا فاشهدوا وقال بعضهم من يجتنب الكبائر وادي
الفرايض وغلبت حسناته فهو عدل وهو اختيار استاذ استاذي الامام فخر الدين علي البزدوي

البعض صح

رحمهما الله

رحمهما الله واختلف في ماهية الكباير والصغاير قال بعضهم ما فيه حد في كتاب الله فهو كبيرة وما لا فيه
حد فهو صغيرة وهذا ليس بسديد فان شرب الخمر واكل الربا كبيرتان ولا حد فيهما في كتاب الله تعالي وقال
بعضهم ما اوجب الحد فهو كبيرة وما لا يوجب فهو صغيرة وهذا ايضا يبطل باكل الربا لانه كبيرة ولا يوجب
الحد وكذا يبطل باشيا اخري كباير وانها لا توجب الحد من عقوق الوالدين والفرار من الزحف ونحوها
وقال كل ما جا مقرونا بوعيد فهو كبيرة نحو قتل النفس المحرمة وقذف المحصنات واكل الربا والزنا واكل
مال اليتيم والفرار من الزحف وهو مروي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما وقيل لعبد الله بن عمر
رضي الله عنهما ان عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال الكباير سبع فقال من الي السبعين اقرب ولكن
لا كبيرة مع التوبة ولا صغيرة مع اصرار وروي عن الحسن عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال ما
يقولون في السرقة والزنا وشرب الخمر قال الله ورسوله اعلم قال هن فواحش وفيهن عقوبة ثم قال
صلي الله عليه وسلم الا انبيكم باكبر الكباير قالوا بلي يا رسول الله قال الاشراك بالله وعقوق الوالدين
وكان متكيا فجلس ثم قال الا وقول الزور الا وقول الزور قاله ثلاثا واذا عرفت تفسير العدالة في عرف
الشرع فلا عدالة لشارب الخمر فان شرب الخمر كبيرة فسقطت به العدالة ومن اصحابنا من قال اذا كان
الرجل صالحا في اموره تغلب حسناته سيااته ولا يعرف بالكذب ولا شي من الكباير غير انه يشرب الخمر
احيانا لصحة البدن والتقوي لا للتلهي يكون عدلا وعامة مشايخنا لا يكون عدلا لان شرب الخمر كبيرة
محضة وان كان للتداوي ومن شرب النبيذ لا تسقط عدالته بنفسه لان شربه للتقوي دون
التلهي حلال واما السكر منه فان كان وقع له مرة وهو لا يدري او وقع له سهوا لا تسقط عدالته وان كان
يعتاد السكر منه تسقط عدالته لان السكر منه حرام ولا عدالة لمن حضر مجلس شرب الخمر وجلس بينهم وان
كان لا يشرب لان حضور مجلس الفسق فسق ولا عدالة للنايح والنايحة لان فعل النياحة محظور
واما المغني فان كان يجتمع الناس عليه للفسق بصوته فلا عدالة له وان كان هو لا يشرب لانه راس
الفسقة وان كان يفعل مع ذلك مع نفسه لدفع الوحشة لا تسقط عدالته لان ذلك مما لا باس به
لان السماع مما يرق القلب لكن لا يحل الفسق به واما الذي يضرب شيا من الملاهي فانه ينظر ان لم يكن
به مستشفيا كالقضيب والدف ونحوه لا باس به ولا تسقط عدالته وان كان مستشفيا كالعود ونحوه
سقطت عدالته لانه لا يحل بوجه من الوجوه والذي يلعب بالحمام فان كان لا يطيرها لا تسقط عدالته
وان كان يطيرها سقطت لانه يطلع علي عورات النسا ويشغله ايضا عن الصلوات والطاعات ومن
يلعب بالنرد فلا عدالة له وكذا من يلعب بالشطرنج واعتاد ذلك فلا عدالة له وان اباحه بعض
الناس لتشحيذ الخاطر وتعلم امور الحرب لان ذلك حرام عندنا لكونه لعبا وقد قال صلي الله عليه
وسلم كل لعب حرام الا ملاعبة الرجل اهله وتاديبه فرسه ورميه عن قوسه وكذا اذا اعتاد
ذلك يشغله عن الصلوات والطاعات فان كان يفعله احيانا ولا يقامر به لا تسقط عدالته ولا عدالة
لمن يدخل الحمام بغير ميزر لان ستر العورة فريضة ومن ترك الصلوات بالجماعات استخفافا بها
واهانة لها فلا عدالة له لان الجماعة واجبة وان تركها عن تاويل بان كان الامام غير مرضي عنده لا تسقط
عدالته ولا عدالة لمن يفجر بالنسا ويعمل قوم لوط ولا للسارق وقاطع الطريق واللص وقاذف
المحرمات وقاتل النفس المحرمة واكل الربا ونحوها لان هذه الاشيا من رؤس الكباير ولا عدالة للمخنث
لان عمله كبيرة ولا عدالة لمن لم يبال من اين يكتسب الدراهم من اي وجه كان لان من هذا حاله
لا يبالي من ان يشهد بالزور طمعا في المال والمعروف بالكذب لا عدالة له ولا تقبل شهادته ابدا وان
تاب لان من صار معروفا بالكذب واشتهر به لا يعرف كذبه صدقه في توبته بخلاف الفاسق اذا
تاب عن ساير انواع الفسق انه تقبل شهادته وكذا من وقع في الكذب سهوا وابتلي به مرة ثم تاب
لانه قل ما يخلو مسلم عن ذلك فلو منع القبول لانسد باب الشهادة واما الاقلف فتقبل شهادته

شهادته اذا كان عدلا ولم يكن تركه الختان رغبة عن السنة لعمومات الشهادة ولان اسلامه اذا
كان في حال الكبر فيجوز انه خاف على نفسه التلف فان لم يخف ولم يختتن تاركا للسنة لم تقبل شهادته
كالفاسق والذي يرتكب المعاصي ان شهادته لا تجوز وان كنا لا نتيقن كونه فاسقا في تلك الحال وتقبل
شهادة ولد الزنا اذا كان عدلا لعمومات الشهادة واما شهادة صاحب الهوا اذا كان عدلا في هواه
ودينه نظر في ذلك ان كان هوى يكفره لا تقبل شهادته لان شهادة الكافر على المسلم غير مقبولة وان
كان لا يكفره فان كان صاحب العصبية وصاحب الدعوة الى هواه او كان فيه مجانة لا تقبل ايضا لان
صاحب العصبية والدعوة لا يبالي من الكذب والزور لترويج هواه فكان فاسقا فيه وكذا اذا
كان فيه مجانة لان الماجن لا يبالي من الكذب فان لم يكن كذلك وهو عدل في هواه يقبل لان هواه
يزجره عن الكذب الا صنف من الرافضة يسمون بالخطابية لانهم لا شهادة لهم لان من نحلتهم انه
تحل الشهادة لموافقيهم على مخالفيهم وقيل من نحلتهم ان من ادعى امرا من الامور وحلف عليه كان صادقا
في دعواه فيشهدون له وان كان هذا مذهبهم فلا تخلوا شهادتهم عن الكذب وكذا لا عدالة لاهل
الالهام لانهم يحكمون بالالهام فيشهدون لمن يقع في قلوبهم انه صادق في دعواه ومعلوم ان
هذا لا يخلوا عن الكذب ولا عدالة لمن يظهر شتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم
لان شتمه واحدا من احاد المسلمين مسقطة للعدالة فشتيمتهم اولى ولا عدالة لصاحب العصبية
لقوله صلى الله عليه وسلم ليس منا من مات على العصبية فهو كما ربع يذنبه فكانت العصبية
معصية مسقطة للعدالة والله اعلم والاصل في هذا ان من ارتكب جريمة فان كانت من الكباير
سقطت عدالته الا ان يتوب وان لم تكن من الكباير فان اصر عليها واعتاد فكذلك ايضا لان
الصغيرة مع الاصرار عليها تصير كبيرة قال صلى الله عليه وسلم لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة
مع الاستغفار وان لم يصر عليها لا تسقط عدالته وان كانت حسناته غالبة سياته واما بيان
صفة هذا الشرط فقد اختلف فيها اصحابنا قال ابو حنيفة رحمه الله الشرط هو العدالة الظاهرة
فاما العدالة الحقيقية وهي الثابتة بالسوال عن حال الشهود بالتعديل والتزكية فليست
بشرط وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله انها شرط ولقب المسألة ان القضا بظاهر العدالة جايز
عنده وعندهما لا يجوز وجملة الكلام فيه انه لا خلاف انه اذا طعن الخصم في الشاهد انه لا يكتفي
بظاهر العدالة بل يسال القاضي عن حال الشهود وكذا لا خلاف في انه يسال عن حالهم في الحدود
والقصاص ولا يكتفي بالعدالة الظاهرة طعن الخصم فيهم او لم يطعن واختلف فيما سوى الحدود
والقصاص اذا لم يطعن الخصم قال ابو حنيفة لا يسال وقالا يسال من مشايخنا من قال
هذا اختلاف زمان لا اختلاف حقيقة لان زمن ابي حنيفة كان زمن اهل خير وصلاح لانه
زمن التابعين وقد شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيرية بقوله خير القرون
قرني الذين انا فيهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشوا الكذب الحديث فكان الغالب في
اهله الصلاح والسداد فوقعت الغنية عن السوال عن حالهم في السر ثم تغير الزمان وظهر
الفساد في قرنهما فوقعت الحاجة الى السوال عن العدالة فكان اختلاف جوابهم اختلاف الزمان فلا
يكون اختلاف حقيقة ومنهم من حقق الخلاف وجه قولهما ان العدالة الظاهرة تصلح للدفع لا للاثبات
لثبوتها باستصحاب الحال دون الدليل والحاجة هاهنا الى الاثبات وهو ايجاب القضا والظاهر لا يصلح
حجة فلا بد من اثبات العدالة بدليلها ولابي حنيفة ظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم امة وسطا
اي عدلا وصف الله مومني هذه الامة بالوساطة وهي العدالة وقال عمر رضي الله عنه المسلمون
عدول بعضهم على بعض فصارت العدالة اصلا في المسلمين المومنين وزوالها بعارض ولان
العدالة الحقيقية مما لا يمكن الوصول اليه فتعلق الحكم بالظاهر وقد ظهرت عدالتهم قبل السوال

عن حالهم فيجب الاكتفا الا اذا طعن الخصم لانه اذا طعن وهو صادق في الطعن فيقع التعارض بين الظاهرين
فلا بد من الترجيح بالسوال والسوال في الحدود طريق لدريها والحدود يحتال لدريها ولو طعن المشهود
المشهود في حرية الشاهدين وقال انهما رقيقان وقالا نحن حران فالقول قوله حتى تقوم البينة لهما
على حريتهما لان الاصل في بني ادم وان كان هو الحرية لكونهم اولاد ادم وحوا عليهما السلام لانهما احرار
لكن الثابت بحكم استصحاب الحال لا يصلح للالزام على الخصم فلا بد من اثباتها بالدليل والاصل فيه ان
الناس كلهم احرار الا في اربعة الشهادات والحدود والقصاص والقتل هذا اذا كانا مجهولي النسب
لم نعرف حريتهما ولم تكن مشهورة بان كانا من الهند او من الاتراك او غيرهم ممن لا يعرف حريته
او كانا عربيين فاما اذا لم يكونا ممن يجري عليه الرق فالقول قولهما ولا يثبت رقهما الا بالبينة
والله اعلم واما بيان ان العدالة شرط اصل وجود قبول الشهادة وجودا ام شرط القبول
على الاطلاق وجوبا ووجودا فقد اختلف فيه قال اصحابنا انها شرط القبول وجودا على الاطلاق
ووجوبا لا شرط اصل القبول حتى يثبت القبول بدونه في الجملة لكن لا يثبت لا محالة ولا يجب
القبول اصلا بدونه وقال الشافعي انها شرط اصل القبول لا يثبت القبول اصلا بدونه حتى ان
القاضي لو تحرى الصدق في شهادة الفاسق له ان يقبل شهادته ولا يجوز القبول من غير تحري
القاضي لو تحرى بالاجماع وكذا لا يجب القبول بالاجماع وله ان يقبل شهادة العدل من غير تحري
واذا شهد يجب عليه القبول هذا هو الفصل بين شهادة العدل وبين شهادة الفاسق
عندنا وعند الشافعي لا يجوز للقاضي ان يقضي بشهادة الفاسق اصلا وكذا ينعقد النكاح
بحضرة الفاسقين عندنا وعنده لا ينعقد وجه قول الشافعي ان مبنى الشهادات على الصدق
ولا يظهر الصدق الا بالعدالة لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب يحتمل الصدق والكذب
ولا يقع الترجيح الا بالعدالة واحتج في انعقاد النكاح بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بولي
وشاهدي عدل ولنا عموم قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله صلى الله عليه
وسلم لا نكاح الا بشهود والفاسق شاهد لقوله تعالى ممن ترضون من الشهدا افقسم الشهادة
الى مرضيين وغير مرضيين فيدل على كون غير المرضي وهو الفاسق شاهدا ولان حضرة الشهود
في باب النكاح لدفع تهمة الزنا لا للحاجة الى شهادتهم عند الجحود والانكار لان النكاح يشتهر
بعد وقوعه فيمكن دفع الجحود والانكار بالشهادة بالتسامع والتهمة تندفع بحضرة الفساق
فينعقد النكاح بحضرتهم واما قوله ان الركن في باب الشهادة هو صدق الشاهد فنعم لكن
الصدق لا يقف على العدالة لا محالة فان من الفسقة من لا يبالي بارتكاب انواع من الفسق
ويستنكف عن الكذب والكلام في فاسق تحرى القاضي الصدق في شهادته فغلب على ظنه
صدقه ولو لم يكن كذلك لا يجوز القضا بشهادته عندنا واما الحديث فقد روي عن
بعض نقلة الاحاديث انه لم يثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولكن ثبت فلا حجة له
فيه بل هو حجة عليه لانه ليس فيه جعل العدالة صفة للشاهد لانه لو كان كذلك لقال لا نكاح
الا بولي وشاهد بن عدل بل هذا اضافة الشاهدين الى العدل وهو كلمة التوحيد فكانه
قال لا نكاح الا بولي وقابلي كلمة عدل وهي كلمة الاسلام والفاسق مسلم فينعقد النكاح
بحضرته ومنها ان لا يكون محدودا في القذف عندنا وعند الشافعي ليس بشرط واحتج بعمومات
الشهادات من غير فصل ولان المانع هو الفسق بالقذف وقد زال بالتوبة ولنا قوله تعالى
والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم
شهادة ابدا نهى عن قبول شهادة الذي رنى على التابيد فتناول زمان ما بعد التوبة
وبه تبين ان المحدود في القذف مخصوص عن عموم الشهادات عملا بالنصوص كلها صيانة

ملحوظ

٢

مطلب
كلمة عدل هي كلمة الاسلام

لها عن التناقض وكذا الذمي اذا قذف مسلما فحد حد القذف لا تقبل شهادته على اهل الذمة فان اسلم جازت شهادته عليهم وعلى المسلمين وبمثله العبد المسلم اذا قذف حرا فحد حد القذف ثم عتق لا تقبل شهادته ابدا وان عتق ووجه الفرق ان اقامة الحد توجب بطلان شهادة كانت للقاذف قبل الاقامة والثابت للذمي قبل اقامة الحد شهادته على اهل الذمة لا على اهل الاسلام فتبطل تلك الشهادة بالحد فاذا اسلم فقد حدثت له بالاسلام شهادة غير مردودة وهي شهادته على اهل الاسلام لانها لم تكن له لتبطل بالحد فتقبل الشهادة ثم من ضرورة قبول شهادته على المسلم قبول شهادته على اهل الذمة بخلاف العبد لان العبد من اهل الشهادة وان لم يكن له شهادة مقبولة لان له عدالة الاسلام والحد ابطل ذلك على التابيد ولو ضرب الذمي بعض الحد فاسلم ثم ضرب الباقي تقبل شهادته لان المبطل للشهادة اقامة الحد في حال الاسلام ولم يوجد لان الحد اسم للكل فلا يكون البعض حدا لان الحد لا يتجزى وهذا جواب ظاهر الرواية وذكر الفقيه ابو الليث روايتين اخراوين فقال في رواية لا تقبل شهادته وان ضرب سوط واحد في الاسلام لان السياط المتقدمة توقف كونها على وجود الشرط الاخير فقد وجد كمال الحد في حالة الاسلام وفي رواية اعتبر الاكثر ان وجد الاكثر في الاسلام تبطل شهادته والا فلا لان للاكثر حكم الكل في الشرع جواب ظاهر الرواية لما ذكرنا ان الحد اسم للكل وعند ضرب السوط الاخير تبين ان السياط كلها حدا ولم يوجد الكل حالة الاسلام بل البعض فلا ترد به الشهادة الحادثة بعد الاسلام والله اعلم هذا اذا شهد بعد اقامة الحد وبعد التوبة فاما اذا شهد بعد التوبة قبل اقامة الحد فتقبل شهادته بالاجماع ولو شهد بعد اقامة الحد قبل التوبة لا تقبل شهادته بالاجماع ولو شهد قبل التوبة وقبل اقامة الحد فهي مسئلة شهادة الفاسق وقد مرت واما النكاح بحضرة المحدودين في القذف فينعقد بالاجماع اما عند الشافعي فلان له شهادة اداء فكانت له شهادة سماعا واما عندنا فلان حضرة الشهود لدى النكاح ليست لدفع الجحود والانكار لاندفاع الحاجة بالشهادة بالتسامع ولا تقبل شهادتهم للنهي عن القبول في الجملة واما المحدود في الزنا والسرقة او الشرب فتقبل شهادته بالاجماع اذا تاب لانه صار عدلا والقياس ان تقبل شهادة المحدود في القذف اذا تاب الا ان عدم القبول عرف بالنص الخاص ومنها ان لا يجر الشاهد الى نفسه مغنما ولا يدفع عن نفسه مغرما بشهادته لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا لدافع المغرم ولان شهادته اذا تضمنت معنى الدفع والنفع فقد صار متهما ولا شهادة لمتهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ولانه اذا جر النفع الى نفسه بشهادته لم تقع شهادته لله تعالى بل لنفسه فلا تقبل وعلى هذا يخرج شهادة الوالد وان علا لولده وشهادة الولد لوالده انها غير مقبولة لان الوالدين والمولودين ينتفع البعض بمال البعض عادة فيتحقق معنى جر النفع والتهمة والشهادة لنفسه فلا تقبل وقد روى الخصاف في ادب القاضي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تقبل شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده ولا المراة لزوجها ولا الزوج لزوجته واما ساير القرابات كالاخ والعم والخال ونحوهم فتقبل شهادة بعضهم لبعض لان هولاء ليس لبعض تبسط في مال بعض عرفا وعادة فالتحقوا وكذا تقبل شهادة الوالد من الرضاع لولده من الرضاع وشهادة الولد من الرضاع لوالده من الرضاع لان العادة ما جرت بانتفاع هولاء بعضهم بمال بعض فكانوا كالاجانب ولا تقبل شهادة المولى لعبده ولا شهادة العبد لمولاه لما قلنا واما شهادة احد الزوجين لصاحبه فلا تقبل عندنا وعند الشافعي تقبل واحتج بعمومات الشهادة من غير

تخصيص من نحو قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم وقوله سبحانه واشهدوا ذوي عدل منكم وقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء من غير فصل بين عدل وعدل ومرضي ومرضي ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لجار المغنم ولا شهادة للمتهم واحد الزوجين في شهادته للزوج الاخر يجر المغنم الى نفسه لانه ينتفع بمال صاحبه عادة ولما روينا من حديث الخصاف واما العمومات فنقول بموجبها لما قلتم ان احد الزوجين بشهادته لصاحبه عدل ومرضي وشاهد بل هو مايل ومتهم لما قلنا فلا يكون شاهدا فلا يتناوله العموم وكذا لا تقبل شهادة الاجير له في تجارته التي استاجره فيها لما فيه من تهمة جر النفع الى نفسه ولا تقبل شهادة احد الشريكين لصاحبه في مال الشركة ولو شهد رجلان لرجلين على الميت بدين الف درهم ثم شهد المشهود لهما للشاهدين على الميت بدين الف درهم فشهادة الفريقين باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد جايزة وعلى هذا الخلاف لو شهدا ان الميت اوصى لهما بالثلث وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بالثلث ولو شهدا ان الميت غصبهما دارا او عبدا وشهد المشهود لهما للشاهدين بدين الف درهم فشهادة الفريقين جايزة بالاجماع لمحمد ان كل فريق يشهد لغيره لا لنفسه فلا يكون متهما في شهادته ولهما ان ما يود به كل فريق فالفريق الاخر يشاركونه فيه فكان كل فريق شاهدا لنفسه بخلاف ما اذا اختلف جنس المشهود به لان ثمة معنى الشركة لا يتحقق ومنها ان لا يكون خصما لقوله صلى الله عليه وسلم لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين ولانه اذا كان خصما فشهادته تقع لنفسه فلا تقبل وعلى هذا يخرج شهادة الوصي للميت واليتيم الذي في حجره انها غير مقبولة لانه خصم عنه وكذا شهادة الرجل لموكله لما قلنا ومنها ان يكون عالما بالمشهود وقت الاداء ذاكرا له عند ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف ومحمد ليس بشرط حتى انه لو راى اسمه وخاتمه وخطه في الكتاب لكنه لا يذكر الشهادة يجوز ان يشهد ولو شهد وعلم القاضي به لا تقبل شهادته عنده وعندهما له ان يشهد ولو شهد تقبل شهادته وجه قولهما انه لما راى اسمه وخاتمه وخطه على الصك دل انه يحمل الشهادة وهي معلومة في الصك فيحل له اداها واذا اداها تقبل ولان النسيان امر جبل عليه الانسان خصوصا عند طول العهد بالشي لان طول العهد ينسي فلو شرط الذكر للحادثة لاداء الشهادة لانسد باب الشهادات فيودي الى تضييع الحقوق وهذا لا يجوز ولابي حنيفة رحمه الله قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم وقوله صلى الله عليه وسلم للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وعلى اعتماد الخط والختم لان الخط قد يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجري فيها الاحتيال والتزوير معها ان الخط للتذكر فخط لا يذكر وجوده وعدمه بمنزلة وعلى هذا الخلاف اذا وجد القاضي في ديوانه شيا لا يذكره وديوانه تحت ختمه وعلى هذا الخلاف اذا عزل القاضي ثم استقضي بعد ما عزل فاراد ان يعمل بشي مما يرى في ديوانه الاول ولا يذكر ذلك ليس له ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك واما الشرايط التي ترجع الى نفس الشهادة فانواع منها لفظة الشهادة فلا تقبل بغيرها من الالفاظ كلفظة الاخبار والاعلام ونحوهما وان كان يودي معنى الشهادة تعبدا غير معقول المعنى ومنها ان يكون موافقة الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى فان خالفها لا تقبل الا اذا وفق المدعي بين الدعوى والشهادة عند امكان التوفيق لان الشهادة اذا خالفت الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى وتعذر التوفيق انفردت عن الدعوى والشهادة المنفردة عن الدعوى فيما يشترط فيه الدعوى غير مقبول وبيان ذلك في مسايل اذا ادعى ملكا بسبب ثم اقام البينة على ملك مطلق لا تقبل وبمثله لو ادعى ملكا مطلقا ثم اقام البينة على الملك بسبب تقبل ووجه الفرق ان الملك المطلق اعم من الملك بسبب لانه يظهر من الاصل حتى يستحق به الزوايد والملك بسبب

والصحيح صح

مطلب
النكاح بحضرة المحدودين ينعقد بالاجماع

شهادة الوالد لولده والمولود لوالده

تخصيص

يقتصر على وقت وجود السبب فكان الملك اعم فصار المدعي على اقامة البينة باقامة البينة
على الملك المطلق مكذبا شهوده في بعض ما شهدوا به والتوفيق متعذر لان الملك من الاصل ينافي
الملك الحادث بسبب لاستحالة ثبوتهما معا في محل واحد بخلاف ما اذا ادعى الملك المطلق ثم
اقام البينة على المطلق الملك بسبب لان الملك بسبب اخص من الملك المطلق على ما بينا فقد شهدوا
باقل مما ادعى فلم يصر المدعي مكذبا شهوده بل صدقهم بقدر ما شهدوا به وادعى زيادة شيء لا
شهادة لهم عليه وصار كما لو ادعى الفا وخمسمائة فشهدوا بالف انها تقبل البينة على الالف على ما قلنا
كذا هذا ولو ادعى الملك بسبب معين ثم اقام البينة على الملك بسبب اخر بان ادعى دارا في يدي
رجل انه ورثها من ابيه ثم اقام البينة على انه اشتراها من صاحب اليد او وهبها له او تصدق
عليه وقبض او ادعى الشرا او الهبة او الصدقة ثم اقام البينة على الارث لا تقبل بينته لان
الشهادة خالفت الدعوى لاختلاف السببين صورة ومعنى اما الصورة فلا شك فيها واما المعنى
فلان حكم السببين مختلف فلا تقبل الا اذا وافق بين الدعوى والشهادة فقال كنت اشتريت
منه لكن جحد في الشرا او عجزت عن اثباته فاستوهبت منه فوهبني وقبضت واعاد البينة
تقبل لانه اذا وافق فقد زالت المخالفة وظهر انه لم يكذب شهوده ويصير هذا في الحقيقة
ابتدا دعوى دعوى ولهذا يجب عليه اعادة البينة لتقع الشهادة عند الدعوى وكذا اذا وافق
وقال ورثته من ابي الا انه جحد ارثي فاشتريت منه او وهب لي فانها تقبل لزوال التناقض
والاختلاف بين الدعوى والشهادة ولو ادعى الشرا بعبده هذا واقام البينة على الشرا بالف
درهم لا تقبل لان البدل قد اختلف واختلاف البدل يوجب اختلاف العقد فقد قامت البينة
على عقد اخر غير ما ادعاه المدعي فلا تقبل الا اذا وافق المدعي فقال اشتريته بالعبد الا انه
جحد في الشرا فاشتريته بعد ذلك بالف درهم فتقبل لزوال المخالفة وهذا اذا كان دعوى
التوفيق في مجلس اخر بان اقام بعد مجلس الحكم ثم جا وادعى التوفيق فاما اذا لم يقم عن مجلس
الحكم فدعوى التوفيق غير مسموعة ولو ادعى انه له ثم اقام البينة انه لفلان وكله بالخصومة
فيه تقبل بينته وبمثله لو ادعى انه لفلان وكلني بالخصومة فيه ثم اقام البينة على انه له لا
تقبل ووجه الفرق ان قوله اولا انه لي لا ينفي قوله انه لفلان وكلني بالخصومة فيه لجواز ان
يكون له حق الخصومة والمطالبة ولغيره حق الملك فكان التوفيق ممكنا فقبلت البينة
بخلاف الفصل الثاني لان قوله هذا لفلان وكلني بالخصومة فيه ينفي قوله بعد ذلك هذا
لي هو لي لانه صرح بان الملك فيه لفلان وانه وكيل بالخصومة فيه بقوله انه لفلان وكلني
بالخصومة فيه فكان قوله بعد ذلك هو لي اقرارا منه بالملك لنفسه فكان مناقضا فلا
تقبل ولو ادعى انه لفلان وكله بالخصومة فيه ثم اقام البينة انه لفلان اخر وكله بالخصومة
فيه لا تقبل لان قوله اولا ان لفلان وكله بالخصومة فيه كما ينفي قوله انه لي ينفي قوله انه لفلان
اخر وكلني بالخصومة فيه فلا يقبل الا اذا وافق فقال ان الموكل الاول باع من الموكل الثاني ثم وكلني
الثاني بالخصومة فتقبل لزوال المناقضة ولو ادعى في ذي القعدة انه اشترى منه الدار وفي شهر
رمضان بالف ونقده الثمن ثم اقام البينة على انه تصدق بالدار على المدعي في شعبان لا تقبل بينته
لان الدعوى التصدق في شعبان ينافي الشرا في شهر رمضان لاستحالة شرا الانسان ملك نفسه
والتوفيق غير ممكن فلا تقبل ان اقام البينة على التصدق في شوال ووفق فقال جحدني الشرا ثم
تصدق بها علي تقبل والله اعلم ولو ادعى دارا في يد رجل انها له واقام البينة على انها كانت في يد المدعي
بالامس لا تقبل وروي عن ابي يوسف انها تقبل ويؤمر بالرد اليه ولو اقام البينة على انها كانت ملكا
للمدعي تقبل بالاجماع وجه رواية ابي يوسف ان البينة لما قامت على انها كانت في يده فالاصل في

الثابت بقاؤه ولهذا قبلت البينة على ملك كان ولان الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة ولو ثبت
بالمعاينة او بالاقرار انه كان في يده بالامس يؤمر بالرد اليه كذا هذا وجه ظاهر الرواية ان الشهادة
قامت على يد كانت فلا يثبت الكون في الحال الا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح للالزام لان اليد قد
تكون محقة وقد تكون مبطلة وقد تكون يد ملك وقد تكون يد امانة فكانت محتملة والمحتمل لا يصلح
حجة بخلاف الملك والمعاينة وبخلاف الاقرار لانه حجة بنفسه والبينة ليست حجة بنفسها بل بقضا
القاضي ولا وجه للقضا بالمحتمل ولو اقام البينة انها كانت في يده بالامس فاخذها هذا منه او غصبها
او اودعه او اعاره تقبل ويقضي للخارج لانه علم بالبينة انه تلقى اليد من جهة الخارج فيؤمر بالرد
اليه وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى رجل دارا انه ورثها من ابيه واقام البينة على انها كانت لابيه وهذا
لا يخلو من اربعة اوجه اما ان شهدوا ان الدار كانت لابيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا
واما ان قالوا كانت لابيه وتركها ميراثا له واما ان قالوا كانت في يد ابيه قبل الموت واما ان
اثبتوا من ابيه فعلا فيها عند ابيه اما الوجه الاول فعلى قول ابي حنيفة ومحمد لا تقبل الشهادة
وعلى قول ابي يوسف تقبل وكذا لو شهدوا انها كانت لابيه مات فيها لا تقبل قالوا يجب ان يكون
هذا قول ابي حنيفة ومحمد واما على قول ابي يوسف على ما روي في الامالي ينبغي ان تقبل وجه
قول ابي يوسف ان الملك متى ثبت لابيه بشهادتهم فالاصل فيما ثبت يبقى الى ان يوجد
المزيل فصار كما لو شهدوا انها كانت لابيه يوم الموت ولهما ان الشهادة خالفت
الدعوى لان المدعي ادعى ملكا كاينا والشهادة وقعت بملك كان لا بملك كاين فكانت الشهادة
مخالفة للدعوى فلا تقبل قوله ما ثبت يبقى قلنا نعم لكن لا حكما ودليل الثبوت لا يتعرض للبقا وانما
البقا بحكم استصحاب الحال وانه لا يصلح حجة للاستحقاق ولو شهدوا انها كانت لجده فعند ابي حنيفة
لا يقضى بها ما لم يجروا الميراث بان يقولوا مات جده وتركها ميراثا لابيه ثم مات ابوه وتركها
ميراثا له وعند ابي يوسف ينظر ان علم ان الجد مات قبل الاب يقضى بها له وان علم ان الاب مات
قبل الجد لم يقض به ولو شهدوا لابيه لا يقضى بها له منهم من قال هذا على الاتفاق ومنهم من قال
هو على الاختلاف الذي ذكرنا وهو الصحيح فانه روي عن ابي يوسف انها تقبل واما الوجه الثاني وهو
ما اذا شهدوا انها كانت لابيه مات وتركها ميراثا له فلا شك ان هذه الشهادة مقبولة لانهم
شهدوا بالملك الموروث عند الموت والترك ميراثا له وهو تفسير الملك الموروث واما الوجه
الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت في يده قبل الموت فالشهادة مقبولة لانهم شهدوا بالملك
الموروث واما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا انها كانت في يده قبل الموت فالشهادة مقبولة
لان مطلق اليد في الاصل يحمل على يد الملك فكانت الشهادة بيد قايمة عند الموت شهادة بملك
قايم عند الموت فاذا مات فقد ترك فيثبت الملك في المتروك اذ هو تفسير الملك الموروث
ولان يده ان كانت يد ملك كان الملك ثابتا للموروث عند الموت وان كانت يد امانة فتنقلب يد
ملك اذا مات مجهلا لان التجهيل عند الموت سبب لوجوب الضمان ووجوب الضمان سبب لوجوب
لثبوت الملك في المضمون واما الوجه الرابع وهو ما اذا اثبت الشهود من الاب فعلا في العين
عند الموت فهذا على وجهين اما ان يكون ذلك فعلا هو دليل اليد واما ان يكون فعلا ليس هو
دليل اليد واليد الذي هو دليل اليد هو فعل لا يتصور وجوده بدون النقل في النقليات
كاللبس والحمل او فعل يوجد للنقل عادة كالركوب في الدواب او بفعل يوجد في الغالب من الملاك
فيما لا يقبل النقل الا من غيرهم كالسكنى في الدور والفعل الذي يدل ليس اليد هو فعل يثبت في النقليات
من غير فعل ولا يكون حصوله للنقل عادة كالجلوس على البساط او فعل ليس بفعل للملاك غالبا
فيما لا يقبل كالنوم والجلوس في الدار واشباه ذلك بان كان فعلا هو دليل اليد تقبل الشهادة

يوم صح

يوم صح

القايمة على بنوته عند موت الاب لان الشهادة القايمة على ما هو دليل اليد عند الموت وان كان فعلا
ليس بدليل اليد لا تقبل الشهادة لانه لم يوجد دليل اليد التي هي دلالة الملك وعلى هذا يخرج ما
اذا اقام المدعي البينة ان اباه مات في هذه الدار انها لا تقبل لانه لم يوجد الشهادة على اليد
الدالة على الملك ولا على فعل دال على اليد ولا على فعل هو فعل الملاك غالبا لان الدار قد يموت فيها
المالك وقد يموت فيها غير المالك من الزور والضيف ولو شهدوا انه مات وهو لابس هذا
القميص ولابس هذا الخاتم تقبل لان القميص والخاتم فعل لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على
اليد عند الموت اطلق محمد رحمه الله الجواب في الخاتم منهم من حمل جواب الكتاب على ما اذا كان
الخاتم في خنصره او بنصره وزعم انه كان فيما سواها من الاصابع لا تقبل الشهادة لان استعمال
الملاك هكذا عادة فكانت الشهادة القايمة عليه قايمة على اليد فاما جعله فيما سواه من الاصابع
الملاك ليس بمعتاد فلا يكون ذلك استعمال الخاتم في خنصره او بنصره فضاع من يده يضمن لما انه
استعمله ولو جعله فيما سواها من الاصابع فضاع لا يضمن لما ان ذلك حفظ وليس باستعمال والصحيح
اطلاق جواب الكتاب لان فعله كيف ما كان لا يتصور بدون النقل فكان دليلا على اليد ولو شهدوا
انه مات وهو جالس على هذا البساط او على هذا الفراش او نايم عليه لا تقبل لان هذه الاشيا يتصور
من غير نقل ولا فعل للنقل عادة فلم يكن دليل اليد فان قيل اليس انه لو تنازع اثنان في بساط احدهما
جالس عليه والاخر متعلق به انه يكون بينهما نصفين وهذا دليل ثبوت يدهما عليه قيل انما
قضي بينهما نصفين لدعواهما انه في يدهما لا لثبوت اليد لان الجلوس عليه والتعلق به كل
واحد منهما يتحقق بدون النقل غالبا على ما بينا فلا يكون دليل اليد ولو شهدوا انه مات وهو
راكب هذه الدابة تقبل ويقضي بالدابة للوارث لان الركوب وان كان يتهيا بدون نقل الدابة
الا انه لا يفعل عادة الا للنقل فكان دليل اليد ولو شهدوا انه لو مات وهو ساكن هذه الدار
تقبل ويقضي للوارث وروي عن ابي يوسف انها لا تقبل ولا يقضي ووجهه ان فعل السكنى في الدار
كما توجد من الملاك توجد من غير الملاك فلا يصلح دليلا على اليد والصحيح جواب ظاهر الرواية لان
السكنى فعل يوجد من الملاك لا من غيرهم هذا هو المعتاد فيما بين الناس فيحمل المطلق عليه ولو
شهدوا انه مات وهذا الثوب موضوع على راسه ولم يشهدوا انه كان حاملا له لا تقبل
ولا يستحق المدعي بهذا شيا لانه يحتمل انه وقع بنفسه ويحتمل انه وضع غيره ويحتمل انه وقع عليه
من غير صنع احد بان ذهبت ريح به والقته على راسه فوقع الشك في النقل منه فلا يثبت النقل فيه
بالشك والاحتمال فلا يثبت اليد بالشك ثم اذا شهد الشهود انها كانت لابيه مات وترك
ميراثا لورثته فلا يخلوا اما ان قالوا هذا ابنه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره ولا قالوا لا
نعلم وارثا غيره فاما الوجه الاول وهو ما اذا قالوا هو وارثه لا وارث له غيره فانه تقبل شهادتهم
[margin: لا يعلمه]
استحسانا والقياس ان لا تقبل لانها كشهادة على ما علم للشاهد به لاحتمال ان يكون له وارث
وقد قال صلى الله عليه وسلم للشاهد اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع وجه الاستحسان ان قوله
لا وارث له غيره معناه في متعارف الناس وعاداتهم لا نعلم وارثا غيره او لا وارث له غيره في علمنا
ولو نص على ذلك لقبلت شهادتهم فكذا هذا واما الوجه الثاني وهو ما اذا قالوا هو وارثه
لا نعلم وارثا غيره فتقبل شهادتهم عند عامة العلما وقال ابن ابي ليلى لا تقبل حتى يقولوا لا وارث
له غيره لانهم لو لم يقولوا ذلك احتمل ان يكون له وارث غيره ووارث غيره لا يعلمونه والصحيح
قول العلما العامة لان الشاهد انما تحل له الشهادة بما في علمه وبقي وارث اخر ليس في علمه
فلا تحل له الشهادة به الا على اعتبار ما في علمه على ما ذكرنا ولو قالوا لا نعلم له وارثا غيره في هذا
المصر او في ارض كذا تقبل عند ابي حنيفة وعندهما لا تقبل وجه قولهما ان قولهم لا نعلم له

وارثا له غيره في هذا المصر لا ينفي وارثا غيره لجواز ان يكون وارث اخر في مصر اخر ولابي حنيفة انه لو كان
له وارث اخر في موضع اخر لعلموه لان وارث الانسان لا يخفى على اهل بلده عادة فكان التخصيص والتعميم
فيه سوا ثم اذا شهد وانه وارثه لا وارث له غيره او شهد وانه وارثه لا نعلم وارثا غيره او لا نعلم
وارثا غيره في هذا المصر على مذهب ابي حنيفة فانه يدفع كل التركة اليه سوا كان الوارث ممن لا يحتمل
الحجب كالاب والابن والام ونحوهم او يحتمله كالاخ والاخت والجد ونحوهم لانه تعين وارثا له
فيدفع جميع المال اليه الا اذا كان زوجا او زوجة فلا يعطي الا اكثر نصيبيه فلا يعطي للزوج الا
النصف ولا تعطي المراة الا الربع لانهما لا يستحقان من الميراث اكثر من ذلك لانه لا يرد عليهما
وفي هذين الوجهين لا يوخذ من الوارث كفيل بالاجماع واما الوجه الثالث وهو ما اذا شهدوا
انه وارثه ولم يقولوا لا وارث له غيره وقالوا لا نعلم وارثا غيره فانه ينظر ان كان ممن يحتمل الحجب
لا يدفع اليه شي لجواز ان يكون ثمة صاحب وان كان لا يعطي وان لم يكن يعطي فلا يعطي بالشك
وان كان ممن لا يحتمل الحجب يدفع اليه جميع المال الا الزوج والزوجة فانه لا يدفع اليهما
الا نصيبهما وهو اكثر النصيبين عند محمد للزوج النصف وللمراة الربع وعند ابي يوسف
اقل النصيبين للزوج الربع وللمراة الثمن في ظاهر وجه قول محمد ان النقصان عن اكثر
النصيبين باعتبار المزاحمة وفي وجود المزاحم شك فلا يثبت النقصان بالشك ولابي
يوسف ان الاقل ثابت بيقين وفي الزيادة شك وروي عنه اصحاب الاملا ان للزوج الخمس
وللمراة ربع التسع اما الزوج فلان من الجايز ان يكون للمراة ابوان وبنتان وزوج اصل
المسلة من اثني عشر للابوين السدسان اربعة وللبنتين الثلثان ثمانية وللزوج الربع
ثلاثة فعالت بثلاثة اسهم فصارت الفريضة من اثني عشر خمسة عشر وثلثه من خمسة عشر
خمسها فذلك للزوج واما المراة فلان من الجايز ان يكون للميت ابوان وبنتان وزوجة اصل
المسلة من اربعة وعشرين للابوين السدسان ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر وللزوجة
الثمن ثلاثة فعالت بثلاثة اسهم فصارت الفريضة من سبعة وعشرين وثلثة من سبعة
وعشرين تسعها ثم من الجايز ان يكون معها ثلثة اخرى فيكون اربع زوجات فيكون
لها ربع التسع وثلثة على اربعة لا يستقيم فتضرب اربعة في تسعة فيكون ستة وثلاثين
سهما تسعها اربعة فلها من ذلك سهم وهو ربع التسع وهو سهم من ستة وثلثين سهما
ثم في هذا الوجه الثالث اذا كان الوارث ممن لا يحتمل الحجب ودفع المال اليه هل يوخذ منه
كفيل قال ابو حنيفة لا يوخذ وقال ابو يوسف ومحمد يوخذ وجه قولهما ان اخذ الكفيل
لصيانة الحق والحاجة مست الى الصيانة لاحتمال ظهور وارث اخر فيوخذ الكفيل
نظرا للوارث الغايب كما في رد الابق واللقطة الى صاحبيهما ولابي حنيفة ان حق الحاضر
ثابت بيقين وفي ثبوت الحق لوارث اخر شك لانه قد يظهر وارث اخر وقد لا يظهر فلا يجوز
تعطيل الحق الثابت بيقين بحق مشكوك فيه مع ان المكفول له مجهول والكفالة للمجهول [margin: بيانه]
غير صحيحة واما الا اخذ الكفيل بتسليم الابق واللقطة فقد قيل انه قولهما لما ان في المسلة روا
فاما عند ابي حنيفة فلا يوخذ الكفيل على انا ان سلمنا فتلك كفالة لمعلوم لا لمجهول لان الراد
انما ياخذ الكفيل لنفسه كيلا يلزمه الضمان فلم تكن كفالة المجهول ولابي حنيفة رحمه الله
هذه المسلة في الجامع الصغير وهذا شي اختلط به بعض القضاة وهو ظلم ارايت لو لم تجد
كفيلا اكنت امنع حقه دلت تسميته اخذ ظلما على ان مذهبه ان ليس كل مجتهد مصيبا
اذ الصواب لا يحتمل ان يكون ظلما فدلت المسلة على برات ساحته عن لوث الاعتزال
بحمد الله تعالى واما الذي يرجع الى المشهود فمنها ان تكون الجهالة بمعلوم فان كانت بمجهول

لم تقبل لان علم القاضي بالمشهود شرط صحة قضائه به فما لم يعلم لا يمكنه القضا وعلى هذا يخرج
ما اذا شهد رجلان عند القاضي ان فلانا وارث هذا الميت لا وارث له غيرهما لا تقبل شهادتهما
لانهما شهدا بمجهول لجهالة الوارث اسباب الوراثة واختلاف احكامها فلا بد وان يقولوا ابنه
ووارثه لا يعلمون وارثا غيره او اخوه لابيه وامه لا يعلمون وارثا غيره وقولهم لا يعلمون وارثا
غيره ليلا يتلوم القاضي لانه من الشهادة عند محمد رحمه الله لجنس هذه المسايل بابا في الزيادات
تعرف هناك ومنها ان يكون المشهود به معلوما للشاهد عند ادا الشهادة حتى لو طلب لا
تحل ان يشهد وان راي خطه وختمه واخبره الناس ما لم يتذكر بنفسه وهذا عند ابي حنيفة
وعندهما ان راي خطه وختمه له ان يشهد والمسلة قد مرت بحجها واما الشرايط التي
تخص الشهادات دون بعض فانواع ايضا منها الدعوي في الشهادات القايمة على حقوق العباد
من المدعي بنفسه او بنايبه لان الشهادة في هذا الباب سرت لتحقيق قول المدعي ولا يتحقق قوله
الا بدعواه اما بنفسه او بنايبه او في حقوق الله تعالي فلا يشترط فيها الدعوي كاسباب الحرمات
من الطلاق وغيره واسباب الخالصة حقا لله تعالي الا انه شرط الدعوي في باب السرقة لان كون المسروق
ملكا لغير السارق شرط تحقق كون الفعل سرقة شرعا ولا يظهر ذلك الا بالدعوي فشرطت الدعوي
لهذا واختلف في عتق العبد انه حق للعبد فيشترط فيه الدعوي او حق الله تعالي فلا يشترط فيه
الدعوي مع الاتفاق مع ان عتق الامة حق الله تعالي والمسلة ذكرناها في كتاب العتاق ومنها
العدد في الشهادة بما يطلع عليه الرجال لقوله تعالي واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان
لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وقوله تعالي فان لم ياتوا باربعة شهدا ولان الواجب على
الشاهد اقامة الشهادة لله تعالي لقوله تعالي واقيموا الشهادة لله وقوله سبحانه كونوا قوامين
لله شهدا بالقسط شهدا لله ولا تقع الشهادة لله الا وان تكون خالصة صافية عن جر النفع
ومعلوم ان في الشهادة منفعة للشاهدين من حيث التصديق للاين لان من صدق في قوله
يتلذذ به فلو قبل قول الفرد لم يخل عن جر النفع الي نفسه فلا تخلص لله تعالي فشرط العدد في
الشهادة لتكون تلذذ كل واحد مضافا الي صاحبه فيصفوا الشهادة لله تعالي ولانه اذا كان
فردا يخاف عليه السهو والنسيان لان الانسان مطبوع على السهو والغفلة فشرط العدد في
الشهادة ليذكر البعض البعض عند اعتراض السهو والغفلة كما قال الله تعالي في اقامة امراتين
مقام رجل في الشهادة ان تضل احديهما فتذكر احديهما ثم الشرط عدد المثني في عموم الشهادات
القايمة على ما يطلع الرجال الا في الشهادة في الزنا فانه يشترط فيها عدد الاربع لقوله تعالي والذين
يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهدا فاوليك عند الله هم الكاذبون ولان الشهادة
في هذا احد نوعي الحجة فتعتبر بالنوع الاخر وهو الاقرار ثم عدد الاقارير الاربعة شرط
ظهور الزنا فكذا عدد الشهود الاربع بخلاف الحدود فانه لا يشترط في الاقرار لظهورها
فكذا في الشهادة ولان عدد الاربع في باب الزنا ثبت نصا بخلاف القياس لان خبر من ليس
بمعصوم عن الكذب لا يخلوا عن احتمال الكذب مثل عدد المثني ما لم يدخل في عدد التواتر
لكنا عرفناه شرطا بنص خاص معدولا به عن القياس فيبقي ساير الابواب على اصل القياس
واما فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة والعيوب الباطنة في النسا فالعدد فيه ليس
بشرط عندنا فيقبل فيه شهادة امراة واحدة والثنتان احوط وعند مالك والشافعي
العدد فيه شرط الا عند مالك يكتفي فيه بامراتين وعند الشافعي لا بد فيه من الاربع
وجه قول مالك ان شهادة الرجال لما سقط اعتبارها في هذا الباب لمكان الضرورة
وجب الاكتفا بعددهم في النسا وجه قول الشافعي ان الشرع اقام كل امراتين في باب

الشهادة

الشهادة مقام رجل واحد ثم لا يكتفي باقل من رجلين فلا يكتفي باقل من اربع نسوة ولنا ان شرط
العدد في الشهادة في الاصل ثبت تعبدا غير معقول المعني لان خبر من ليس بمعصوم عن الكذب لا
يفيد العلم قطعا ويقينا وانما يفيد علم غالب الراي واكثر الظن وهذا يثبت بخبر العدل ولهذا
لم يشترط في رواية الاخبار الا انا عرفنا العدد فيها شرطا بالنص والنص ورد بالعدد في
شهادة النسا في حالة مخصوصة وهو ان يكون معهن رجل لقوله تعالي فرجل وامراتان فبقيت
حالة الانفراد عن الرجال على اصل القياس وقد روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم قبل شهادة
القابلة على الولادة ولو شهد رجل واحد بالولادة تقبل لانه لما قبل شهادة امراة واحدة
فشهادة رجل واحد اولي ومنها اتفاق الشهادتين فيما يشترط فيه العدد فان اختلفا لا تقبل
لان اختلافهما اختلاف الدعوي والشهادة ولان عند اختلاف الشهادتين لم يوجد الا احد
شرطي الشهادة ولا يكتفي فيه بما يشترط فيه العدد ثم الاختلاف قد يكون في جنس المشهود
به وقد يكون في قدره وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك اما اختلافهما
في الجنس فقد يكون في العقد وقد يكون في المال اما في العقد وهو ان يشهد احدهما بالبيع
والاخر بالميراث او بالهبة وغير ذلك فلا تقبل في العقدين صورة ومعني فقد شهد كل واحد
منهما بعقد غير ما شهد به الاخر وليس على احدهما شهادة شاهدين واما في المال فهو ان
يشهد احدهما بمكيل والاخر بموزون ولا تقبل لانهما جنسان مختلفان وليس على احدهما
شهادة شاهدين واما اختلاف الشهادة في قدر المشهود به فنحو ما اذا ادعي رجل على رجل
الفي درهم واقام شاهدين شهد احدهما بالفين والاخر بالف لا تقبل عند ابي حنيفة اصلا
عندهما تقبل على الف ولو كان المدعي يدعي الفا وخمسماية فشهد احدهما بالف وخمسماية والاخر
بالف تقبل على الالف بالاجماع وجه قولهما ان الشهادة لم تخالف الدعوي في قدر الالف بل
وافقتها بقدرها الا ان المدعي يدعي زيادة مال لا شهادة لهم عليه فيثبت قدر ما وقع
الاتفاق عليه كما اذا ادعي الفا وخمسماية فشهد احدهما بذلك والاخر بالف انه يقبل على الالف
لما قلنا كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان شرط الشهادة خالف الدعوي لان المدعي يدعي
الفين وانه اسم وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون
ذلك العدد وكساير اسما العدد كالثلث لا الف من الابل والهسدع لما بين منها ونحو ذلك فلم
تكن الالف المفرد مدعا فلم تكن الشهادة شهادة على ما دخل تحت الدعوي فانفردت الشهادة
عن الدعوي فيما يشترط فيه الدعوي فلا يقبل بخلاف ما اذا ادعي الفا وخمسماية فشهد
احدهما بذلك والاخر بالف انها تقبل على الالف لان الالف والخمسماية اسم لعددين الا
تري انه يعطف احدهما على الاخر فقال الف وخمسماية فكان كل واحد منهما بانفراده تحت داخلا
تحت الدعوي فالشهادة القايمة عليها تكون قايمة على كل واحد منهما مقصودا فاذا شهد
احدهما بالف فقد شهد باحد العددين الداخلين تحت الدعوي فكانت الشهادة موافقة
للدعوي في عدد الالف فيقضي به للمدعي لقيام الحجة عليه بخلاف الالف والالفين لانه
اسم لعدد واحد لا يقع على ما دونه بحال فلم تكن الالف المفرد داخلا تحت الدعوي فكانت
القايمة عليه شهادة على ما لم يدخل تحت الدعوي فلا تقبل وهو الفرق ولو ادعي الفا فشهد
احدهما بالالف والاخر بالفين لا تقبل على الالف بالاجماع لان المدعي كذب احد شاهديه
في بعض ما شهد به فاوجب ذلك تهمة في الباقي فلا تقبل الا اذا وافق فقال كان عليه الفان
الا انه كان قد قضاني الفا ولم يعلم به الشاهد فتقبل وكذا لو ادعي الفا فشهد احدهما به
والاخر بالف وخمسماية لا تقبل لما قلنا الا اذا وفق فقال كان لي عليه الف وخمسماية الا انه قضاني

خمسماية ولم يعلم بها الشاهد فتقبل لانه اذا وافق فقد زال الاختلاف المانع من القبول ولو
ادعي علي رجل انه عقد عقده بالف فشهد احدهما بالف وخمسماية والاخر بالف لا تقبل بالاجماع
لان الشاهدين اختلفا في البدل واختلاف البدلين يوجب اختلاف العقدين فصار كل
واحد منهما شاهدا بعقد غير صاحبه وليس علي احدهما شهادة شاهدين فلا تقبل ولا يثبت
العقد وكذلك لو كان المشتري مدعيا والبايع مدعا عليه لما قلنا ولو كان هذا في الاجارة ينظر
ان كانت الدعوي من الموجر في مدة الاجارة لا تقبل لان هذا يكون دعوي العقد وليس علي احد
العقدين شهادة شاهدين فلا تقبل كما في باب البيع وان كانت الدعوي بعد انقضا مدة الاجا
فهذا دعوي المال لا دعوي العقد فكان حكمه حكم ساير الديون وقد ذكرناه علي الاتفاق
هذا اذا كانت الدعوي من الموجر فان كانت من المستاجر لا تقبل سوا كانت الدعوي في المدة او
بعد انقضايها لان هذا دعوي العقد ولو كان هذا في النكاح فان كانت الدعوي من المراة
فهذا دعوي المال عند ابي حنيفة انها لو ادعت علي رجل انه تزوجها علي الف وخمسماية
فشهد لها شاهدان احدهما بالف وخمسماية والاخر بالف تقبل والنكاح جايز بالف درهم
عنده وعندهما لا تقبل ولا يجوز النكاح لان هذا دعوي العقد ولو كانت الدعوي من الرجل
والمراة تنكر لا تقبل بالاجماع لان هذا دعوي العقد ولو كانت الدعوي في الخلع او الطلاق علي مال
او في العتاق علي مال او في الصلح عن دم العمد علي مال فان كانت الدعوي من الزوج او المولي
او ولي القصاص تقبل وان كانت الدعوي من المراة او العبد او القاتل لا تقبل لان هذا دعوي
العقد ولو كانت هذا في الكتابة فان كانت الدعوي من المكاتب لا تقبل لان هذا دعوي العقد
فلا تقبل ولا تصح الكتابة وان كانت من المولي فلا تصح لان للمكاتب ان يعجز نفسه متي شا والله
اعلم واما اختلاف الشهادة في الزمان والمكان فانه ينظر ان كان ذلك في الاقارير لا يمنع القبول وان
كان في الافاعيل من القتل والقطع والغصب وانشا البيع والطلاق والعتاق والنكاح ونحوها
يمنع القبول ووجه الفرق ان الاقرار مما يحتمل التكرار فيمكن التوفيق بين الشهادتين لسماعه
الاقرار في زمانين او مكانين فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين بخلاف القتل وانشا العقود
والفسوخ لانها لا تحتمل التكرار فاختلاف المكان والزمان فيها يوجب اختلاف الشهادتين فيمنع
القبول والله الموفق ولو ادعي رجل علي رجل قرض الف درهم فشهد شاهدان احدهما علي القرض
والاخر علي القرض والقضا يقضي بشهادتهما علي القرض ولا يقضي بالقضا في ظاهر الرواية وروي
عن ابي يوسف انه لا يقضي بشهادتهما بالقرض ايضا لانهما وان اجتمعا علي الشهادة بالقرض
لكن الذي شهد بالقضا فسخ شهادته بالقرض فبقي علي القرض شاهد واحد فلا يقضي بشهادته
والصحيح جواب ظاهر الرواية لان الشاهدين اختلفا في القضا لا في القرض بل اتفقا علي القرض
يقضي به وقوله شاهد القضا فسخ شهادته بالقرض قلنا ممنوع بل قرر شهادته علي القرض لان
قضا القرض بعد القرض يكون واما الذي يرجع الي المكان فواحد وهو مجلس القضا لان الشهادة
لا تصير حجة ملزمة الا بقضا القاضي فيختص بمجلس ومنها الذكورة في الشهادة بالحدود والقصاص
فلا يقبل فيهما شهادة النسا لما روي عن الزهري رحمه الله انه قال مضت السنة من لدن رسول
الله صلي الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ان لا تقبل شهادة النسا في الحدود والقصاص
ولان الحدود والقصاص مبناهما علي الدرء والاسقاط بالشبهات وشهادة النسا لا تخلو عن
شبهة لانهن جبلن علي السهو والغفلة وما بهن من نقصان العقل والدين فيورث ذلك شبهة
بخلاف ساير الاحكام لانها تجب مع الشبهة ولان جواز شهادة النسا علي البدل شهادة الرجال
والابدال في باب الحدود غير مقبولة كالكفارات والوكالات واما الشهادة علي الاموال

فالذكورة

فالذكورة ليست بشرط والانوثة ليست بمانعة بالاجماع فتقبل شهادة النسا مع الرجال لقوله تعالي
في باب المداينة واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون
من الشهدا واختلف في اشتراطها في الحقوق التي ليست بمال كالنكاح والطلاق والنسب قال
اصحابنا رحمهم الله ليست بشرط وقال الشافعي رحمه الله شرط وجه قول الشافعي ان شهادة النسا حجة
ضرورية لانها حجة في باب المداينات عند عدم الرجال ولا ضرورة في الحقوق التي ليست بمال
لاندفاع الحاجة فيها بشهادة الرجال ولهذا لم يجعل حجة في الحدود والقصاص وكذا لم يجعل حجة
بانفرادهن فيما يطلع الرجال عليه ولنا قوله تعالي واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا
رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهدا جعل الله تعالي لرجل وامراتين شهادة علي الاطلاق فانهم
جعلهم من الشهدا والشاهد المطلق من له شهادة علي الاطلاق فاقتضي ان يكون لهم شهادة في ساير الاحكام
الا ما قيد بدليل وروي عن عمر رضي الله عنه انه اجاز شهادة النسا مع الرجال في النكاح والفرقة
ولم ينقل انه انكر عليه منكر من الصحابة رضي الله عنهم فيكون اجماعا منهم علي الجواز ولان شهادة رجل
وامراتين في اظهار المشهود به مثل شهادة رجلين لرجحان جنبة الصدق فيها علي جنبة الكذب
بالعدالة الا انها لم تجعل حجة فيما يدرا بالشبهات لنوع قصور وشبهة فيها علي ما ذكرناها وهذه
الحقوق تثبت بدليل فيه شبهة واما قوله انها ضرورية ممنوعة ممنوع فانها مع القدرة علي شهادة
الرجال في باب الاموال مقبوله فدل انها شهادة مطلقة لا ضرورية وبه تبين ان نقصان
الانوثة يصير مجبورا بالقدر فكانت شهادة مطلقة وكذا اختلف في اشتراطها في الشهادة
علي الاحصان قال علماونا الثلثة وقال زفر شرط حتي يظهر الاحصان بشهادة رجل وامراتين
عندنا خلافا له وجه قول زفر ان الذكورة شرط في علة العقوبات بالاجماع حتي لا يظهر بشهادة
رجل وامراتين والاحصان من جملة اوصاف العلة لان علة وجوب الرجم ليس هو الزنا
المطلق بل الزنا الموصوف بالتغلظ ولا يتغلظ الا بالاحصان فكان الاحصان من جملة العلة
فلا يثبت بشهادة النسا ولهذا لو اقر بالاحصان ثم رجع صح رجوعه كما لو اقر بالزنا ثم رجع وكذا
الشهادة علي الاحصان تقبل من غير دعوي كالشهادة علي القايمة علي الزنا ولنا قوله تعالي
واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من
الشهدا وجه الاستدلال بها ما ذكرنا مع الشافعي واما قوله الاحصان من جملة العلة
فممنوع بل هو شرط العلة يصير الزنا عنده علة ثم الحكم يضاف الي العلة لا الي الشرط علي ما
عرف في اصول الفقه واما الرجوع عنه بعد الاقرار فلا نسلم انه فانه ذكر في اختلاف رواية
يعقوب انه يصح الرجوع في قول ابي يوسف ولا يصح في قول زفر وهذا حجة علي زفر ولا رواية عن
ابي حنيفة ومحمد قلنا ان نمنع وعدم اشتراط الدعوي يدل علي انه حق الله تعالي لا علي انه
يضاف اليه العقوبة الا تري ان الدعوي ليست بشرط في عتق الامة بالاجماع ولا في
عتق العبد عند ابي يوسف ومحمد وان كان لا يتصور تعلق عقوبة ونحن نسلم ان الاحصان
حق الله تعالي في مثل ذلك الوقت علي ما عرف في الخلافيات ومنها اسلام الشاهد اذا كان المشهود
عليه مسلما حتي لا تقبل شهادة الكافر علي المسلم فلا شهادة له عليه وتقبل شهادة المسلم علي
الكافر لانه من اهل ان تثبت له الولاية علي المسلم فعلي الكافر اولي واما اذا كان المشهود عليه
عليه كافرا فاسلام الكافر هل هو شرط لقبول شهادته عليه فقد اختلف فيه قال اصحابنا
ليس بشرط حتي تقبل شهادة اهل الذمة بعضهم علي بعض سوا اتفقت مللهم او اختلفت بعد ان
كانوا عدولا في دينهم وقال الشافعي شرط حتي لا تقبل شهادتهم اصلا واحتج بقوله تعالي
ولن يجعل الله للكافرين علي المومنين سبيلا نفي الله تعالي ان يكون للكافر علي المومن سبيلا

ليست بشرط صح

وفي قبول شهادتهم على البعض اثبات السبيل للكافر على المومن لانه لا يجب على القاضي القضا بشهادتهم
وانه منفي ولان العدالة شرط قبول الشهادات والفسق تابع والكفر راس الفسق فكان اولى بالمنع
من القبول ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين وللمسلم على المسلم شهادة فكذا للذمي على الذمي شهادة وظاهره يقتضي ان يكون للذمي
على المسلم شهادة كما للمسلم الا ان ذلك صار مخصوصا عن عموم النص ولان الحاجة مست الى صيانة
حقوق اهل الذمة ولا تحصل الصيانة الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة ولا شك ان
الحاجة صيانة حقوقهم ماسة لانهم انما قبلوا عقد الذمة لتكون دماوهم كدمائنا واموالهم
كاموالنا والدليل على ان الصيانة لا تحصل الا وان يكون لبعضهم على بعض شهادة لان هذه
المعاملات تكثر فيما بينهم والمسلمون لا يحضرون معاقدهم ليتحملوا حوادثهم فلو لم يكن لبعضهم
على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة الى الصيانة بالشهادة واما
الاية فوجوب القضا لا يثبت بالشهادة وانما يثبت بالتقليد السابق والشهادة شرط الوجوب
والحكم لا يثبت بالشرط فلا يكون في قبول شهادة بعضهم على البعض اثبات السبيل للكافر على المومن
وسوا اتفقت مللهم او اختلفت فتقبل شهادة النصراني على اليهودي واليهودي على المجوسي
وقال ابن ابي ليلى ان اختلفت لا تقبل وهذا غير سديد لان الكفر وان اختلفت انواعه صورة
فهو ملة واحدة حقيقة فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيف ما كان بعد ان يكون الشاهد
من اهل دار الاسلام حتى لا تقبل شهادة المستامن على الذمي لانه ليس من اهل الاسلام حقيقة
والذمي من اهل دار الاسلام فاختلفت الداران فلا تقبل شهادته على الذمي وتقبل شهادة
الذمي عليه بالنص الذي روينا وصار حكم المستامن مع الذمي في الشهادة كحكم الذمي مع المسلم
وشهادة المستامن على المستامن تقبل ان اتفقت دارهم ومللهم وان اختلفت لا تقبل
ومنها عدم التقادم في الشهادة على الحدود كلها الا في حد القذف حتى لا تقبل عليها اذا تقادم العهد
الا على حد القذف بخلاف الاقرار على ما عرف في كتاب الحدود ومنها قيام الرائحة في الشهادة
على شرب الخمر اذا لم يكن سكرانا ولم يتحقق انه من مسيرة لا تبقى الرائحة من المجي من مثلها
عادة عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد ليس بشرط وهي من مسايل الحدود نذكرها هنالك
ان شا الله تعالى ومنها الاصالة في الشهادة وكذا لا يقبل فيها كتاب القاضي الى القاضي لانه في معنى
الشهادة على الشهادة وعند الشافعي ليس بشرط حتى لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة واجمعوا
على انها ليست بشرط في الاموال والحقوق المجردة عنها فتقبل فيها الشهادة على الشهادة وكتاب
القاضي الى القاضي الا في العبد الابق عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف تقبل فيه ايضا
على ما نذكر في ادب القاضي ان شا الله تعالى وجه قول الشافعي ان الفروع يودون الشهادة
نيابة على الاصول فكانت شهادتهم شهادة الاصول معنى وشهادة الاصول على الحدود
والقصاص مقبولة ولنا ان الحدود والقصاص مما تندرا بالشبهات والشهادة على الشهادة
لا تخلو عن شبهة ولهذا لا تقبل فيه شهادة النسا لمكان الشبهة في شهادتهن بسبب السهو
والغفلة وبل اولى لان الشبهة هاهنا تمكنت في محلين فكان فيها زيادة لكثرة فيها زيادة الاصول
ولان الحدود لما كانت مبنية على الدرا وجب ذلك اختصاصها بحجة مخصوصة تقل اتفاق
اقامتها ولهذا شرط عدد الاربع في الشهادة على الزنا لما ان اطلاع اربعة من الرجال
الاحرار على غيبوبة ذكره في فرجها كما يغيب الميل في المكحلة نادر غاية الندرة ثم الكلام
في الشهادة على الشهادة في مواضع في صورة تحمل الشهادة على الشهادة وفي شرايط
التحمل وفي صورة ادا الشهادة على الشهادة وفي شرايط الادا اما صورة التحمل

فيذلك الحديث صح

ليست في صح

فلها

فلها عبارتان مختصرة ومطولة اما اللفظ المختصر فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد على شهادتي
اني اشهد ان لفلان على فلان كذا او يقول اشهد ان لفلان على فلان كذا فاشهد على شهادتي بذلك
واما المطول فهو ان يقول شاهد الاصل اشهد ان لفلان على فلان كذا اشهدك على شهادتي كذا
منه وامرك ان تشهد على شهادتي هذه فاشهد واما الشرايط تحمل هذه الشهادة فما ذكرنا في
عموم الشهادات والذي يختص بها انواع منها الاشهاد حتى لا يصح التحمل بنفس السماع بدون
الاشهاد حتى لو قال اشهد ان لفلان على فلان كذا فسمعه انسان لكن لم يقل اشهد انت لم يصح التحمل
بخلاف ساير الشهادات انه يصح التحمل فيها بنفس معاينة الفعل وسماع الاقرار والانشا من غير اشهاد
ووجه الفرق ان الفروع يشهدون نيابة عن الاصول فلا بد من الانابة منهم وذلك بالاشهاد
بخلاف ساير الشهادات لان تحمل الشاهد في ساير الشهادات بطريق الاصالة بنفسه لا بغيره
فيصح التحمل فيها بنفس المعاينة ومنها الاشهاد على شهادته حتى لو قال اشهد بمثل ما شهدت لا يصح
التحمل ما لم يقل على شهادتي لان معنى التحمل والانابة لا تحصل الا بالاشهاد على شهادته ومنها عدد التحمل
وهو ان يتحمل من كل واحد من شاهدي الاصل اثنان حتى لو تحمل من احدهما واحد وتحمل من الاخر
واحد لا يصح التحمل لان الشهادة حق ثابت في ذمة الشاهد والحقوق الثابتة في الذمم لا يتقبلها
القاضي الا بشاهدين ولو تحمل اثنان من احدهما شهادة ثم تحملا من الاخر شهادة جاز التحمل لانه
اجتمع على التحمل من كل واحد منهما شاهدان فاما الذكورة في تحمل هذه الشهادة فليست بشرط
حتى يصح التحمل فيها من النسا واما صورة ادا هذه الشهادة فلها لفظان ايضا مختصر ومطول
اما المختصر فهو ان يقول اشهد فلان عندي ان لفلان على فلان كذا واشهدني على شهادته
بذلك واما المطول فهو ان يقول شهد عندي فلان ان لفلان على فلان كذا واشهد على شهادته
بذلك وامرني ان اشهد على شهادته بذلك وانا اشهد الان على شهادته بذلك ولو لم يقل امرني
ان اشهد على شهادته جاز لان معنى التحمل والانابة يتادى بقوله اشهدني على شهادته فكان قوله
امرني بذلك من باب التاكيد واما شرايط هذه الشهادة فما ذكر لساير الشهادات والذي
يختص هذه الشهادات ان يكون المشهود ميتا او غايبا مسيرة سفر او مريضا لا يستطيع ان
يحضر مجلس القضا لان جواز هذه الشهادة لمكان الحاجة والضرورة ولا تتحقق الضرورة الا
في هذه المواضع واما الذكورة فليست بشرط لادا هذه الشهادة فيقبل فيها شهادة النسا
مع الرجال لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان ممن ترضون من الشهدا فظاهر النص
يقتضي ان يكون للنسا مع الرجال شهادة على الاطلاق من غير فصل الا ما قيد بدليل ولان قضية
القياس ان لا تشترط الذكورة والاصالة في عموم الشهادات الا ان اشتراط الذكورة في
شهادة الاصول على الحدود والقصاص ثبت بنص خاص وهو حديث الزهري لتمكن شبهة
في شهادتهن ليست في شهادة الرجال واشتراط الاصالة في الشهادة لتمكن زيادة شبهة
في شهادة الفرع ليست في شهادة الاصل وهي الشبهة في الشهادتين على ما ذكرنا فشرط ذلك
احتيالا للدرء ما يندري بالشبهات والاموال والحقوق مما يثبت بالشبهة فبقيت على اصل
القياس واما بيان ما يلزم الشاهد بتحمل الشهادة فالذي يلزمه ادا الشهادة لله
تعالى فيما سوى اسباب الحدود لقوله تعالى واقيموا الشهادة لله وقوله تعالى كونوا قوامين
لله الا ان في الشهادة القايمة على حقوق العباد واسبابها لا بد من طلب المشهود له لوجود
الادا فاذا طلب وجب عليه الادا حتى لو امتنع بعد الطلب ياثم لقوله تعالى ولا ياب
الشهدا اذا ما دعوا اي دعوا الادا الشهادة ولان الشهادة امانة المشهود له
في ذمة الشاهد وقد قال الله تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات الى اهلها وما في

حقوق الله تعالي ففيما سوي اسباب الحدود من نحو طلاق المراة واعتاق الامة والظهار والايلا وغيرها من اسباب الحرمات يلزمه الاقامة حسبة لله تعالي عند الحاجة الي الاقامة عند طلب واحد من العباد واما في اسباب الحدود من الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف فهو مخير بين ان يشهد حسبة لله تعالي وبين ان يستر لان كل واحد منهما امر مندوب اليه قال الله تعالي واقيموا الشهادة لله وقال صلي الله عليه وسلم من ستر علي مسلم ستر الله عليه في الاخرة فقد ندبه الشرع الي كل واحد منهما ان شا اختار جهة الحسبة فاقامها لله تعالي وان شا اختار جهة الستر فستر علي اخيه المسلم والله الموفق

فصل

واما بيان حكم الشهادة فحكمها وجوب القضا علي القاضي لان الشهادة عند استجماع شرايطها مظهرة للحق والقاضي مامور بالقضا بالحق قال الله تعالي يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق والله اعلم

كتاب الرجوع عن الشهادات

الكلام في هذا الكتاب في الاصل في موضع واحد وهو بيان حكم الرجوع عن الشهادة فنقول وبالله التوفيق الرجوع عن الشهادة يتعلق به حكمان احدهما يرجع الي مال الشاهد والثاني يرجع الي نفسه اما الذي يرجع الي ماله فهو وجوب الضمان والكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان سبب وجوب الضمان وفي بيان شرايط الوجوب وفي بيان مقدار الواجب اما الاول فسبب وجوب الضمان في هذا الباب هو اتلاف المال او النفس بالشهادة لان الضمان في الشرع انما يجب اما بالالتزام واما بالاتلاف ولم يوجد الالتزام فتعين الاتلاف فيها سببا لوجوب الضمان فان وقعت اتلافا انعقدت سببا لوجوب الضمان والا فلا وعلي هذا يخرج ما اذا شهدا علي رجل وقضي القاضي بشهادتهما ثم رجعا انهما يضمنان الالف لانهما لما رجعا عن شهادتهما بعد القضا تبين ان شهادتهما وقعت تسبيبا الي الاتلاف في حق المشهود عليه والتسبيب الي الاتلاف بمنزلة المباشرة في حق تسبيب وجوب الضمان كالاكراه علي اتلاف المال وحفر البير علي قارعة الطريق وغير ذلك فان قيل لما رجعا عن شهادتهما تبين ان قضا القاضي لم يصح فتبين ان المدعي اخذ المدعا بغير حق فلم لا يرده الي المشهود عليه قيل له بالرجوع لم يتبين بطلان القضا لان الشاهد غير مصدق في الرجوع في حق القاضي والمشهود له لوجهين احدهما ان الرجوع يحتمل الصدق والكذب والقضا بالحق والمشهود له نفذ بدليل من حيث الظاهر وهو الشهادة الصادقة عند القاضي فلا ينقض الصادق الثابت ظاهرا بالشك والاحتمال فبقي القضا ماضيا علي الصحة والمدعا علي المدعي كما كان والثاني ان الشاهد في الرجوع عن شهادته متهم في حق المشهود له لجواز ان المشهود عليه غرهما بمال او غيره ليرجع عن شهادته فيظهر كذب المدعي في دعواه فلم يصدق في الرجوع فلم ينقض ولم يسترد المدعا في يده ومعني التهمة لا تتحقق في حق المشهود عليه فصح الرجوع في حقه الا انه لا يمكن اظهار الصحة في نقض القضا والتوصل الي عين المشهود به فيظهر في التوصل الي بدله رعاية للجوانب كلها ولو رجعا قبل القضا لا يضمنان لان الشهادة لا تصير حجة الا بالقضا فلا يقع تسبيبا الي الاتلاف بدونه وعلي هذا اذا شهدا علي رجل انه طلق امراته فقضي القاضي بشهادتهما ثم رجعا انه ان كان الطلاق بعد الدخول بان كان الزوج مقرا بالوصول لا ضمان عليهما لانعدام الاتلاف لان المهر يجب بنفس العقد ويتاكد بالدخول لا بشهادتهما اتلافا فلم يجب الضمان وان كان الطلاق قبل الدخول فقضي القاضي بنصف المهر ان كان المهر مسمي او بالمتعة فان لم يكن المهر مسمي ثم رجعا ضمنا ذلك للزوج لان شهادتهما وان لم توجب علي الزوج شيا من المهر لكنها اكدت الواجب لان الواجب قبل الدخول كان محتملا للسقوط بان جات الفرقة من قبلها وبشهادتهما بالطلاق تاكد الواجب عليه علي وجه لا يحتمل السقوط بعده اصلا فصارت شهادتهما موكدة للواجب

والموكد

والموكد للواجب بمنزلة الواجب في الشرع كالمحرم اذا اخذ صيدا فذبحه رجل في يده يجب علي الاخذ ويرجع الاخذ بذلك علي القاتل لوقوع القتل منه تاكيد الجزا الواجب علي المحرم اذ لولا ذبحه لاحتمل السقوط بالارسال فهو بالذبح اكد الواجب عليه فنزل الموكد منزلة الواجب كذا هذا وعلي هذا اذا شهدا علي رجل انه اعتق عبدا او امة وهو ينكر فقضي القاضي ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة لمولاه لانهما بشهادتهما اتلفا عليه مالية العبد او الامة فيضمنان ويكون ولاوه للمولي لان الاعتاق نفذ علي المولي والولا لمن اعتق فان قيل هذا اتلاف بعوض وهو الولا فلا يوجب الضمان قيل له الولا لا يصلح عوضا لانه ليس بمال وانما هو من اسباب الارث فكان هذا اتلافا بغير عوض فيوجب الضمان ولو شهدا علي اقرار المولي ان هذه الامة ولدت منه وهو ينكر فقضي القاضي بذلك ثم رجعا فهذا في الاصل لا يخلو من احد وجهين اما ان لم يكن معها ولد واما ان كان معها ولد وكل ذلك لا يخلو اما ان رجعا في حال حياة المولي واما ان رجعا بعد وفاته اما اذا لم يكن معها ولد فرجعا في حال حياة المولي يضمنان للمولي نقصان قيمتها فتقوم امة قنا وتقوم ام ولد لو جاز بيعها فيضمنان النقصان لانهما اتلفا عليه بشهادتهما هذا القدر حال حياته فيضمنان فاما اذا مات المولي عتقت الجارية لانها ام ولد وام الولد تعتق بموت سيدها ويضمنان بقية قيمتها للورثة لانهما اتلفا بشهادتهما كل الجارية لكن بعضها في حال الحياة والباقي بعد الوفاة فيضمنان كذلك وان كان معها ولد فرجعا في حال حياة المولي فانهما يضمنان قيمة الولد لانهما اتلفاه عليه الا تري انه لولا شهادتهما لكان الولد عبدا له فهما بشهادتهما اتلفاه عليه فعليه الضمان وعليهما ضمان نقصان قيمة الام ايضا لما قلنا فاذا مات المولي بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك في الميراث لا يضمنان له شيا ويرجعان علي الولد بما قبض الاب منهما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل وان ما اخذ الاب منهما اخذ بغير حق فصار مضمونا عليه فيودي من تركته ان كانت له تركة وان لم تكن له تركة فلا ضمان علي الولد لان من اقر علي مورثه بدين وليس للميت تركة لا يستوفي من مال الوارث وان كان معه اخ فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لانهما اتلفا عليه ذلك القدر ويرجعان علي الولد بما اخذ الاب منهما لما قلنا ولا يرجعان بما قبض الاخ لان الاخ ظلم عليهما في زعمهما فليس لهما ان يظلما عليه ولا يضمنان للاخ ما اخذ هذا من الميراث لانهما اتلفا عليه الميراث لما نذكر هذا اذا كان الرجوع في حال حياة المولي فاما اذا كان بعد وفاته فان لم يكن مع الولد شريك في الميراث فلا ضمان عليهما لان الولد يكذبهما في الرجوع وان كان معه شريك في الميراث فانهما يضمنان للاخ نصف البقية من قيمتها لما قلنا ويضمنان للاخ نصف قيمة الولد لانهما اتلفا عليه نصف الولد ولا يضمنان له ما اخذ هذا الولد والميراث لما قلنا ولا يرجعان علي الولد ها هنا لان هذا ظلم الاخ في زعمهما فليس لهما ان يظلما الولد هذا اذا كانت الشهادة بعد وفاته فان مات رجل وترك ابنا وعبدا او امة وتركه فتشهد شاهدان ان هذا العبد ولد نه من الامة من الميت وصدقهما الولد والامة وانكر الابن ذلك فقضي القاضي بذلك وجعل الميراث لهما ثم رجعا يضمنان قيمة العبد والامة ونصف الميراث للابن فرق بين حال الحياة وبين حال الممات فان هناك لا يضمنان الميراث ووجه الفرق ان الشهادة بالنسب حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لا محالة فانه يجوز فيه التقدم والتاخر في الجايز ان يموت الاب اولا ويرثه الابن كما يجوز ان يموت الابن اولا ويرثه الاب فلم تكن الشهادة بالنسب شهادة بالمال والميراث لا محالة فلا تتحقق الشهادة

اتلافا المال فلا يضمنان بخلاف الشهادة بعد الموت فانها شهادة بالمال لا محالة فقد اتلفا عليه نصف
الميراث فيضمنان والله اعلم ولو شهدا انه دبر عبده فقضي القاضي بذلك ثم رجعا يضمنان للمولي نقصان
التدبير فيقوم قنا ويقوم مدبرا فيضمنان النقصان لانهما اتلفا عليه حال حياته بشهادتهما هذا
القدر فيضمنانه فاذا مات المولي بعد ذلك عتق العبد كله ان كان يخرج من الثلث ولا سعاية عليه
لانه مدبر ويضمنان للورثة بقية قيمته عبدا لانهما اتلفا بشهادتهما بقية ماليته بعد موته لان
التدبير اعتاق بعد الموت ولو لم يكن له مال سوي المدبر عتق عليه مجانا لان التدبير وصية فيعتبر
بساير الوصايا ويسعي في ثلثي قيمته عبدا قنا للورثة لان الوصية فيما زاد علي الثلث لا تنفذ من غير
اجازة الورثة ويضمنان الشاهدان ثلث قيمته لانهما اتلفا عليه بشهادتهما ثلث العبد هذا اذا
كانت السعاية تخرج من ثلث العبد فان كانت لا تخرج بان كان معسرا فانهما يضمنان جميع قيمته
مدبرا ثم يرجعان علي العبد بثلثي قيمته اذا ايسر والله اعلم ولو شهدا انه قال لعبده ان دخلت الدار
فانت حر وشهد اخران بالدخول ثم رجعوا فالضمان علي شهود اليمين لان العتق ثبت بقوله انت حر
وانما دخول الدار شرط والحكم يضاف الي العلة لا الي الشرط فكان التلف حاصلا بشهادتهما فكان
الضمان عليهما وكذلك اذا انه قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وشهد اخران بالدخول ثم
رجعوا لما قلنا وكذا لو شهدوا علي رجل بالزنا وشهد اخران بالاحصان ثم رجعوا فالضمان علي شهود الزنا
لا علي شهود الاحصان لان الاحصان شرط ولو شهدا انه قتل فلانا خطا وقضي القاضي ثم رجعا ضمنا
الدية لانهما اتلاها اتلفاها عليه وتكون في مالهما لان الشهادة في ملكهما منهما بمنزلة الاقرار
منهما بالاتلاف والعاقلة لا تعقل الاقرار ولهذا لو رجعا في حال المرض اعتبر اقرارا بالدين حتي يقدم
عليه دين الصحة كما في ساير الاقارير وكذا لو شهدوا انه قطع يد رجل فلان خطا ثم رجعا ضمنا
قيمة اليد لما قلنا وكذا لو شهدا عليه بالسرقة فقطعت يده ثم رجعا وقد روي ان شاهدين شهدا
عند علي رضي الله عنه علي رجل بالسرقة فقضي عليه بالقطع فقطعت يده ثم جا الشاهدان باخر
فقالا اوهمنا انما السارق هذا يا امير المومنين فقال علي رضي الله عنه لا اصدقكما علي هذا
واغرمكما دية الاول ولو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم
ينكر عليه فكان اجماعا ولو شهدا انه قتل فلانا عمدا فقضي القاضي وقتل ثم رجعا فعليهما الدية عندنا
وعند الشافعي عليهما القصاص وعلي هذا الخلاف لو شهدا انه قطع يد فلان وجه قول الشافعي ان
شهادتهما وقعت قتلا تسبيبا لانها تفضي الي وجوب القضا وانه يفضي الي القتل فكانت شهادتهما
تسبيبا الي القتل والتسبيب في باب القصاص في معني المباشرة كالاكراه علي القتل ولنا انا لا نسلم ان
الشهادة وقعت تسبيبا الي القتل لكن وجوب القصاص متعلق بالقتل مباشرة لا تسبيبا لان ضمان العدوان
الوارد علي حق العبد مقيد بالمثل شرعا ولا مماثلة بين القتل مباشرة وبين القتل تسبيبا بخلاف الاكراه
علي القتل لان القاتل هو المكره مباشرة لكن بيد المكره وهو كالالة له والفعل المستعمل الالة لا للالة
علي ما عرف علي ان ذلك ان كان قتلا تسبيبا فهو مخصوص عن نصوص المماثلة فمن ادعي تخصيص الفرع
يحتاج الي دليل وعلي هذا يخرج ما اذا شهدا علي ولي القتيل انه عفي عن القاتل وقضي القاضي ثم
رجعا انه لا ضمان عليهما في ظاهر الرواية لانه لم يوجد منهما اتلاف المال ولا النفس لان شهادتهما
قامت علي العفو عن القصاص والقصاص ليس بمال الا تري انه لو اكره رجلا علي العفو عن القصاص
فعفا لا يضمن المكره ولو كان القصاص مما لا يضمن لان المكره يضمن بالاكراه علي الاتلاف المال وكذا
من وجب له القصاص وهو مريض فعفا ثم مات من مرضه ذلك لا يعتبر من الثلث ولو كان مالا
اعتبر من الثلث كما اذا تبرع في مرضه وروي عن ابي يوسف انهما يضمنان الدية لولي القتيل لانهما
شهادتهما وقعت اتلافا للنفس لان نفس القاتل تصير مملوكة لولي القتيل في حق القصاص فقد اتلفا بشهادتهما

مماثلة صح

علي الولي

علي الولي تساوي الف دينار او عشرة الاف درهم فيضمنان وهذا غير سديد لانا لا نسلم ان نفس القاتل
تصير مملوكة لولي القتيل بل الثابت له ملك الفعل لا ملك المحل لان في المحل ما ينافي الملك علي ما عرف في مسايل
القصاص فلم تقع شهادتهما اتلاف النفس ولا اتلاف المال فلا يضمنان ولو شهدا ان هذا الغلام ابن هذا
الرجل والاب يجحده فقضي القاضي بشهادتهما ثم رجعا لا يبطل النسب ولا ضمان علي الشاهدين لانعدام اتلاف
المال منهما والله اعلم واما شرايط الوجوب فانواع منها ان يكون الرجوع بعد القضا فان كان قبله لا يجب
القضا لما ذكرنا ان الركن في وجوب الضمان بالشهادة وقوع الشهادة اتلافا ولا يصير اتلافا الا اذا
صارت حجة ولا تصير حجة الا بالقضا ولا تصير اتلافا الا به ومنها مجلس القضا فلا عبرة بالرجوع
عند غير القاضي كما لا عبرة بالشهادة عند غيره حتي لو اقام المدعا عليه البينة علي رجوعهما لا تقبل
بينته وكذا لا يمين عليهما اذا انكرا الرجوع الا اذا احكيا عند القاضي رجوعهما عند غيره فيعتبر
رجوعهما عند القاضي فكان معتبرا والله اعلم ومنها ان يكون المتلف بالشهادة عين مال حتي لو كان
منفعة لا يجب الضمان لان الاصل ان المنافع غير مضمونة بالاتلاف عندنا وعلي هذا يخرج ما اذا شهدا
انه تزوج هذه المراة بالف درهم ومهر مثلها الفان وهو ينكر فقضي القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا
انهما لا يضمنان للمراة شيا لانهما اتلفا عليه منفعة البضع والمنفعة ليست بعين مال حقيقة وانما
يعطي لها حكم المال لعارض عقد الاجارة وكذلك لو ادعت امراة علي رجل انه طلقها علي الف والزوج ينكر
فشهد شاهدان فقضي القاضي ثم رجعا لم يضمنا للزوج شيا لانهما اتلفا علي الزوج بشهادتهما المنفعة
لا عين المال وعلي هذا اذا ادعي رجل انه استاجر هذه الدار من فلان بعشرة دراهم واجر مثلها ماية درهم
والموجر منكر فشهد شاهدان فقضي القاضي ثم رجعا لا يضمنان للموجر شيا لانهما بشهادتهما اتلفا المنفعة
لا عين المال ومنها ان يكون اتلاف المال بغير عوض فان كان بعوض لا يجب الضمان سوا كان العوض عين
مال او منفعة لها حكم العين المال لان الاتلاف بعوض يكون اتلافا صورة لا معني وعلي هذا يخرج ما ادعي
رجل علي رجل انه باع عبده بالف درهم والمشتري ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضي القاضي ثم رجعا
انه ينظر ان كانت قيمة العبد الفا او اكثر لا ضمان عليهما للمشتري لان شهادتهما وقعت اتلافا بعوض فلا
يكون اتلافا معني فلا يوجب الضمان وان كانت قيمته اقل من الف يضمنان الزيادة له لوقوع الشهادة اتلافا
بقدر الزيادة ولو كانت الدعوي من المشتري والمسلة بحالها ان كانت قيمته مثل الثمن المذكور واقل لا
ضمان علي الشاهدين للبايع لما قلنا وان كانت قيمته اكثر من الف يضمنان الزيادة للبايع لان شهادتهما
وقعت اتلافا بقدر الزيادة وعلي هذا يخرج ما اذا ادعت امراة علي رجل انه تزوجها علي الف درهم والرجل
ينكر فشهد لها شاهدان بذلك وقضي القاضي بالنكاح بالف ثم رجعا انه ينظر ان كان مهر مثلها الفا او
اكثر من ذلك لم يضمنا للزوج شيا وان اتلفا عليه عين المال لانهما اتلفا بعوض له حكم عين المال وهو البضع
لانه يعتبر مالا حال دخوله في ملك الزوج لما ملك لان الاب لا يملك علي ابنه معاوضة مال بما ليس
بمال وكذلك المريض اذا تزوج امراة علي الف درهم وذلك مهر مثلها لا يعتبر من الثلث بل من جميع المال
ولو لم يكن البضع في حكم المال حال الدخول في ملك للزوج لاعتبر من الثلث لا التبرع دل ان البضع
يعتبر مالا في حق الزوج حال دخوله في ملكه فكان الاتلاف بعوض هو في حكم عين المال فلا يكون
اتلافا معني وان كان مهر مثلها اقل من الف يضمنان الزيادة علي مهر المثل للزوج لانهما اتلفا الزيادة
عليه من غير عوض اصلا وهذا بخلاف ما اذا ادعي رجل علي امراة انه طلقها بالف درهم والمراة تنكر
فشهد شاهدان بذلك وقضي عليها بالف درهم ثم رجعا انهما يضمنان للمراة الف درهم لانهما اتلفا
عليها عين المال بغير عوض اصلا لان البضع حال خروجه عن ملك الزوج لا يعتبر مالا بدليل ان الاب
لا يملك ان يخلع ابنته الصغيرة علي مال ولو فعل وادي من مالها يضمن ولو كان مالا لملك لانه
يملك عليها معاوضة مال بمال وكذلك المريضة اذا اختلعت من نفسها حال مرضها علي مال

يعتبر من الثلث كالوصية ولو كان له حكم المال لاعتبر من جميع المال كما في ساير معاوضات المال بالمال
واذا لم يكن له حكم المال حالة الخروج عن ملك الزوج حصلت شهادتهما اتلاف المال عليها من غير عوض
اصلا فيجب الضمان وعلى هذا يخرج ما اذا ادعى رجل انه اجر داره من فلان شهرا بعشرة دراهم والمستاجر
ينكر فشهد شاهدان بذلك وقضى القاضي ثم رجعا انه ان كان في اول المدة ينظر ان كانت مثل الدار
مثل المسمى لاضمان عليهما للمستاجر وان اتلفا عليه عين مال لكن بعوض له حكم عين المال وهو المنفعة
لان المنفعة في باب الاجارة لها حكم عين المال وان كانت اجرة مثلها اقل من المسمى فانهما يضمنان الزيادة
لان التلف بقدر الزيادة حصل بغير عوض اصلا وان كانت الدعوة بعد مضي مدة الاجارة فعليهما
ضمان الاجر لانهما عليه من غير عوض اصلا فكان مضمونا عليهما وعلى هذا يخرج ما اذا شهد شاهدان
على القاتل انه صالح ولي القتيل على مال والقاتل ينكر فقضى القاضي بذلك ثم رجعا انهما لا يضمنان
شيا للقاتل لانهما اتلفا عليه عين مال بعوض وهو النفس لان النفس تصلح ان تكون عوضا بدليل
ان المريض اذا وجب عليه القصاص فصالح الولي على الدية جاز ولا يعتبر من الثلث بل من جميع المال
ولو لم تصلح النفس عوضا لاعتبر من الثلث دل ان هذا اتلاف بعوض فلا يوجب الضمان الا اذا
شهد على الصلح باكثر من الدية فيضمنان الزيادة على الدية للقاتل لان تلف الزيادة حصل بغير عوض
والله اعلم ويمكن تخريج هذه المسايل على فصل السبب لان ما قابله عوض لا يكون اتلافا معنى فلم يوجد
سبب وجوب الضمان فلا يجب فافهم ويستوي في وجوب الضمان الرجوع عن الشهادة والرجوع
عن الشهادة على الشهادة حتى لو رجع الفروع وثبت الاصول يجب الضمان على الفروع وثبت
الاصول يجب الضمان على الفروع لوجود الاتلاف منهم وهل يجب الضمان على الاصول الاتلاف منهم
لوجود الشهادة منهم حقيقة ولو رجع الاصول وثبت الفروع فلا ضمان على الفروع لانعدام الرجوع
منهم وهل يجب الضمان على الاصول قال ابو حنيفة وابو يوسف لا يجب وقال محمد يجب وجه
قوله ان الفروع لا يشهدون بشهادة انفسهم وانما ينقلون شهادة الاصول فاذا شهدوا فقد
اظهروا شهادتهم فكانوا حضروا بانفسهم وشهدوا ثم رجعوا وجه قولهما ان الشهادة وجدت
من الفروع لا من الاصول لانهم لم يشهدوا حقيقة وانما شهد الفروع وهم ثابتون على شهادتهم
فلم يوجد الاتلاف من الاصول لعدم الشهادة منهم حقيقة فلا يضمنون وعلى هذا اذا رجعوا
جميعا فالضمان على الفروع عندهما ولا شي على الاصول لوجود الشهادة من الفروع حقيقة
لا من الاصول وعند محمد المشهود عليه بالخيار ان شا ضمن الاصول وان شا ضمن الفروع لوجود
الشهادة من الفريقين ولو لم يرجع احد من الفريقين ولكن الاصول انكروا الاشهاد فلا
ضمان على احد لانعدام الرجوع عن الشهادة من احد والله اعلم ويستوي في وجوب الضمان
رجوع الشهود والمزكون عند ابي حنيفة حتى ان المزكين لو زكوا الشهود فشهدوا وقضى
القاضي بشهادتهم ثم رجع المزكون ضمنوا واما بيان مقدار الواجب من الضمان فقدر الواجب
منه على قدر الاتلاف لان سبب الوجوب هو الاتلاف والحكم يتقدر بقدر العلة والعبرة
فيه لبقا من بقي من الشهود لا لرجوع من رجع منهم فان بقي منهم بعد الرجوع من يحفظ الحق
كله فلا ضمان على احد لانعدام الاتلاف اصلا من احد وان بقي منهم من يحفظ بعض الحق وجب
على الراجعين قدر المتلف بالحصص وبيان هذه الجملة اذا شهد رجلان بمال ثم رجع احدهما
عليه نصف المال لان النصف محفوظ بشهادة الثابت ولو كان الشهود اربعة فرجع واحد
واحد منهم لا ضمان عليه وكذا اذا رجع اثنان لان الاثنين يحفظان المال ولو رجع
ثلاثة فعليهم نصف المال لان النصف بقي بثبات المراتين ولو رجعت المراتان غرمتا
نصف المال بينهما نصفين لبقا النصف بثبات الرجل ولو رجع رجل وامراة فعليهما ثلاثة

ارباع المال نصفه على الرجل وربعه على المراة لان الباقي ببقا امراة واحدة الربع فكان التالف بشهادة الرجل
وامراة ثلثة ارباع المال والرجل ضعف المراة فكان عليه النصف وعليها الربع ولو رجعوا جميعا فنصف
المال على الرجل والنصف على المراتين بينهما نصفين ولو شهد رجلان وامراة ثم رجعوا فالضمان
على الرجلين ولا شي على المراة لان المراة الوحيدة في الشهادة وجودها وعدمها بمنزلة واحدة لان القاضي لا
يقضي بشهادتها ولو شهد رجلان وامراتان ثم رجعت المراة لاضمان عليهما لان الحق بقي محفوظا بالرجلين
ولو رجع الرجلان فضمان نصف المال لان المراتين تحفظان النصف ولو رجع رجل واحد لا شي عليه لان
رجلا وامراتين يحفظون كل المال ولو رجع رجل وامراة فعليهما ربع المال بينهما اثلاثا ثلثاه على الرجل
وثلثه على المراة لانه بقي الثلثة ارباع ببقا رجل وامراة فكان التالف بشهادة رجل وامراة الربع والرجل
ضعف المراة فكانت بينهما اثلاثا ولو رجعوا جميعا فالضمان بينهم اثلاثا ثلثاه على الرجلين وثلثه على المراتين
لما ذكرنا ان الرجل ضعف المراة فكان التالف بشهادته ضعف ما اتلف بشهادتها ولو شهد رجل وعشر
نسوة ثم رجعوا جميعا فالضمان بينهم اسداس سدسه على الرجل وخمسة اسداسه على النسوة وهذا
قول ابي حنيفة واما عند ابي يوسف ومحمد فالضمان بينهم نصفان نصفه على الرجل ونصفه على النسوة
وجه قولهما ان النسا وان كثرن من شطر الشهادة لا غير فكان التالف بشهادتهن نصف المال
والنصف بشهادة الرجل فكان الضمان بينهم انصافا ولابي حنيفة رحمه الله ان كل امراتين بمنزلة
رجل واحد في الشهادة فكان قسمة الضمان بينهم اسداسا ولو رجع الرجل وحده يضمن نصف المال
لان النصف محفوظ بشهادة النسا وكذا لو رجعت النسوة غرمن نصف المال لان النصف محفوظ
بشهادة الرجل وهذان الفصلان يريدان قولهما في الظاهر ولو رجع ثمان نسوة فلا ضمان عليهن لان
الحق بقي محفوظا برجل وامراتين ولو رجعت بعد ذلك امراة فعليها وعلى الثمان ربع المال لانه بقي
ببقا رجل وامراة ثلثة ارباع المال فكان التالف بشهادتهن الربع ولو رجع رجل وامراة فعليهما نصف
المال اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المراة لان تسع نسوة تحفظن نصف المال فكان التالف
بشهادة رجل وامراة ضعف المراة فكان بينهما اثلاثا ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع الرجل
وامراة على الرجل نصف المال ولا شي على المراة في قياس قول ابي حنيفة ابي يوسف ومحمد وفي قياس
ابي حنيفة نصف المال يكون عليهما اثلاثا ثلثاه على الرجل وثلثه على المراة ولو رجعوا جميعا فالضمان
بينهم اخماس عند ابي حنيفة خمساه على الرجل وثلثة اخماسه على النسوة لما ذكرنا ان لهن شطر الشهادة
وان كثرن فكان التالف بشهادة كل نوع نصف المال والله اعلم هذا يخرج ما اذا شاهدان انه
طلق امراته ثلثا والزوج وشهد شاهدان بالرجوع فقضى القاضي بشهادتهم ثم رجعوا فالضمان
عليهم ارباع على شاهدي الدخول ثلثة ارباع المهر وعلى شاهدي الطلاق لان شاهدي الدخول
شهدا بالنصف لان نصف يتاكد بالطلاق على ما ذكرنا والموكد للواجب في معنى الموجب فشاهد
الدخول انفردا بالنصف والنصف الاخر اشترك فيه الشهود كلهم فكان نصف النصف وهو
الربع على شاهدي الطلاق وشاهدي وثلاثة الارباع على شاهدي الدخول والله اعلم واما الذي
يرجع الى نفسه فنوعان احدهما وجوب الحد لكن في شهادة مخصوصة وهي الشهادة القايمة على
الزنا وجملة الكلام فيه ان الرجوع عن الشهادة بالزنا اما ان يكون من جميع الشهود واما ان يكون
من بعضهم دون بعض فان رجعوا جميعا يحدون حد القذف سوا رجعوا بعد القضا او قبل
القضا اما قبل القضا فلان كلامهم قبل القضا انعقد قذفا لا شهادة الا انهم لا يقام الحد عليهم
للحال لاحتمال ان تصير شهادة بقرينة القضا فاذا رجعوا فقد زال الاحتمال فبقي قذفا فيوجب
الحد بالنص واما بعد القضا فلان كلامهم وان كان شهادة بالنصال فقد انقلب قذفا بالرجوع
فصاروا بالرجوع قذفة فيحدون ولو رجعوا بعد القضا والامضا فلا خلاف في انهم يحدون

على النسوة لان الرجل ضعف
المراة وعند ابي يوسف ومحمد
نصف الضمان على الرجل ونصفه
على النسوة صح

بالدخول صح

قبل الامضا صح

اذا كان الحد جلدا وان كان رجما فكذلك عند اصحابنا الثلثة وقال زفر لاحد عليهم وجه قوله انهم لما رجعوا بعد الاستيفا تبين ان كلامهم وقع قذفا من حين وجوده فصار كما لو قذفوا صريحا ثم مات المقذوف وحد القذف لا يورث بلا خلاف بين اصحابنا فسقط ولنا ان بالرجوع لا يظهر ان كلامهم كان قذفا من حين وجوده وانما يصير قذفا وقت الرجوع والمقذوف وقت الرجوع ميت فصار قاذفا بعد الموت فيجب الحد هذا حكم الحد واما حكم الضمان فاما قبل القضا وبعده قبل الامضا لا ضمان اصلا لعدم الاتلاف اصلا واما بعد الامضا فان كان الحد رجما ضمنوا الدية بلا خلاف لوقوع شهادتهم اتلافا او اقرارا بالاتلاف وان كان الحد جلدا فليس عليهم ارش الجلدات ان لم يمت منها ولا الدية ان مات منها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يضمن وجه قولهما ان شهادتهما وقعت اتلافا بطريق التسبيب لانها تفضي الى القضا والقضا يفضي الى اقامة الجلدات وانها تفضي الى التلف فكان التلف بهذه الوسايط مضافا الى الشهادة فكانت اتلافا تسبيبا ولهذا اذا شهدوا بالقصاص او بالمال ثم رجعوا وجب عليهم الدية والضمان كذا هذا ولابي حنيفة ان الاثر حصل مضافا الى الشهادة فكانت اتلافا تسبيبا ولهذا اذا شهدوا بالقصاص او بالمال ثم رجعوا وجب عليهم الدية والضمان كذا هذا ولابي حنيفة ان الاثر حصل مضافا الى الضرب لا الى الشهادة لوجهين احدهما ان الشهود لم يشهدوا على ضرب جارح لان الضرب الجارح غير مستحق في الجلد فلا يكون الجرح مضافا الى شهادتهم والثاني ان الضرب مباشرة الاتلاف والشهادة تسبيب اليه واضافة الاثر الى المباشرة اولى من اضافته الى التسبيب الا انه لا ضمان على بيت المال لان هذا ليس خطا من القاضي ليكون خطاؤه في بيت المال لنوع تقصير منه ولا تقصير من جهته هنا فلا شي على بيت المال هذا اذا رجعوا جميعا فاما اذا رجع واحد منهم فان كان قبل القضا يحدون جميعا عند اصحابنا الثلثة وعند زفر يحد الراجع خاصة وجه قوله ان كلامهم وقع شهادة لا قذفا لكمال نصاب الشهادة وهو عدد الاربع وانما ينقلب قذفا بالرجوع ولم يوجد الا من احدهم فينقلب كلامه قذفا خاصة بخلاف ما اذا شهد ثلاثة بالزنا انهم يحدون لان هناك نصاب الشهادة لم يكمل فوقع كلامهم من الابتدا قذفا ولنا ان كلامهم لا يصير شهادة الا بقرينة القضا الا ترى انها لا تصير حجة الا بها فقبلها يكون قذفا لا شهادة فكان ينبغي ان يقام عليه الحد بالنص لوجود الزنا الا انه لا يقام لاحتمال ان يصير شهادة بقرينة القضا ولئلا يودي الى سد باب الشهادة فاذا رجع احدهم زال هذا المعنى فبقي كلامهم قذفا فيحدون وصار كما لو كان الشهود من الابتدا ثلثة فانهم يحدون لوقوع كلامهم قذفا كذا هذا وان كان بعد القضا قبل الامضا فانهم يحدون جميعا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يحد الراجع خاصة وجه قوله ان كلامهم وقع شهادة لاتصال القضا به فلا ينقلب قذفا الا بالرجوع ولم يرجع الا واحد فينقلب كلامه خاصة قذفا فلم يصح رجوعه في حق الباقين فبقي كلامهم شهادة فلا يحدون ولهما ان الامضا في باب الحدود من القضا بدليل ان عمى الشهود او ردتهم قبل القضا كما يمنع من القضا فبعده يمنع من الامضا فكان قبل الامضا بمنزلة رجوعه قبل القضا ولو رجع قبل القضا يحدون جميعا بلا خلاف بين اصحابنا الثلثة كذا اذا رجعوا رجع بعد القضا قبل الامضا وان كان بعد الامضا فان كان الحد جلدا يحد الراجع خاصة بالاجماع لان رجوعه صح في حقه خاصة لا في حق الباقين فانقلبت شهادته خاصة قذفا فيحد خاصة وان كان الحد رجما ومات المرجوم يحد الراجع عند اصحابنا الثلثة وقال زفر لا يحد والمسلة قد مرت هذا حكم الحد واما حكم الضمان فلا ضمان اذا كان رجوعه قبل القضا او بعده قبل الامضا فان كان الحد جلدا فلا شي على الراجع من ارش السياط ولا من الدية ان مات عند ابي حنيفة وعندهما يجب وان كان رجما غرم الراجع ربع الدية لان الثلثة يحفظون ثلثة

ارباع الدية

ارباع الدية فكان التالف بشهادته الربع هذا اذا كان شهود الزنا اربعة اما اذا كانوا خمسة فرجع واحد منهم فان القاضي يقيم الحد على المشهود عليه وان امضي الحد ثم رجع اثنان ضمنا ربع الدية ان مات المرجوم لان الثلثة قاموا بثلثة ارباع الحق فكان التالف بشهادتهما الربع فيضمنان وان لم يمت فليس عليهما ارش الضرب عند ابي حنيفة وعندهما يجب وقد مرت المسلة والله اعلم والثاني وجوب التعزير في عمومات الشهادات سوى الشهادة على الزنا ان تعمد شهادة الزور وظهر عند القاضي باقراره لان قول الزور وخيانة ليس فيها فيما سوى القذف حد مقدر فيوجب التعزير وهذا بلا خلاف بين اصحابنا وانما اختلفوا في كيفية التعزير قال ابو حنيفة رحمه الله تعزيره تشهيره فينادى عليه في سوقه او مسجده ويحذر الناس منه فيقال هذا شاهد الزور فاحذروه وقال ابو يوسف ومحمد يضم اليه ضرب اسواط هذا اذا تاب فاما اذا لم يتب واصر على ذلك فان قال اني شهدت بالزور وانا على ذلك قايم يعزر بالاجماع احتجا بما روي ان عمر رضي الله عنه ضرب شاهد الزور وسخم وجهه ولان قول الزور من اكبر الكباير وليس فيه فيما سوى القذف بالزنا حد مقدر فيحتاج الى ابلغ زاجر ولابي حنيفة ما روي ان شريحا رحمه الله كان يشهد شاهد الزور ولا يعزر وكان لا يخفى قضاياه على اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضي عنهم ولم ينقل انه انكر عليه منكر ولان الكلام فيمن اقر انه شهد بزور وندم على ما فعل لا مصرا عليه والندم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم توبة والتايب لا يستوجب الضرب حتى لو كان مصرا على ذلك يضرب وفعل عمر رضي الله عنه محمول عليه توفيقا بين الدلايل والله اعلم بالصواب واليه المرجع والماب

كتاب ادب القاضي

الكلام في هذا الكتاب في مواضع ، في بيان فرضية نصب القاضي ، وفي بيان من يصلح للقضا ، وفي بيان من يفترض عليه قبول تقليد القضا ، وفي جواز شرايط القضا ، وفي بيان اداب القضا ، وفي بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها اذا رفع الى قاض اخر ، وفي بيان ما يحله القضا وما لا يحله ، وفي بيان حكم خطا القاضي في القضا ، وفي بيان ما يخرج به القاضي عن القضا ، اما الاول فنصب القاضي فرض لانه ينصب لاقامة امر مفروض قال الله تعالى يا داود انا جعلناك خليفة في الارض فاحكم بين الناس بالحق وقال تعالى لنبينا صلى الله عليه وسلم فاحكم بينهم بما انزل الله والقضا هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما انزل الله فكان فرضا فكان نصب القاضي لاقامة الفرض فكان فرضا ضرورة ولان نصب الامام فرض بلا خلاف بين اهل الحق ولا عبرة بخلاف اهل القدرية لاجماع الصحابة عنهم على ذلك ولحاجة الناس اليه لتنفيذ الاحكام وانصاف المظلوم من الظالم وقطع المنازعات التي هي مادة الفساد وغير ذلك من المصالح التي لا تقوم الا بالامام على ما عرف في اصول الكلام ومعلوم انه لا يمكنه القيام بما نصب له بنفسه فيحتاج الى نايب يقوم مقامه في ذلك وهو القاضي ولهذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث الى الافاق قضاة فبعث معاذا رضي الله عنه الى اليمن وبعث عتاب بن اسيد الى مكة فكان نصب القاضي من ضرورات نصب الامام فكان فرضا وقد سماه محمد رحمه الله فريضة محكمة لانه لا يحتمل النسخ لكونه من الاحكام التي عرف وجوبها بالعقل والحكم العقلي لا يحتمل الانتساخ والله الموفق

فصل

واما بيان من يصلح للقضا فالصلاحية للقضا لها شرايط منها العقل ومنها البلوغ ومنها الاسلام ومنها الحرية ومنها البصر ومنها النطق ومنها السلامة عن حد القذف فلا يجوز تقليد الصبي والمجنون والكافر والعبد والاعمى والاخرس والمحدود في القذف لان القضا من باب الولاية بل هو من اعظم الولايات وهولاء ليست لهم اهلية ادنى الولايات وهي الشهادة فلان لا يكون لهم اهلية اعلاها اولى واما الذكورة فليست بشرط لجواز التقليد في الجملة لان المراة من اهل الشهادة في الجملة الا انها لا تقضي بالحدود والقصاص لانه لا شهادة لها في ذلك واهلية القضا تدور مع اهلية

بعث النبي صلى الله عليه وسلم الى الافاق قضاة

الذكورة ليست بشرط في القضا

اهلية القضاء تدور مع اهلية الشهادة

العلم بالحلال والحرام وسائر الاحكام

الشهادة واما العلم بالحلال والحرام وساير الاحكام فهل هو شرط جواز التقليد عند نا ليس بشرط الجواز بل هو شرط الندب والاستحباب وعند اصحاب الحديث كونه عالما بالحلال والحرام وساير الاحكام مع بلوغه درجة الاجتهاد وفي ذلك شرط جواز التقليد كما قالوا في الامام الاعظم وهذا عند نا ليس بشرط الجواز في الامام الاعظم لانه يمكنه ان يقضي بعلم غيره بالرجوع الي فتوي العلما فكذا في القاضي لكن مع هذا ينبغي ان يقلد الجاهل بالاحكام لان الجاهل بنفسه ما يفسد اكثر مما يصلح بل يقضي بالباطل من حيث لا يشعر به وقد روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال القضاة ثلثة قاض في الجنة وقاضيان في النار رجل علم علما فقضي بما علم فهو في الجنة ورجل علم علما فقضي بغير ما علم فهو في النار ورجل جهل بيّن فقضي بالجهل الا انه لو قلد جاز عند نا لانه يقدر علي القضا بالحق بعلم غيره باستفتا من الفقها فكان تقليده جايزا في نفسه فاسدا لمعني في غيره والفاسد لمعني في غيره يصلح للحكم عند نا مثل الجايز حتي ينفذ قضاياه التي لم يجاوز فيها حد الشرع وهو كالبيع الفاسد انه مثل الجايز عند نا في حق الحكم كذا هذا وكذلك العدالة عند نا ليست بشرط لجواز التقليد لكنه شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفذ قضاياه اذا لم يجاوز فيها حد الشرع وعند الشافعي شرط الجواز فلا يصلح الفاسق قاضيا عنده بنا علي ان الفاسق ليس من اهل الشهادة عنده فلا يكون من اهل القضا وعند نا هو من اهل الشهادة فيكون من اهل القضا لكن ينبغي ان لا يقلد الفاسق لان القضا امانة عظيمة وهي امانة الاموال والابضاع والنفوس فلا يقوم بوفايها الا من كمل ورعه وتم تقواه الا انه مع هذا لو قلد جاز التقليد نفسه وصار قاضيا لان الفساد لمعني في غيره فلا يمنع جواز التقليد في نفسه علي ما ذكرنا واما ترك الطلب فليس بشرط لجواز التقليد بالاجماع فيجوز تقليد الطالب بلا خلاف لانه يقدر علي القضا بالحق لكن لا ينبغي ان يقلد لان الطالب يكون متهما وروي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال انا لا نولي امرنا هذا من كان طالبا وروي عنه صلي الله عليه وسلم انه قال من سال القضا وكل الي نفسه ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده وهذا اشارة الي ان الطالب لا يوفق لاصابة الحق والمجبر يوفق واما شرايط الفضيلة والكمال فهو ان يكون القاضي عالما بالحلال والحرام وساير الاحكام قد بلغ في علمه ذلك حد الاجتهاد وعالما بمعاشرة الناس ومعاملتهم عدلا ورعا عفيفا عن التهمة صاين النفس عن الطمع لان القضا هو الحكم بين الناس بالحق فاذا كان المقلد بهذه الصفات فالظاهر انه لا يقضي الا بالحق والله اعلم ثم ما ذكرنا انه شرط جواز التقليد فهو شرط جواز التحكيم لان التحكيم مشروع قال الله تعالي فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها فكان الحكم من الحكمين بمنزلة حكم القاضي المقلد الا انهما يفترقان في اشيا مخصوصة منها ان التحكيم في الحدود والقصاص لا يصح ومنها انه ليس بلازم حتي يتصل به الحكم حتي لو رجع احد المتحاكمين قبل الحكم يصح رجوعه واذا حكم صار لازما ومنها انه اذا حكم في فصل مجتهد فيه ثم رفع حكمه الي القاضي ورايه يخالف راي الحاكم المحكم ان يفسخ حكمه والفرق بين هذه الجملة يعرف في كتاب ادب القاضي ان شا الله تعالي

فصل

واما بيان من يفترض عليه قبول تقليد فنقول وبالله التوفيق اذا عرض القضا علي من يصلح له من اهل البلد ينظر ان كان في البلد عدد يصلحون للقضا لا يفترض عليه القبول بل هو في سعة من القبول والترك

جواز قبول القضاء

اما جواز القبول فلان الانبيا والرسل عليهم السلام قضوا بين الامم بانفسهم وقلدوا غيرهم وامروا بذلك فقد بعث رسول الله صلي الله عليه وسلم معاذا الي اليمن قاضيا وبعث عتاب بن اسيد الي مكة قاضيا وقلد كثيرا من اصحابه الاعمال وبعثهم اليها وكذا الخلفا الراشدون رضوان الله عليهم قضوا بانفسهم وقلدوا غيرهم فقد قلد عمر رضي الله عنه شريحا القضا

الانبياء والرسل عليهم السلام قضوا بين الامم بانفسهم وقلدوا غيرهم وكذلك الخلفاء الراشدون

القضاة ثلثة قاض في الجنة وقاضيان في النار

جواز ترك القضاء

وقرره عثمان وعلي رضي الله عنهما واما جواز الترك فلما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لابي ذر رضي الله عنه اياك والامارة وروي انه قال لا تامرن علي اثنين وقد روي ان ابا حنيفة رضي الله عنه عرض عليه القضا فابي حتي ضرب علي ذلك ولم يقبل وكذا لم يقبله كثير من صالحي الامة وهذا معني ما ذكر في الكتاب ودخل فيه قوم صالحون وترك الدخول فيه قوم صالحون ثم اذا جاز له كان له الترك والقبول في هذا الوجه اختلفوا في ان القبول افضل ام الترك قال بعضهم الترك افضل وقال بعضهم القبول افضل احتج الفريق الاول بما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال من جعل قاضيا فقد ذبح بغير سكين هذا جري مجري الزجر عن تقلد القضا وتمسك الاخر بصنع الانبيا والرسل عليهم السلام وصنع الخلفا الراشدين الصالحين لان لنا فيهم قدوة ولان القضا بالحق اذا اريد به وجه الله تعالي يكون عبادة خالصة بل هو افضل العبادات قال النبي صلي الله عليه وسلم عدل ساعة افضل من عبادة ستين سنة والحديث محمول علي القاضي الجاهل او العالم الفاسق او الطالب الذي لا يامن علي نفسه الرشوة فيخاف ان يميل اليها توفيقا بين الدلايل والله اعلم هذا اذا كان في البلد عدد يصلحون للقضا فاما اذا كان لم يصلح له الا رجل واحد فانه يفترض عليه القبول اذا عرض لانه اذا لم يصلح غيره تعين هو لاقامة هذه العبادة وما هو فرض عين عليه الا انه لا بد من التقليد فاذا قلد افترض عليه القبول علي وجه لو امتنع من القبول ياثم كما في ساير فروض الاعيان والله اعلم

امتناع ابي حنيفة رضي الله عنه عن قبول القضاء

قبول القضاء افضل ام الترك

اذا لم يصلح للقضاء الا واحد يفترض عليه القبول

فصل

واما شرايط القضا فانواع بعضها يرجع الي القاضي وبعضها يرجع الي نفس القضا وبعضها يرجع الي المقضي له وبعضها يرجع الي المقضي عليه اما الذي يرجع الي القاضي فما ذكرنا من شرايط جواز تقليد القضا لان ما لا يصلح قاضيا لا يجوز قضاؤه ضرورة واما الذي يرجع الي نفس القضا فانواع منها ان يكون بحق وهو الثابت عند الله تعالي من حكم الحادثة اما قطعا بان قام عليه دليل قطعي وهو النص المفسر من الكتاب او الخبر المتواتر او المشهور او الاجماع واما ظاهرا بان قام عليه دليل ظاهر يوجب علم غالب الراي واكبر الظن وهو ظواهر الكتاب والمتواتر والمشهور وخبر الواحد والقياس الشرعي وذلك في المسايل الاجتهادية التي اختلف فيها الفقها او التي لا رواية في جوابها عن السلف بان لم يكن واقعة حتي لو قضي بما قام الدليل القطعي علي خلافه لم يجز لانه قضا بالباطل قطعا وكذا لو قضي في موضع الاختلاف بما هو خارج عن اقاويل الفقها كلهم لم يجز لان الحق لا يعدو اقاويلهم فالقضا بما هو خارج عنها كلها يكون قضا باطلا قطعا وكذا لو قضي بالاجتهاد فيما فيه ظاهر نص بخلافه من الكتاب والسنة لم يجز قضاؤه لان القياس في مقابلة النص باطل سوا كان النص قاطعا او ظاهرا واما فيما لا نص فيه بخالفه ولا اجماع فلا يخلو اما ان كان القاضي من اهل الاجتهاد واما ان لم يكن من اهل الاجتهاد فان كان من اهل الاجتهاد وافضي رايه الي شي يجب عليه العمل برايه وان خالف راي غيره من اهل الاجتهاد والراي ولا يجوز ان يتبع راي غيره لان ما ادي اليه اجتهاده هو الحق عند الله تعالي ظاهرا فكان غيره باطلا ظاهرا لان الحق في المجتهدات واحد والمجتهد يخطي ويصيب عند اهل السنة والجماعة في العقليات والشرعيات جميعا ولو افضي رايه الي شي وهناك مجتهد اخر افقه منه راي اخر فاراد ان يعمل برايه من غير النظر فيه وترجح رايه بكونه افقه منه هل يسعه ذلك ذكر في كتاب الحدود ان عند ابي حنيفة يسعه ذلك وعند ابي يوسف ومحمد لا يسعه الا ان يعمل براي نفسه وذكر في بعض الروايات هذا الاختلاف علي العكس فقال علي قول ابي حنيفة لا يسعه وعلي قولهما يسعه وهذا يرجع الي ان كون احد المجتهدين افقه من غير النظر في رايه هل يصلح مرجحا من قال يصلح مرجحا قال يسعه ومن قال لا يصلح لا يسعه وجه قوله من لا يوجب الترجيح بكونه افقه ان

الترجيح يكون بالدليل وكونه افقه ليس من جنس الدليل لان كونه افقه يدل على ان اجتهاده اقرب الى
الصواب فكان من جنس الدليل فيصلح للترجيح ان لم يصلح دليل الحكم بنفسه وابدا يكون الترجيح
بما لا يصلح دليل الحكم بنفسه ولهذا قيل في حد زيادة لا يسقط بها التعارض حقيقة على ما
عرف في اصول الفقه ولهذا اوجب ابو حنيفة تقليد الصحابي ورجحه على القياس لما ان
قوله اقرب الى اصابة الحق من قول القايس كذا هذا وان اشكل عليه حكم الحادثة استعمل
رايه في ذلك وعمل به والا فضل ان يشاور اهل الفقه في ذلك فان اختلفوا في حكم نظر في ذلك
فاخذ بما يودي اليه اجتهاده وان اتفقوا على راي يخالف رايه عمل براي نفسه ايضا لان
المجتهد مامور بالعمل بما يودي اجتهاده محرم عليه تقليد غيره لكن لا ينبغي ان يعجل بالقضا ما
لم يقض حق التاويل والاجتهاد وينكشف وجه الحق فاذا ظهر له الحق باجتهاده قضى بما يودي
اليه اجتهاده ولا يكونن خايفا في اجتهاده بعد ما بذل مجهوده لاصابة الحق فلا يقولن اني
اري واني اخاف لان الخوف والشك والظن يمنع من اصابة الحق ويمنع من الاجتهاد فينبغي
ان يكون جريا جسورا على الاجتهاد بعد ان لم يقصر في طلب الحق حتى لو قضى مجازفا لم يصح قضاوه
فيما بينه وبين الله تعالى فان كان من اهل الاجتهاد الا انه اذا كان لا يدري حاله يحمل على انه قضى برايه
ويحكم بالصحة حملا لامر المسلم على الصحة والسداد ما امكن والله الموفق هذا اذا كان القاضي
من اهل الاجتهاد فاما اذا لم يكن من اهل الاجتهاد فان عرف اقاويل اصحابنا وحفظها على الاتقان
والاحكام عمل بقول من يعتقد قوله حقا على التقليد وان لم يحفظ اقاويلهم عمل بفتوى اهل الفقه
في بلده من اصحابنا وان لم يكن في البلد الا فقيه واحد من اصحابنا يسعه ان ياخذ بقوله ونرجوا
ان لا يكون عليه شي لانه اذا لم يكن من اهل الاجتهاد بنفسه وليس هناك سواه من اهل الفقه
مست الضرورة الى الاخذ بقوله قال الله تعالى فاسالوا اهل الذكر ان كنتم لا تعلمون ولو قضى
بمذهب خصمه وهو يعلم بذلك لا ينفذ قضاوه لانه قضى بما هو باطل في اعتقاده فلا ينفذ كما لو
كان مجتهدا وترك راي نفسه وقضى براي مجتهد يرى رايه باطلا فانه لا ينفذ قضاوه لانه
قضى بما هو باطل في اجتهاده كذا هذا ولو نسي القاضي مذهبه فقضى بشي لا ظن انه مذهب نفسه
ثم تبين انه مذهب خصمه وذكر في شرح الطحاوي ان له ان يبطله ولم يذكر الا الخلاف لانه اذا
لم يكن مجتهدا تبين انه قضى بما لا يعتقده حقا فيتبين انه وقع باطلا كما لو قضى وهو يعلم انه
ذلك مذهب خصمه وذكر في ادب القاضي انه يصح قضاوه عند ابي حنيفة وعندهما لا يصح
لهما ان القاضي مقصر لانه يمكنه حفظ مذهب نفسه فاذا لم يحفظ فقد قصر والمقصر غير معذور
ولابي حنيفة ان النسيان غالب خصوصا عند تزاحم الحوادث فكان معذورا هذا اذا لم
يكن القاضي من اهل الاجتهاد فاما اذا كان من اهل الاجتهاد ينبغي ان يصح قضاوه في الحكم بالاجماع
ولا يكون لقاضي اخر ان يبطله لانه لا يصدق على النسيان بل يحمل على انه اجتهد فادى اجتهاده
الى مذهب خصمه فقضى به فيكون قضاوه باجتهاده فيصح فان قضى في حادثة هي محل الاجتهاد
برايه ثم رفعت اليه ثانيا فتحول رايه يعمل بالراي الثاني ولا يوجب هذا نقض الحكم بالراي
الاول لان القضا بالراي الاول قضا مجمع على جوازه لاتفاق اهل الاجتهاد على ان للقاضي ان
يقضي في محل الاجتهاد بما يودي اليه اجتهاده فكان هذا قضا متفقا على صحته ولا اتفاق
على صحة هذا الراي الثاني فلا يجوز نقض المجمع عليه بالمختلف ولهذا لا يجوز لقاضي اخر ان يبطل
هذا القضا كذا هذا وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في حادثة ثم قضى فيها بخلاف
تلك القضية فسيل فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي ولو رفعت اليه ثالثا فتحول رايه الى
الاول يعمل به ولا يبطل قضاه بالراي الثاني بالعمل بالراي الاول كما يبطل قضاوه الاول بالعمل

البته صح

اذا لم يكن القاضي من اهل الاجتهاد

بالراي

بالراي الثاني لما قلنا ولو ان فقيها قال لامراته انت طالق البتة ومن رايه انه يا من فامضى رايه فيما
بينه وبينها وعزم انها قد حرمت عليه ثم تحول رايه انها تطليقة واحدة يملك الرجعة فانه يعمل
برايه الاول في هذه المراة ويحرم عليه وانما يعمل برايه الثاني في المستقبل في حقها وفي حق غيرها لان
الاول راي امضاه بالاجتهاد وما امضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله وكذلك لو كان من
رايه انها واحدة يملك الرجعة فعزم انها منكوحته ثم تحول انها الى انه باين فانه يعمل برايه الاول
ولا تحرم عليه لما قلنا ولو لم يكن عزم على الحرمة في الفصل الاول حتى تحول رايه الى الحل لا تحرم عليه
وكذا في الفصل الثاني لو لم يكن عزم على الحل حتى تحول رايه الى الحرمة تحرم عليه لان نفس الاجتهاد
محل النقض لما لم يتصل به الامضا واتصال الامضا بمنزلة اتصال القضا واتصال القضا يمنع
من النقض فكذا اتصال الامضا وكذلك الرجل اذا لم يكن فقيها فاستفتى فقيها فافتاه بحلال او حرام
ولم يكن عزم على ذلك حتى افتاه فقيه اخر بخلافه فاخذ بقوله وامضاه في منكوحته لم يجز له في ما
امضاه فيه ويرجع الى ما افتاه به الاول لان العمل بما امضى واجب لا يجوز نقضه مجتهدا كان او
مقلدا لان المقلد متعبد بالتقليد كما ان المجتهد متعبد بالاجتهاد ثم لم يكن للمجتهد نقض ما امضاه
فكذا لم يكن للمقلد ولو لم يكن المقضي عليه والمقضي له من اهل الاجتهاد او كانا من اهل لكن لم يخالف رايهما راي القاضي
جملة الكلام فيه ان قضا القاضي ينفذ على المقضي عليه في محل الاجتهاد سوا كان المقضي عليه عاميا
او فقيها مجتهدا يخالف رايه راي القاضي بلا خلاف اما اذا كان مقلدا فظاهر لان العامي يلزمه تقليد
المفتي فتقليد القاضي اولى وكذلك اذا كان مجتهدا لان القضا في محل الاجتهاد بما يودي اليه اجتهاد
القاضي قضا مجمع على صحته على ما مر ولا معنى للصحة الا النفاذ على المقضي عليه وصورة المسلة اذا قال
الرجل لامراته انت طالق البتة وراي الزوج انها واحدة تملك الرجعة وراي القاضي انها باين
فرافعته المراة الى القاضي فقضى بالبينونة ينفذ قضاه بالاتفاق لما قلنا واما قضاوه للمقضي له
بما يخالف رايه هل ينفذ قال ابو يوسف لا ينفذ وقال محمد ينفذ وصورته اذا قال الرجل لامراته
انت طالق البتة وراي الزوج انه باين وراي القاضي انها واحدة يملك الرجعة فرافعته الى القاضي
فقضى بتطليقة واحدة يملك الرجعة لا يحل له المقام معها عند ابي يوسف وعند محمد يحل وجه قول
محمد ما ذكرنا ان هذا قضا وقع الاتفاق على جوازه لوقوعه في فصل مجتهد فيه فينفذ على المقضي عليه
والمقضي له لان القضا له تعلق بهما جميعا الا ترى انه لا يصح الا بطلب المقضي له ولابي يوسف ان
صحة القضا ونفاذه في محل الاجتهاد يظهر اثره في حق المقضي عليه لا في حق المقضي له لان المقضي عليه
مجبور في القضا فاما المقضي له فمختار في القضا له فلو اتبع راي القاضي انما يتبعه تقليدا وكونه
مجتهدا يمنع من التقليد فيجب عليه العمل براي نفسه وعلى هذا كل تحليل او تحريم او اعتاق
او اخذ مال اذا قضى القاضي بما يخالف راي المقضي عليه او له فهو على ما ذكرنا من الاتفاق والاختلاف
وكذلك المقلد اذا افتاه انسان في حادثة ثم رفعت الى القاضي فقضى بخلاف راي المفتي فانه
ياخذ بقضا القاضي ويترك راي المفتي لان راي المفتي يصير متروكا بقضا القاضي فما ظنك
بالمقلد لم يذكر القدوري الخلاف في هذا الفصل وذكر شيخنا رحمه الله وسننظر فيه ان شا
الله تعالى وعلى هذا يخرج القضا بالبينة لان البينة العادلة مظهرة للمدعا فكان القضا بها قضا
بالحق وعلى هذا يخرج القضا بالاقرار لان الانسان لا يقر على نفسه كاذبا هذا هو الظاهر فكان القضا
به قضا بالظاهر وكذلك القضا بالنكول عندنا لان النكول على اصل اصحابنا بذل او اقرار وكل
ذلك دليل صدق المدعي في دعواه على ما عرف فكان القضا بالنكول قضا بالحق وعلى هذا يخرج
قضا القاضي بعلم نفسه في الجملة وتفصيل الكلام فيه انه لا يخلو اما ان قضى بعلم استفاده
في زمان القضا ومكانه وهو الموضع الذي قلد قضاوه واما ان قضى بعلم استفاده قبل زمان

يكن

اذا قضى القاضي بخلاف راي المفتي

قضاء القاضي بعلمه

القضاء في غير مكانه واما ان قضى بعلم استفاده بعد زمان القضا في غير مكانه فان قضى بعلم استفا
في زمان القضا في مكانه بان سمع رجلا اقر لرجل بمال او سمعه يطلق امراته او يعتق عبده او يقذف
رجلا او راه قتل انسانا وهو قاض في البلد الذي قلد قضاه جاز قضاوه عند ناعندنا ولا يجوز
قضاوه به في الحدود الخالصة بلا خلاف بين اصحابنا الا في السرقة يقضي بالمال دون القطع
وللشافعي فيه قولان في قول لا يجوز له ان يقضي به في الكل وفي قول يجوز في الكل وجه قوله الاول
ان القاضي مامور بالقضا بالبينة ولو جاز له القضا بعلمه لم يبق مامورا بالقضا بالبينة وهذا
المعنى لا يفصل بين الحدود وغيرها وجه قوله الثاني ان المقصود من البينة العلم بحكم الحادثة وقد
علم وهذا لا يوجب الفصل بين الحد وغيره لان علمه لا يختلف ولنا انه جاز له القضا بالبينة فيجوز
بعلمه من طريق وهذا لان المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة وعلمه
الحاصل بالمعاينة اقوى من علمه الحاصل بالشهادة لان الحاصل بالشهادة علم غالب الراي واكثر
الظن والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا اقوى فكان القضا به اولى
الا انه لا يقضي به في الحدود الخالصة لان الحدود يحتاط في دريها وليس من الاحتياط فيها الا كتفا
بعلم نفسه ولان الحجة في وضع الشرع هي البينة التي تتكلم ومعنى البينة ان وجد فقد فاتت صورتها
وفوات الصورة يورث الشبهة والحدود تندرء بالشبهات بخلاف القصاص فانه حق العبد
وحقوق العباد لا يحتاط في اسقاطها بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد وكلاهما لا يسقطان
بشبهة من حيث فوات الصورة هذا اذا قضى بعلم استفاده في زمان القضا ومكانه فاما
اذا قضى بعلم استفاده في غير زمان القضا ومكانه او في زمان القضا في غير مكانه وذلك
قبل ان يتصل الى البلد الذي تولى قضاه فانه لا يجوز في قول ابي حنيفة اصلا وفي قول ابي يوسف
ومحمد يجوز فيما سوى الحدود الخالصة واما في الحدود الخالصة فلا يجوز وجه قولهما انه لما
جاز له ان يقضي بالعلم المستفاد في زمان القضا لان العلم في الحالين على نمط واحد
الا ان هاهنا استدام العلم الذي كان له قبل القضا بتجدد امثاله وهناك حدث له علم
لم يكن وهما سواء في المعنى الا انه لم يقض في الحدود الخالصة لتمكن الشبهة فيه باعتبار
التهمة والشبهة توثر في الحدود الخالصة ولا توثر في حقوق العباد على ما ذكرنا ولابي
حنيفة رحمه الله الفرق بين العلمين وهو ان الحادث له في زمن القضا علم في وقت هو
مكلف فيه بالقضا فاشبه البينة القايمة فيه وهذا لان الاصل في صحة القضا هو البينة الا
ان غيرها قد يلحق بها اذا كان في معناها والعلم في الحادث في زمان القضا في معنى البينة
لكونه حادثا في زمان هو مكلف بالقضا فكان في معنى البينة والحاصل قبل زمان القضا او
قبل الوصول الى مكانه حاصل في وقت هو غير مكلف بالقضا فلم يكن في معنى البينة فلم يجز
القضا به فهو الفرق بين العلمين والله اعلم وعلى هذا يخرج القضا بكتاب القاضي لكن لقبول الكتاب
من القاضي شرايط منها البينة على انه كتابه وشهد الشهود على ان هذا كتاب فلان القاضي ويذكروا
اسمه ونسبه لانه لا يعرف انه كتابه بدونه ومنها ان يكون الكتاب مختوما ويشهدوا على ان
هذا ختمه ومنها يشهدوا بما في كتابه بان يقولوا انه قراه عليه مع الشهادة بالختم وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا بالكتاب والخاتم تقبل وان لم يشهدوا بما في
الكتاب وكذا اذا شهدوا بما في الكتاب وبما في جوفه تقبل وان لم يشهدوا بالخاتم بان قالوا
لم يشهدنا على الخاتم او لم يكن مختوما اصلا لابي يوسف ان المقصود من هذه الشهادة
حصول العلم للقاضي المكتوب اليه بان هذا كتاب فلان القاضي وهذا يحصل بما ذكرنا ولهما ان العلم
بانه كتاب فلان لا يحصل الا بالعلم بما في الكتاب فلا بد من الشهادة بما فيه لتكون شهادتهم على علم

قضى القاضي بعلم استفاده في زمان القضاء ومكانه

القضاء بكتاب القاضي له شرائط

بالشهود

بالشهود ومنها ان يكون بين القاضي المكتوب اليه وبين القاضي الكاتب مسيرة سفر فان كان
دونه لم تقبل لان القضا بكتاب القاضي امر جوز لحاجة الناس بطريق لانه قضا بالشهادة القايمة
على غايب من ان يكون عنه خصم حاضر لكنه جوز لمكان الضرورة ولا ضرورة فيما دون مدة السفر
ومنها ان يكون في الدين والعين التي لا حاجة الى الاشارة اليها كالمنقول من الحيوان والعروض لا
تقبل عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال تقبل في العبد خاصة اذا
ابق فاخذ في بلد فاقام صاحبه البينة عند قاضي بلده ان عبده اخذه فلان في بلد كذا فشهد
الشهود على الملك او على صفة العبد وحليته فانه يكتب الى قاضي البلد الذي العبد فيه ان قد
شهد الشهود عندي صفته صفته وحليته كذا وكذا ملك فلان بن فلان وينسب كل واحد
منهما الى ابيه والى جده على رسم كتاب القاضي الى القاضي والى وصل الى القاضي المكتوب اليه وعلم انه كتابه
بشهادة الشهود سلم العبد اليه بختم في عنقه وياخذ منه كفيلا ثم بعث به الى القاضي الكاتب حتى
يشهد الشهود عليه عنده بعينه على الاشارة اليه ثم يكتب القاضي الكاتب له كتابا اخر على ذلك المكتوب
اليه اول مرة فاذا علم انه كتابه قبله وقضى وسلم العبد الى الذي جا بالكتاب وابرا كفيله ولا يقبل
في الجارية بالاجماع وجه قول ابي يوسف ان الحاجة الى قبول كتاب القاضي في العبد متحققة لعموم
البلوى فلو لم يقبل لضاق الامر على الناس ولضاعت حقوقهم ولا حاجة اليه في الامة ولا تهرب
عادة لضعف بنيتها وقلبها ولهما ان الشهادة لا تقبل الا على معلوم قال الله تعالى الا من شهد بالحق
وهم يعلمون والمنقول لا يصير معلوما الا بالاشارة اليه والاشارة الى الغايب محال فلم تصح شهادة
الشهود ولا دعوى المدعي لجهالة المدعا فلا يقبل الكتاب فيه ولهذا لم يقبل في الجارية وفي ساير المنقولات
بخلاف العقار فانه يصير معلوما بالتحديد وبخلاف الدين لان الدين يصير معلوما بالوصف وهذا
الذي ذكرنا مذهب اصحابنا وقال ابن ابي ليلى يقبل كتاب القاضي الى القاضي في الكل وقضاة زماننا
يعملون بمذهبه لحاجة الناس وينبغي للقاضي المكتوب اليه ان لا يفك الختم الا بمحضر من الخصم ليكون
ابعد عن التهمة والله اعلم ومنها ان لا يكون في الحدود والقصاص لان كتاب القاضي الى القاضي
بمنزلة الشهادة على الشهادة وانها لا تقبل في الحدود والقصاص كذا هذا ومنها ان يكون اسم المكتوب
له وعليه واسم ابيه وجده وفخذه مكتوبا في الكتاب حتى لو نسبه الى امه او ام جده او نسبه
الى قبيلة كبني تميم ونحو ذلك لا تقبل لان التعريف لا يحصل الا ان يكون شيا ظاهرا مشهورا اشهر
من القبيلة فيقبل لحصول التعريف ومنها ذكر الحدود في الدار والعقار لان التعريف في المحدود
لا يصح الا بذكر الحد فلو ذكر في الكتاب ثلث حدود يقبل عند اصحابنا الثلثة وعند زفر لا يقبل
ما لم يشهدوا على الحدود الاربعة ولو شهدوا على حدين لا يقبل بالاجماع واذا كانت الدار
مشهورة كدار الامير وغيره لا يقبل عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد يقبل وهذه من مسايل
الشروط ومنها ان يكون القاضي الكاتب على قضايه عند وصول كتابه الى القاضي المكتوب اليه
حتى لو مات او عزل قبل الوصول اليه لم يعمل به ولو مات بعد وصول الكتاب اليه جاز له ان
يقضي ومنها ان يكون المكتوب اليه على قضايه حتى لو مات او عزل قبل وصول الكتاب اليه ثم وصل
الى القاضي الذي ولي مكانه لم يعمل به لانه لم يكتب اليه والله اعلم ومنها ان يكون القاضي الكاتب
من اهل العدل فان كان من اهل البغي لم يعمل به قاضي اهل العدل بل يرده كتبا ومنها ان يكون
لله تعالى خالصا لان القضا عبادة والعبادة اخلاص العمل بكليته لله تعالى ولا يجوز قضاوه
لنفسه ولا لمن لا تقبل شهادته له لان القضا له قضا لنفسه من وجه فلم يخلص لله تعالى
تعالى لكنا اذا قضى في حادثة برشوة لا ينفذ قضاوه في تلك الحادثة وان قضى بحق اعني الثابت
عند الله من حكم الحادثة لانه اذا اخذ على القضا رشوة فقد قضى لنفسه لا لله تعالى فلم يصح والله اعلم

مطلب لا تقبل النقل في الاعيان الا ... تقبل النقل في العبد خاصة

اخذه فلان بن فلان صح

مطلب لا تقبل النقل في الجارية اجماعا

قال ابن ابي ليلى تقبل النقل في الكل وقضاة زماننا يعملون بمذهبه

المكتوب صح

اذا قضى القاضي في حادثة برشوة

واما الذي يرجع الي القضا فانواع منها ان يكون ممن تقبل شهادته للقاضي فان كان مما لا تقبل شهادته
له لا يجوز قضا القاضي له ومنها ان يكون حاضرا وقت القضا وان كان غايبا لم يجز القضا له الا اذا كان
عنه خصم حاضر لان القضا علي الغايب لا يجوز ايضا ومنها طلب القضا من القاضي في حقوق العباد لان
القضا وسيلة في حقه فكان حقه وحق الانسان انما يستوفي بطلبه واما الذي يرجع الي المقضي
عليه فحضرته حتي لا يجوز القضا علي الغايب اذا لم يكن عنه خصم حاضر وهذا عندنا وعند الشافعي
ليس بشرط والمسلة ذكرت في كتاب الدعوى

فصل

واما اداب القضا فكثيرة والاصل فيها كتاب
عمر الي ابي موسي الاشعري رضي الله عنهما سماه محمد رحمه الله كتاب السياسة وفيه اما بعد فان
القضا فريضة محكمة وسنة متبعة فافهم اذا اولي اليك فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له اس بين
الناس في وجهك ومجلسك وعدلك حتي لا يطمع شريف في حيفك ولا يايس ضعيف من عدلك وفي
رواية ضعيف جورك البينة علي المدعي واليمين علي من انكر الصلح جايز بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا لا يمنعك قضا قضيته بالامس راجعت فيه نفسك وهديت فيه لرشدك
ان تراجع الحق فان الحق قديم لا يبطل ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل الفهم الفهم مما يختلج
في صدرك بما يبلغك في القران والسنة ثم اعرف الاشباه والامثال وقس الامور عند ذلك واعمد
الي احبها واقربها الي الله تعالي واشبهها للحق اجعل للمدعي امدا ينتهي اليه فان احضر بينة والا وجب القضا
عليه وفي رواية ان عجزعنها استحللت عليه القضا فان ذلك ابلغ في العذر واجلي للعمي المسلمون عدول
بعضهم علي بعض الا محدودا او ظنينا في ولا او قرابة او مجربا عليه شهادة زور فان الله تولي
منكم السر وفي رواية السراير ودرا عنكم بالبينات اياك والغضب والقلق والضجر والتاذي
بالناس والتنكير للخصوم في مواطن الحق الذي يوجب الله به الاجر ويحسن به الذخر وان من اخلص
نيته فيما بينه وبين الله تعالي ولو علي نفسه يكفيه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين للناس
بما يعلم الله منه خلافه شانه غير الله في عاجل رزقه وخزاين رحمته والسلام ومنها ان يكون القاضي
عند الخصومة فيجعل سمعه وفهمه وقلبه الي كلام الخصمين لقول عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة
فافهم اذا اولي اليك ولان من الجايز ان يكون الحق مع احد الخصمين فاذا لم يفهم القاضي كلاميهما كلامهما
يضيع وذلك قوله رضي الله عنه فانه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له ومنها ان لا يكون قلقا وقت القضا
لقول عمر رضي الله عنه اياك والقلق وهذا يدل الي السكون والتثبت ومنها ان لا يكون ضجرا عند القضا
اي اجتمع عليه الامور فضاق صدره لقوله رضي الله عنه اياك والضجر ومنها ان لا يكون غضبانا
وقت القضا لقوله رضي الله عنه اياك والغضب وقال النبي صلي الله عليه وسلم لا يقضي القاضي وهو
غضبان ومنها ان لا يكون خايفا ولا عطشانا ولا ممتلا لان هذه العوارض من القلق والضجر والغضب
والجوع والعطش والامتلا مما يشغله عن الحق ومنها ان لا يقضي وهو يمشي علي الارض او يسير علي الدابة
لان المشي والسير يشغلانه عن النظر والتامل في كلام الخصمين ولا باس ان يقضي وهو متكي وهو متكي
لان الاتكا لا يقدح في التامل والنظر ومنها ان يسوي بين الخصمين في الجلوس فيجلسهما بين
يديه لا عن يمينه ولا عن يساره لانه لو فعل ذلك فقد قرب احدهما من مجلسه وكذا لا يجلس
احدهما عن يمينه والاخر عن يساره لان لليمين فضلا علي الشمال وروي عن عمر وابي بن كعب
رضي الله عنهما اختصما في حادثة الي زيد بن ثابت رضي الله عنه فالقي لعمر رضي الله عنه وسادة
فقال عمر هذا اول جورك وجلسا بين يديه ومنها ان يسوي بينهما في النظر والمنطق والخلوة فلا
ينطلق بوجهه الي احدهما ولا يسار الي احدهما ولا يومي الي احدهما بشي دون خصمه ولا يرفع صوته
الي احدهما ولا يكلم احدهما بلسان لا يعرفه الاخر ولا يخلو باحدهما في منزله ولا يضيف احدهما
فيعدل بين الخصمين في هذا كله لما في ترك العدل فيه مكسرة قلب الاخر ويتهم القاضي به ايضا

ومنها

ومنها ان لا يقبل الهدية من احدهما الا اذا كان لا يلحقه تهمة وجملة الكلام فيه ان المهدي لا يخلو اما
ان يكون رجلا كان يهدي اليه قبل تقليد القضا واما ان كان لا يهدي اليه فان كان فاما ان كان قريبا له
واما ان كان اجنبيا فان كان قريبا له ينظر ان كان له خصومة في الحال فانه لا يقبل لانه لا يلحقه التهمة
وان كان لا خصومة له في الحال تقبل لانه لا تهمة فيه وان كان اجنبيا لا تقبل سوا كان له خصومة في
الحال او لا لانه ان كان له خصومة في الحال كان بمعني الرشوة وان لم يكن فربما يكون له خصومة ياتي
بها بعد ذلك فلا يقبل ولو قبل يكون لبيت المال هذا اذا كان الرجل لا يهدي اليه قبل تقليد القضا
فاما اذا كان يهدي اليه فان كانت له في الحال خصومة لا تقبل لانه لا يتهم فيه وان كان لا خصومة له
في الحال ينظر فان اهدي مثل ما كان يهدي او اقل يقبل لانه لا تهمة فيه وان كان اكثر من ذلك يرد
الزيادة عليه وان قبل كان لبيت المال وان لم يقبل للحال حتي انقضت الحكومة ثم قبلها لا باس به ومنها
ان لا يجيب الدعوة الخاصة بان كانوا خمسة او عشرة لانه لا يخلو عن معني التهمة الا اذا كان صاحب الدعوة
ممن كان يتخذ الدعوة له قبل القضا او كان بينه وبين القاضي قرابة فلا باس ان يحضر اذا لم يكن له خصومة
لانعدام التهمة فان عرف القاضي له خصومة لم يحضرها واما الدعوة العامة فان كانت بدعة كدعوة
المباداة ونحوها لا يحل له ان يحضرها لانه لا يحل لغير القاضي اجابتها فالقاضي اولي وان كانت سنة كوليمة
العرس والختان فانه يجيبها لانه اجابة السنة ولا تهمة فيه ومنها ان لا يلقن احد الخصمين حجته لان
فيه مكسرة قلب الاخر ولان فيه اعانة احد الخصمين فيوجب التهمة غير انه ان تكلم احدهما اسكت الاخر
ليفهم كلامه ومنها ان لا يلقن الشاهد بل يتركه يشهد بما عنده فان اوجب الشرع بقبوله قبله والا
رده وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع وقال لا باس بتلقين الشاهد
بان يقول اتشهد بكذا وكذا وجه قوله ان من الجايز ان يلحقه الحصر لمهابة مجلس القضا فيعجز عن
اقامة الحجة فكان التقويم بالتلقين تقويما لحجة ثابتة فلا باس به ولهما ان القاضي متهم بتلقين
الشاهد فيتحرز عنه ومنها ان يعنت الشهود لان ذلك يشوش عليهم عقولهم فلا يمكنهم ادا الشهادة
علي وجهها واذا اتهم الشهود فلا باس بان يفرقهم عند ادا الشهادة علي وجهها واذا اتهم الشهود
فيسالهم اين كان ومتي كان فان اختلفوا اختلافا يوجب رد الشهادة ردها والا فلا ويشهد
القاضي الجنازة لان ذلك حق الميت علي المسلمين فلم يكن متهما في اقامته فيحضرها الا اذا اجتمعت
الجنايز علي وجه لو حضرها كلها لشغله ذلك عن امور الناس فلا باس ان لا يشهد لان القضا فرض
عين وصلاة الجنازة فرض كفاية فكان اقامة الفرض العين عند تعذر الجمع بينهما اولي ويعود
المريض ايضا لان ذلك حق المسلمين علي المسلمين فلا يلحقه التهمة باقامته ويسلم علي الخصوم
اذا دخل المحكمة لان السلام من سنة الاسلام وكان روي ان شريحا رحمه الله كان يسلم علي الخصوم
لكن لا يخص احد الخصمين بالتسليم عليه دون الاخر وهذا قبل جلوسه في مجلس الحكم فاما اذا جلس
لا يسلم عليهم ولا هم يسلمون عليه اما هو لا يسلم عليهم لان السنة ان يسلم القايم علي القاعد
لا القاعد علي القايم واما هم فلا يسلمون عليه لانهم لو سلموا عليه لا يلزمه الرد لانه اشتغل بامر هو
اهم واعظم من رد السلام فلا يلزمه الاشتغال به وذكر الفقيه ابو جعفر الهندواني رحمه الله
في رجل يقرا القران فدخل عليه اخر انه لا ينبغي ان يسلم عليه ولو سلم لا يلزمه الجواب وكذا المدرس
اذا جلس للتدريس لا ينبغي لاحد ان يسلم عليه ولو سلم لا يلزمه الرد لما قلنا بخلاف الامير
اذا جلس فدخل عليه الناس انهم يسلمون عليه هو السنة وان كان سلاطين زماننا يكرهون
التسليم عليهم وهو خطا منهم لانهم جلسوا للزيارة ومن سنة الزاير التسليم علي من دخل عليه
واما القاضي فانما جلس للعبادة لا للزيارة فلا يسن التسليم عليه ولا يلزمه الجواب لو سلموا
لكن لو اجاب جاز ومنها ان يسال القاضي عن حال الشهود فيما سوي الحدود والقصاص وان

لم يطعن الخصم هو من اداب القضا عند ابي حنيفة لان القضا بظاهر العدالة وان كان جايزا عنده فلا شك انه بالعدالة الحقيقية افضل واما عندهما فهو من واجبات القضا وكذا اذا طعن الخصم في غير الحدود والقصاص وفي الحدود والقصاص طعن او لم يطعن ثم القضاة في السلف كانوا يسالون بانفسهم عن حال الشاهد من اهل محلته او اهل سوقه ان كان سوقيا من هو اتقى الناس واورعهم واعظمهم امانة واعرفهم باحوال الناس ظاهرا وباطنا والقضاة في زماننا نصبوا العدول تيسيرا للامر عليهم لما يتعذر على القاضي طلب المعدل في كل شاهد فاستحسنوا نصب العدول ثم للتعديل شرايط بعضها يرجع الى نفس المعدل وبعضها يرجع الى فعل التعديل اما الذي يرجع الى نفس المعدل انواع منها العقل ومنها البلوغ ومنها الاسلام فلا يجوز تعديل الصبي والمجنون والكافر لان التزكية اذا كانت تجري مجرى الشهادة فليسوا من اهل الشهادة فلا يكونون من اهل التزكية وان كانت من الاخبار عن الديانات فخبرهم في الديانات غير مقبول لانه لا بد فيه من العدالة ولا عدالة لهولا ومنها العدالة لان من لا يكون عدلا في نفسه فكيف يعدل غيره واما العدد فليس بشرط الجواز عند ابي حنيفة وابي يوسف لكنه شرط الفضيلة والكمال وعند محمد شرط الجواز وجه قوله ان التزكية في معنى الشهادة لانه خبر عن امر غاب عن علم القاضي وهذا معنى الشهادة فيشترط لها نصاب الشهادة ولهما ان التزكية ليست بشهادة بدليل انه لا يشترط فيها لفظة الشهادة فلا يلزم فيها العدد على ان شرط العدد في الشهادات ثبت نصا غير معقول المعنى فيشترط فيه لفظ الشهادة فلا يلزم مراعاة العدد فيما وراه وعلى هذا الخلاف العدد في الترجمان وحامل المنشور انه ليس بشرط عندهما وعنده شرط وعلى هذا الخلاف حرية المعدل وبصره وسلامته عن حد القذف فانه ليس بشرط عندهما فتصح تزكية الاعمى والعبد والمحدود في القذف وعند محمد شرط فلا تصح تزكيتهم لان التزكية شهادة عنده فيشترط لها ما يشترط لساير الشهادات وعندهما ليست بشرط فلا يراعى فيها شرايط الشهادة واما الذكورة فليست بشرط لصحة التزكية فيجوز تزكية المراة اذا كانت برزة تخرج لحوايجها وتخالط الناس فتعرف احوالهم وهذا ظاهر على اصلهما لان هذا من باب الاخبار عن الديانات وهي من اهل ذلك اما عند محمد فتقبل تزكيتها فيما تقبل شهادتها فيصح تزكية رجل وامراتين فيما يقبل فيه شهادة رجل وامراتين والله اعلم ويجوز تزكية الوالد للولد والولد للوالد وكل ذي رحم محرم منه لانه لا حق للمعدل في التعديل انما هو حق المدعي فلا يوجب تهمة فيه وهذا مشكل على اصل محمد لانه يجري التعديل مجرى الشهادة وشهادة الوالد للولد والولد للوالد لا تحتمل تقبل ومنها ان لا يكون المزكي مشهودا عليه فان كان لم تعتبر تزكيته ويجب السوال وهذا تفريع على مذهب ابي يوسف ومحمد فيما سوى الحدود والقصاص بناء على ان المسلة ما وجبت حقا للمشهود عليه عندهما وانما وجبت حقا للشرع وحق الشرع لا يتادى بتعديله لان في زعم المدعي والشهود انه كاذب في انكاره فلا يصح تعديله وعند ابي حنيفة السوال فيما سوى الحدود والقصاص حق المشهود عليه وحق الانسان لا يطلب الا بطلبه فما لم يطعن لا يتحقق الطلب فلا يجب المسلة وذكر في كتاب التزكية ان المشهود عليه اذا قال للشاهد هو عدل لا يكتفى به ما لم ينضم اليه اخر على قول محمد فصار عن محمد روايتان في رواية لا يعتبر اصلا وفي رواية يقبل تعديله اذا انضم اليه غيره واما الذي يرجع الى فعل التعديل فهو ان يقول المعدل في التعديل هو عدل ولم يقل جايز الشهادة لا يقبل تعديله لجواز ان يكون الانسان عدلا في نفسه ولا تجوز شهادته كالمحدود في القذف اذا تاب وصلح والعبد الصالح الخ وكذا اذا قال في الرد هو ليس بعدل لا ترد ما لم يقل هو غير جايز الشهادة لان غير العدل هو الفاسق تجوز شهادته اذا تحرى القاضي الصدق في شهادته ولو قضى به القاضي ينفذ ومنها ان يسال المعدل في السر ولا

فان وجده عدلا يعدله في العلانية ايضا ويجمع بين المزكي والشهود وبين المدعي والمدعا عليه في تعديل العلانية وان لم يجده عدلا يقول للمدعي زد في شهودك ولا يكشف عن حال المجروح سترا على المسلم ولا يكتفي بتعديل السر خوفا عن الاحتيال والتزوير بان يسمي غير العدل باسم العدل فكان الادب هو التزكية في العلانية بعد التزكية في السر والله اعلم ولو اختلف المعدلان فعدله احدهما وجرحه الاخر سال القاضي غيرهما فان عدله اخر اخذ بالتزكية وان جرحه اخر اخذ بالجرح لان خبر الاثنين اولى بالقبول من خبر الواحد لانه حجة مطلقة واذا انضم الى كل واحد منهما رجل اخر فعدله اثنان وجرحه اثنان عمل بالجرح لان الجارح يعتمد حقيقة الحال والمعدل يبني الامر على الظاهر لان الظاهر من حال الانسان انه يظهر الصلاح ويكتم الفسق فكان قبول قول الجارح اولى وكذا لو جرحه اثنان وعدله ثلثة او اربعة او اكثر يعمل بقول الجارح لان الترجيح لا يقع بكثرة العدد في باب الشهادة ومنها ان يجلس جماعة من اهل الفقه يشاورهم ويستعين برايهم فيما يحتاج اليه لقوله تعالى وشاورهم في الامر ندب الله تعالى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى المشاورة مع انفتاح باب الوحي عليه فغيره اولى وعن ابي هريرة رضي الله عنه انه قال ما رايت احدا بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم اكثر مشاورة لاصحابه منه وروي انه عليه السلام كان يقول لابي بكر وعمر قولا فاني فيما لم يوح الي مثلكما ولان المشاورة في طلب الحق من باب المجاهدة في الله فيكون سببا للوصول الى سبيل الرشاد قال الله تعالى والذين جاهدوا فينا لنهدينهم سبلنا وينبغي ان يجلس معه من يوثق بدينه وامانته لئلا يضن بما عنده من الحق والصواب بل يهديه الى ذلك اذا رجع اليه ولا ينبغي ان يشاورهم بحضرة الناس لان ذلك يذهب بمهابة المجلس والناس يتهمونه بالجهل ولكن يقيم الناس عن المجلس ثم يشاورهم او يكتب في رقعة فيدفع اليهم او يكلمهم بلغة لا يفهمها الخصمان هذا اذا كان القاضي لا يدخله حصر باجلاسهم عنده ولا يعجز عن الكلام بين ايديهم فان كان لا يجلسهم فان اشكل عليه شي من احكام الحوادث بعث اليهم وسالهم ومنها ان يكون له جلواز وهو المسمى بصاحب المجلس في عرف ديارنا يقوم على راس القاضي لتهذيب المجلس وبيده سوط يودب به المنافق وينذر به المومن وقد روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يمسك سوطا ينذر به المومن ويودب به المنافق وكان ابو بكر رضي الله عنه يمسك سوطا وعمر رضي الله عنه اتخذ درة ومنها ان يكون له اعوان يشخصون الخصوم ويقومون بين يديه اجلالا له ليكون مجلسه اهيب والمتمرد للحق اذعن وهذا في زماننا فاما في زمن الصحابة والتابعين فما كان يقع الحاجة الى امثال هذا لانهم كانوا ينظرون الى الامرا والقضاة بعين التبجيل والتعظيم وينقادون للحق دون ذلك فقد روي ان عمر رضي الله عنه كان يقضي في المسجد فاذا فرغ استلقى على قفاه وتوسد بالحصا وما كان ينقص ذلك حرمته وروي انه لبس قميصا فاردادت اكمامه عن اصابعه فدعا بالشفرة فقطعها وكان لا يكفها اياما وكانت الاطراف متخلفة منها والناس يهابونه غاية الهيبة فاما اليوم فقد فسد الزمان وهان العلم واهله فوقعت الحاجة الى هذه التكليفات للتوسل الى احيا الحق وانصاف المظلوم من الظالم ومنها ان يكون له ترجمان لجواز ان يحضر مجلس القضا من لا يعرف القاضي لغته من المدعي والمدعا عليه والشهود والكلام في عدد الترجمان وصفاته على الاتفاق والاختلاف كالكلام في عدد المزكي وصفاته وقد ذكرناه ومنها ان يتخذ كاتبا لانه يحتاج الى محافظة الدعاوي والبينات والاقرارات ولا يمكنه حفظها فلا بد من الكتابة وقد يشق ان يكتب بنفسه فيحتاج الى كاتب يستعين به وينبغي ان يكون عفيفا صالحا من اهل الشهادة وله معرفة بالفقه اما العفة والصلاح فلان هذا من باب الامانة والامانة لا يوديها الا العفيف الصالح واما اهلية الشهادة فلان القاضي قد يحتاج الى شهادته واما معرفته بالفقه فلانه يحتاج الى الاختصار والحذف من

كلام الخصمين والنقل من لغة الي لغة ولا يقدر علي ذلك الا من له معرفة بالفقه فان لم يكن فقيها كتب
كلام الخصمين ولا يتصرف فيه بالزيادة والنقصان لئلا يوجب حقا لم يجب ولا يسقط حقا واجبا لان تصرف
غير الفقيه بتغيير الكلام لا يخلوا عن ذلك وينبغي ان يقعد الكاتب حيث يري ما يكتب وما يصنع فان
ذلك اقرب الي الاحتياط ثم في عرف بلادنا نقدم كتابة الدعوي علي الدعوي فيكتب الكاتب دعوي
المدعي ويترك موضع التاريخ بياضا لجواز ان تتخلف الدعوي عن يوم الكتابة ويترك موضع الجواب
بياضا لانه لا يدري ان المدعا عليه يقر او ينكر ويكتب اسما الشهود ان كان للمدعي شهود ويترك تحت
كل شاهد بين بياضا ليكتب القاضي التاريخ وجواب الخصم وشهادة الشهود بنفسه ثم يطوي الكاتب
الكتاب ويختمه ثم يكتب علي ظهره خصومة فلان بن فلان في شهر كذا في سنة كذا ويجعله في قمطره
وينبغي ان يجعل الخصومات كل شهر قمطرا علي حدة ليكون ابصر بذلك ثم يكتب في ذلك الشهر اسما
الشهود بنفسه علي بطاقة ويستكتب الكاتب بين يديه فيبعثها الي المعدل سرا وهي المسماة بالمستورة
والافضل ان يبعث علي يدي عدلين ولو بعث علي يدي عدل فهو علي الاختلاف الذي ذكرنا ومنها ان يقدم
الخصوم علي مراتبهم في الحضور الاول فالاول لقول النبي صلي الله عليه وسلم من سبق الي مباح من سبق وان
اشتبه عليه حالهم استعمل القرعة فقدم من خرجت قرعته الا الغربا اذا خاصموا اهل المصر اليه
او خاصم بعضهم بعضا او خاصمهم بعض اهل المصر فانه يقدمهم في الخصومة علي اهل المصر لما روي
عن عمر رضي الله عنه انه قال قدم الغريب فانك اذا لم ترفع به راسا ذهب وضاع حقه فتكون
انت ضيعته ندب الي تقديم الغريب ونبه علي المعني وهو ان الغريب لا يمكنه الانتظار فكان تاخيره
في الخصومة تضييعا لحقه الا اذا كانوا كثيرا بحيث يشتغل القاضي عن اهل المصر فيخلطهم باهل
المصر لان تقديمهم يضر باهل المصر وكذا يقدم صاحب الشهود علي غيره لان اكرام الشهود واجب
قال النبي صلي الله عليه وسلم اكرموا الشهود فان الله يحيي بهم الحقوق وليس من الاكرام حبسهم
علي باب القاضي وهذا اذا كان واحدا فان كانوا كثيرا اقرع فيما بينهم وينبغي ان يقدم الرجال
علي حدة والنسا علي حدة لما في الخلط من خوف الفتنة ولو راي ان يجعل لهن يوما علي حدة لكثرة
الخصوم فعل لان افراد هن بيوم استر لهن ومنها ان لا يتعب نفسه في طول الجلوس لانه يحتاج الي
النظر في الحجج وطول الجلوس يخل بالنظر فيها فلا ينبغي ان يفعل ذلك ولكنه يجلس طرفي النهار قدر
ما لا يفتر عن النظر في الحجج واذا تقدم الخصمان هل يسال المدعي عن دعواه ذكر في ادب القاضي
انه يسال وذكر في الزيادات انه لا يسال وكذلك المدعي اذا ادعي دعوي صحيحة هل يسال
القاضي المدعا عليه عن دعواه ذكر في ادب القاضي انه يسال وذكر في الزيادات انه لا يسال حتي يقول
المدعي سله عن دعواي وجه ما ذكر في الزيادات ان السوال عن الدعوي انشا الخصومة والقاضي
لا ينشي الخصومة وجه ما ذكر في الكتاب ان من الجايز ان ياخذ الخصم مهابة مجلس القاضي فيعجز
عن البيان دون سوال القاضي فيسال عن دعواه ومنها ان المدعي اذا اقام البينة فادعي المدعا
عليه الدفع وقال لي بينة حاضرة امهله زمانا لقول عمر رضي الله عنه في كتاب السياسة اجعل
للمدعي امدا ينتهي اليه واراد به مدعي الدفع الا تري انه قال وان عجز استحللت عليه القضا
ولانه لو لم يمهله وقضي ببينة المدعي ربما يحتاج الي نقض قضايه لجواز ان ياتي بالدفع فيوخر
صيانة للقضا عن النقض ثم ذلك مفوض الي راي القاضي ان شا اخر الي اخر المجلس وان شا
الي بعد الغد ولا يزيد عليه لان الحق قد وجب عليه فلا يسعه التاخير اكثر من ذلك وان ادعي بينة
غايبة لا يلتفت اليه بل يقضي للمدعي ومنها ان يجلس للقضا في اشهر المجالس ليكون ارفق بالناس
وهل يقضي في المسجد قال اصحابنا يقضي وقال الشافعي لا يقضي بل يقضي في بيته وجه قوله
ان القاضي ياتيه المشرك والحايض والنفسا ويجري بين الخصمين كلام اللغو والرفث والكذب

ينظر في هذا الحديث في نسخ غير هذه

لان

لان احد هما كاذب وتنزيه المسجد عن مثاله واجب ولنا الاقتدا برسول الله صلي الله عليه
وسلم واصحابه رضي الله عنهم فان رسول الله صلي الله عليه وسلم كان يقضي في المسجد وكذا
الخلفا الراشدين والصحابة والتابعون كانوا يجلسون في المسجد للقضا والاقتدا بهم واجب
ولا باس للقاضي ان يرد الخصوم الي الصلح ان طمع منهم ذلك لقوله والصلح خير فكان الرد الي
الصلح ردا الي الخير وقال عمر رضي الله عنه ردوا الخصوم الي الصلح فان فصل يورث بينهم
الضغاين ندب رضي الله عنه القضاة الي رد الخصوم الي الصلح ونبه عن المعني وهو حصول المقصود
من غير ضغينة ولا يزيد علي مرة او مرتين فان اصطلحا والا قضا بينهما ما يوجبه الشرع وان لم يطمع
منهم الصلح لا يردهم اليه بل ينفذ القضية فيهم لانه لا فايدة في الرد وهل للقاضي ان ياخذ الرزق فان
كان فقيرا له ان ياخذ لانه يعمل للمسلمين فلا بد له من الكفاية ولا كفاية له فان كانت كفايتهم من بيت
مالهم الا ان يكون ذلك اجرة عمله وينبغي ان يوسع عليه وعلي عياله كيلا يطمع في اموال الناس
وروي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم لما بعث عتاب بن اسيد الي مكة وولاه وولاه امرها
رزقه اربعماية درهم في كل عام وروي ان الصحابة رضي الله عنهم اجروا لابي بكر رضي الله عنه كل
يوم درهما وثلث او ثلثان في بيت المال وكذا روي انه كان لعمر رضي الله عنه مثل ذلك من بيت
المال وكان لعلي رضي الله عنه من بيت المال كل يوم قصعة من ثريد ورزق عمر رضي الله عنه
شريحا وروي ان عليا رضي الله عنه فرض له خمسماية درهم في كل شهر وان كان غنيا اختلفوا فيه
قال بعضهم لا يحل له ان ياخذ لان الاخذ بحكم الحاجة ولا حاجة له الي ذلك وقال بعضهم يحل له الاخذ
والافضل ان ياخذ اما الحل فلما بينا انه عامل للمسلمين فكانت كفايته عليهم لا من طريق الاجرة
واما الافضلية فلانه وان لم يكن محتاجا فاما ياتي بعده قاضي محتاج وهو وقد صار سنة ورسما
فيمتنع السلاطين عن ايصال رزق القضاة اليهم خصوصا سلاطين زماننا فكان الامتناع
من الاخذ شحا بحق غيره فكان الافضل هو الاخذ وليس للقاضي ان يستخلف الا اذا اذن له
الامام بذلك لانه يتصرف فيتقيد بقدر ما فوض اليه كالوكيل ولو استخلف توقفت قضايا
خليفته علي اجازته كالوكيل الخاص اذا وكل غيره فتصرف ولو كان الامام اذن له بذلك له ذلك
كالوكيل العام والله اعلم وفي اداب القضا وما ندب القاضي الي فعله كثرة لها كتاب مفرد يعرف
هناك ان شا الله تعالي

فصل

واما بيان ما ينفذ من القضايا وما ينقض منها اذا رفع الي قاض
اخر فنقول وبالله التوفيق قضا القاضي الاول لا يخلوا اما ان وقع في فصل فيه نص مفسر من
الكتاب والسنة المتواترة او اجماع واما ان وقع في فصل مجتهد فيه من ظواهر النصوص والقياس
فان وقع في فصل فيه نص مفسر من الكتاب والخبر المتواتر او اجماع فان وافق قضاوه ذلك
نفذه الثاني ولا يحل له النقض لانه وقع صحيحا قطعا وان خالف شيا من ذلك رده لانه وقع باطلا
قطعا وان وقع في فصل مجتهد فيه فلا يخلوا اما ان كان مجمعا علي كونه مجتهدا فيه واما ان كان مختلفا
في كونه مجتهدا فيه فان كان مجمعا علي كونه محل الاجتهاد فاما ان كان المجتهد هو المقضي به واما ان
كان نفس القضا فان كان المجتهد فيه هو المقضي به رفع قضاوه الي قاض اخر لم يرده الثاني بل
ينفذه لكونه قضا مجمع علي صحته لما ذكرنا من قبل ان الناس علي اختلافهم في المسلة اتفقوا علي ان
للقاضي ان يقضي باي الاقوال الذي مال اليه اجتهاده فكان قضا مجمع علي صحته فلو نقضه
انما ينقضه بقوله وفي صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ما صح بالاتفاق بقول مختلف في صحته
ولانه ليس مع الثاني دليل قطعي بل اجتهادي وصحة قضا الاول يثبت بدليل قطعي وهو اجماعهم علي جواز
القضا باي وجه اتضح له فلا يجوز نقض ما مضي بدليل قاطع بما فيه شبهة ولان الضرورة توجب
القول بلزوم القضا المبني علي الاجتهاد وان لا يجوز نقضه لانه لو جاز نقضه برفعه الي قاض اخر

بري خلاف راي الاول فينقضه ثم يرفعه المدعي الى قاض اخر يري خلاف راي القاضي الثاني فينقض
بعضه فيقضي كما قضي الاول فيودي الي ان لا تندفع الخصومة والمنازعة ابدا والمنازعة سبب الفساد
والعضا وما ادي الي الفساد فساد فان رده القاضي الثاني ورفع الي قاض ثالث فقد قضي القاضي الاول
وابطل قضا الثاني لان قضا الاول صحيح وقضا الثاني بالرد باطل هذا اذا كان الاول قاضي اهل العدل
فان كان قاضي اهل البغي فرفعت قضاياه الي قاضي اهل العدل بان ظهر اهل العدل علي المصر الذي كان في يد
الخوارج فرفعت الي قاضي اهل العدل قضايا قاضيهم لم ينفذ شيا منها بل نقضها كلها وان كانوا من
اهل القضا والشهادة كتبا وغيظا لهم ليزجروا عن البغي والله اعلم وان كان نفس القضا مجتهدا
فيه انه يجوز ام لا كما لو قضي بالحجر علي الحر يا الحجر او قضي علي الغايب يجوز للقاضي الثاني ان ينقض الاول
اذا مال اجتهاده الي خلاف اجتهاد الاول لان قضاه هاهنا لم يجز بقول الكل بل بقول البعض دون
البعض فلم يكن جوازه متفقا عليه فلا يحتمل النقض بمثله بخلاف الفصل الاول لان جواز القضا هناك ثبت
بقول الكل فكان متفقا عليه فلا يحتمل النقض بقول البعض ولان المسلة اذا كانت مختلفا فيها فالقاضي بالقضا
يقطع احد الاختلافين ويجعل متفقا عليه في الحكم بالقضا المتفق علي جوازه واذا كان نفس القضا مختلفا
فيه كيف يرفع الخلاف بالخلاف والله اعلم هذا اذا كان القضا في محل اجمعوا علي كونه محل الاجتهاد فاما اذا
كان في محل اختلفوا انه محل الاجتهاد ام لا كبيع ام الولد انه هل ينفذ فيه قضا القاضي عند ابي حنيفة
وابي يوسف ينفذ لانه محل الاجتهاد عندهما لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم في جواز بيعها وعند محمد
لا ينفذ لوقوع الاتفاق بعد ذلك من الصحابة وغيرهم علي انه لا يجوز بيعها فخرج عن محل الاجتهاد وهذا يرجع
الي ان الاجماع المتاخر هل يرفع الخلاف المتقدم عندهما لا يجوز يرفع وعنده يرفع فكان هذا الفصل
مختلفا في كونه مجتهدا فيه فينظر ان كان من راي القاضي الثاني انه مجتهد ينفذ قضاوه ولا يرده لما
ذكرنا في ساير المجتهدات المتفق عليها وان كان من رايه انه خرج عن محل الاجتهاد وصار متفقا عليه
لا ينفذه بل يرده لان عنده ان قضا الاول وقع مخالفا للاجماع فكان باطلا ومن مشايخنا من فصل
في المجتهدات تفصيلا اخر فقال ان كان الاجتهاد شنيعا مستنكرا جاز للقاضي الثاني ان ينقض قضا
الاول وهذا فيه نظر لانه اذا صح كونه محل الاجتهاد فلا معني للفصل بين مجتهد ومجتهد لان ما ذكرنا
من المعني لا يوجب الفصل بين مجتهد ومجتهد فينبغي ان لا يجوز للقاضي نقضه لان قضاه صادف
محل الاجتهاد والله اعلم

فصل واما بيان ما يحله القضا وما لا يحله فالاصل ان قضا القاضي بشاهدي
زور فيما له ولاية انشايه في الجملة يفيد الحل عند ابي حنيفة رحمه الله وقضاوه بهما فيما ليس له ولاية
انشايه اصلا لا يفيد الحل بالاجماع وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي لا يفيد الحل فيهما بالاجماع
جميعا وجملة الكلام فيه ان القاضي اذا قضي بشاهدين ثم ظهر انهما شاهدا زور فلا يخلو اما ان
قضي بعقد او فسخ عقد واما ان قضي بملك مرسل فان قضا بعقد او بفسخ عقد نفذ قضاوه ويفيد الحل
عنده وعندهم لا يفيد ولقب المسلة ان قضا القاضي في العقود والفسوخ بشهادة زور هل ينفذ
ظاهرا وباطنا وهو علي الاختلاف وان قضا بملك مرسل لا ينفذ قضاوه باطنا بالاجماع وبيان هذه الجملة
في مسايل اذا ادعي رجل علي امراة انه تزوجها فانكرت المراة فاقام علي ذلك شاهدي زور فقضي
القاضي بينهما في النكاح وهما يعلمان انه لا نكاح بينهما حل للرجل وطيها وعنده وحل للمراة التمكين عند
ابي حنيفة وعندهم لا يحل وكذلك اذا شهد شاهدان علي رجل انه طلق امراته ثلثا وهو منكر فقضي القاضي
بالفرقة ثم تزوجها احد الشاهدين حل له وطيها وان كان يعلم انه يشهد بزور عند ابي حنيفة
وعندهم لا يحل وعلي هذا الخلاف دعوي البيع والاعتاق وفي الهبة عند ابي حنيفة روايتان واجمعوا
علي انه لو ادعي نكاح امراة وهو منكر وتقول انا اخته من الرضاعة وانا في عدة من زوج من اخر
فتشهد بالنكاح اخران وقضي القاضي بشهادتهما والمراة تعلم انها كما اخبرت لا يحل لها التمكين

واجمعوا

واجمعوا ايضا علي انه لو ادعي علي رجل ان هذه جاريته وهي تنكر فاقام علي ذلك شاهدين وقضي القاضي
بالجارية له لا يحل له وطيها اذا كان يعلم انه كاذب في دعواه ولا يحل لاحد الشاهدين ايضا ان يشتريها
احتجوا بما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال انكم تختصمون الي ولعل بعضكم الحن
بحجة من بعض وانما انا بشر فمن قضيت له من مال اخيه شيا فانما اقطع له قطعة من النار اخبر
النبي صلي الله عليه وسلم ان القضا بما ليس للمدعي قضا له بقطعة من النار ولو نفذ قضاوه باطنا
لما كان القضا به قضا بقطعة من النار ولان القضا انما ينفذ بالحجة وهي الشهادة الصادقة
وهذه كاذبة بيقين فلا ينفذ حقيقة ولهذا لم ينفذ بالملك المرسل وكذا اذا كانت المراة محرمة
بالعدة والردة او الرضاع او القرابة او المصاهرة كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله ان قضا القاضي
بما يحتمل الانشا انشا له فينفذ ظاهرا وباطنا كما لو انشا صريحا ودلالة الوصف ان القاضي مامورا
بالقضا بالحق ولا يقع قضاوه بالحق فيما يحتمل الانشا الا بالحمل علي الانشا لان البينة قد تكون صادقة
وقد تكون كاذبة فيجعل منشيا والعقود والفسوخ مما تحتمل الانشا من القاضي فان للقاضي
ولاية انشايها في الجملة بخلاف الملك المرسل لان نفس الملك مما لا يحتمل الانشا ولهذا لو انشاه القاضي
صريحا او غيره لا يصح وبخلاف ما اذا كانت المراة محرمة باسباب لان هناك ليس للقاضي ولاية الانشا
الا تري انه لو انفذ صريحا لا ينفذ واما الحديث فقد قيل انه صلي الله عليه وسلم قال في ذلك في
مواريث درست والميراث ومطلق الملك سوا في الدعوي وبه نقول معا انه ليس فيه ذكر
السبب والكلام في القضا بسبب علي انا نقول بموجبه لكن لما قلتم ان القضا بسبب قضا له من
حق اخيه بغير حق بل هو قضا له من مال نفسه وبحق لان القضا بسبب الملك صحيح عنده فقد قلنا
بموجب الحديث بحمد الله والله الموفق

فصل واما بيان حكم خطا القاضي في القضا فالاصل ان
القاضي اذا اخطا في قضايه بان ظهر ان الشهود كانوا عبيدا او محدودين في قذف انه لا يواخذ
بالضمان لانه بالقضا لم يعمل لنفسه بل لغيره فكان بمنزلة الرسول فلا تلحقه العهدة ثم ينظر ان كان
المقضي به من حقوق العباد فاما ان كان من حقوق الله تعالي خالصا كالقطع في السرقة والرجم في الزنا
مع الاحصان فان كان من حقوق العباد فان كان مالا وهو قايم رده علي المقضي عليه لان قضاه وقع
باطلا ورد عين المقضي به فيلزمه رده لقول النبي صلي الله عليه وسلم علي اليد ما اخذت حتي ترده ولانه
عين مال المدعا عليه ومن وجد عين ماله فهو احق به وان كان هالكا فالضمان علي المقضي له لان
القاضي عمل له فكان خطاوه عليه ليكون الخراج بالضمان ولانه اذا عمل له صار كانه هو الذي فعل
بنفسه وان كان حقا ليس بمال كالطلاق والعتاق بطل لانه تبين ان قضاه وقع باطلا وانه امر شرعي
يحتمل الرد فيرد بخلاف الحدود والمال الهالك لانه لا يحتمل الرد بنفسه ويرد بالضمان هذا اذا كان
المقضي به من حقوق العباد فاما اذا كان من حقوق الله تعالي خالصا فضمانه في بيت المال لانه عمل فيها
لعامة المسلمين لعود منفعة اليهم وهو الزجر فكان خطاوه عليهم لما قلنا فيودي من بيت مالهم ولا يضمن
القاضي لما قلنا ولا الحداد ايضا لانه عمل بامر القاضي والله اعلم

فصل واما بيان ما يخرج به القاضي
عن القضا فنقول وبالله التوفيق كل ما يخرج به الوكيل عن الوكالة يخرج به القاضي عن القضا وما يخرج
به الوكيل عن الوكالة اشيا ذكرناها في كتاب الوكالة لا يختلفان الا في شي واحد وهو ان الموكل اذا
مات ينعزل الوكيل والخليفة اذا مات او خلع لا ينعزل قضاته وولاته ووجه الفرق ان الوكيل
يعمل بولاية الموكل في خالص حقه ايضا وقد بطلت اهلية الولاية بموته فينعزل الوكيل والقاضي
لا يعمل بولاية الخليفة وفي حقه بل بولاية عامة المسلمين وفي حقوقهم وانما الخليفة بمنزلة الرسول
عنهم ولهذا لا تلحقه العهدة كالرسول في ساير العقود والوكيل في النكاح وان كان رسولا كان فعله
بمنزلة عامة المسلمين وولايتهم بعد موت الخليفة باقية فيبقي القاضي علي ولايته وهذا بخلاف العزل

ان الخليفة اذا عزل القاضي او الوالي ينعزل بعزله ولا ينعزل بموته لانه لا ينعزل بعزل الخليفة ايضا حقيقة
بل بعزل العامة لما ذكرنا ان ولايته بتولية العامة والعامة ولوه الاستبدال دلالة لتعلق مصلحتهم
بذلك فكان الاستبدال منهم معنى وانما الخليفة رسول منهم في العزل ايضا فهو الفرق بين العزل وبين الموت
ولو استخلف القاضي باذن الامام ثم مات القاضي لا ينعزل خليفته لانه نايب الامام في الحقيقة لا نايب القاضي
ولا ينعزل بموت الخليفة ايضا كما لا ينعزل القاضي لما بينا ولا يملك القاضي عزل خليفته لانه نايب الامام
فلا ينعزل بعزله كالوكيل لانه لا يملك عزل الوكيل الثاني لان الثاني وكيل الموكل في الحقيقة لا وكيله كذا هاهنا
الا اذا اذن الخليفة بان يستبدل من شا فيملك عزله ويكون ذلك ايضا عزلا من الخليفة لان القاضي
كالوكيل اذا قال له الموكل اعمل برايك انه يملك التوكيل والعزل واذا عزل كان العزل في الحقيقة من الموكل
كذا هذا وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل في هذا كله كما في الوكالة والله اعلم وهل ينعزل باخذ الرشوة
في الحكم عندنا لا ينعزل لكنه يستحق العزل فيعزله الامام ويعزره كذا ذكر في كتاب الحدود وقال مشايخ
العراق من اصحابنا انه ينعزل وقالوا صحة الرواية عن اصحابنا انه ينعزل واستدلوا بما ذكر في السير الكبير
انه يخرج من القضا لكن قراة مشايخنا انه يخرج من القضا وهذه القراة الاولى لان هذه الولاية متشابهة
ورواية كتاب الحدود محكمة لانه ذكر في الامام يعزله ويعزره فكان فيما قلنا حمل المحتمل على المحكم فكان
عملا بالروايتين جميعا فكان اولى وهذا عندنا وقال الشافعي ينعزل وهو قول المعتزلة ولقب المسلة
ان القاضي اذا فسق هل ينعزل فعندنا لا ينعزل وعند الشافعي ينعزل وبه قالت المعتزلة لكن بناء على
اصلين مختلفين فاصل المعتزلة ان الفسق يخرج صاحبه عن الايمان فتبطل اهلية القضا واصل
الشافعي ان العدالة اهلية القضا كما هي شرط اهلية الشهادة لان اهلية القضا تدور على اهلية الشهادة
وقد زالت بالفسق فتبطل والاصل عندنا ان الكبيرة لا تخرج صاحبها عن الايمان والعدالة ليست بشرط
اهلية القضا كما انها ليست بشرط لاهلية الشهادة على ما ذكرنا والله اعلم

كتاب الحجر والحبس

في الكتاب فصلان فصل في الحجر وفصل في الحبس اما الحجر فالكلام فيه في ثلاث
مواضع احدها في بيان اسباب الحجر والثاني في بيان حكم الحجر والثالث في بيان ما يرفع الحجر اما الاول
فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة الاسباب الموجبة للحجر ثلثة ما لها رابع الجنون والصبي والرق وهو
قول زفر وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي وعامة العلما السفه والتبذير ومطل الغني ووجوب
الدين وخوف ضياع المال بالتجارة والتلجية والاقرار لغير الغرما من اسباب الحجر ايضا فيجري الحجر
عندهم في السفيه المفسد للمال بالصرف الى الوجوه الباطلة وفي المبذر الذي يسرف في النفقة
ويغبن في التجارات وفيمن يمتنع عن قضا الدين مع القدرة اذا ظهر مطله عند القاضي او طلب الغرما من
القاضي ان يبيع عليه ماله ويقضي به دينه وفيمن ركبته الديون وله مال فخاف الغرما ضياع امواله
بالتجارة فرفعوا الامر الى القاضي وطلبوا منه ان يحجر عليه او خافوا ان يلجي امواله فطلبوا من القاضي
ان يحجره عن الاقرار الا للغرما فيجري الحجر في هذه المواضع عندهم وعنده لا يجري وما روي ان ابا حنيفة
رحمه الله انه كان لا يري الحجر الا على ثلثة المفتي الجاهل والطبيب الجاهل والمكاري المفلس وليس المراد منه
حقيقة الحجر وهو المعنى الشرعي الذي يمنع نفوذ التصرف الا تري المفتي لو افتي بعد الحجر واصاب في
الفتوي جاز ولو افتي بعد الحجر واخطا لا يجوز وكذا الطبيب لو باع الادوية بعد الحجر نفذ بيعه فدل
انه ما اراد به الحجر حقيقة وانما اراد به المنع الحسي اي يمنع هولا الثلثة عن عملهم حسا لان المنع عن ذلك
من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لان المفتي الجاهل يفسد اديان المسلمين والطبيب الجاهل يفسد
ابدان المسلمين والمكاري المفلس يفسد اموال المسلمين في المفازة فكان منعهم من ذلك من باب
الامر بالمعروف والنهي عن المنكر لا من باب الحجر فلا يلزمه التناقض بحمد الله ولو حجر القاضي على السفيه ونحوه
لم ينفذ حجره عند ابي حنيفة حتى لو تصرف بعد الحجر ينفذ تصرفه عنده وان كان الحجر هاهنا محل الاجتها

لان الحجر

لان الحجر من القاضي قضا منه وقضا القاضي في المجتهدات انما ينفذ ويصير كالمتفق عليه اذا لم يكن نفس
القضا مجتهدا فيه فاما اذا كان فلا ثم لا فسائر المجتهدات التي لا يرجع الي نفس الاجتهاد فيها الي نفس القضا
وقد ذكرنا الفرق في كتاب ادب القاضي واختلف ابو يوسف ومحمد فيما بينهما في السفيه انه لا يصير
محجورا بنفس السفه ام يتوقف الانحجار على حجر القاضي قال ابو يوسف لا يصير محجورا الا بحجر القاضي وقال
يحجر بنفس السفه من غير الحاجة الي حجر القاضي وحجة العامة فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا
او لا يستطيع ان يمل هو فليملل وليه بالعدل جعل الله لكل واحد من المذكورين منهم السفيه وعند
ابي حنيفة لا ولي للسفيه ولانه اذا كان له ولي دل انه مولي عليه فلا ينفذ تصرفه كالصبي والمجنون
وقوله تعالي ولا تؤتوا السفها اموالكم نهي عن اعطا الاموال السفها وعنده يدفع اليه ماله اذا بلغ
خمسا وعشرين سنة وان كان سفيها وروي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم باع على معاذ ماله بسبب
ديون ركبته وهذا نص في الباب لان البيع عليه لا يذكر الا في غير موضع الرضا ولان التصرفات شرعت
لمصالح العباد والمصلحة تتعلق بالاطلاق مرة وبالحجر اخري والمصلحة هاهنا في الحجر ولهذا اذا بلغ
الصبي سفيها يمنع عنه ماله الي خمس وعشرين بلا خلاف ولهذا حجر على الصبي والمجنون لكون الحجر مصلحة
في حقهما كذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله عموما ان البيع والهبة والاقرار واليمين والظهار من قوله
تعالي واحل الله البيع وقوله تعالي يا ايها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الي اجل مسمي فاكتبوه الي قوله تعالي
ولا يبخس منه شيا اجاز البدلين حيث ندب الي الكتابة واثبت الحق حيث امر من عليه الحق بالاملا ونهي
عن البخس عاما من غير تخصيص وقوله تعالي يا ايها الذين امنوا لا تاكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون
تجارة عن تراض منكم وبيع مال المديون عليه تجارة لا عن تراض فلا يجوز وبيع السفيه ماله تجارة عن
تراض فيجوز وقوله تعالي يا ايها الذين امنوا كونوا قوامين بالقسط شهدا لله ولو على انفسكم عاما وشهادة
الانسان على نفسه اقرار وقوله تعالي واذا حييتم بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها وقوله صلي الله عليه
وسلم تهادوا تحابوا واية الظهار واية اليمين شرع الله هذه التصرفات عاما والحجر عن المشروع مناقض
وكذا نص الظهار واليمين يقتضيان وجوب التحرير على المظاهر والحالف الحانث وجوازه عن الكفارة عاما
وعند ابي يوسف ومحمد لا يجب التحرير على السفيه ولو حرر لا يجزيه عن الكفارة لانه تجب السعاية على العبد
فيكون اعتاقا بعوض فلا يقع التحرير تكفيرا فكانت الاية حجة عليهما ولان بيع السفيه مال نفسه تصرف
صدر ركنه من الاهل في محل هو خالص ملكه فينفذ كتصرف الرشيد وهذا لان وجود التصرف حقيقة
بوجود ركنه ووجوده شرعا بصدوره من اهله وحلوله في محله وقد وجد وبيع مال المديون عليه
تصرف في ملك الغير من غير رضا المالك وانه لا ينفذ كالفضولي واما الاية فقد قال بعض اهل التاويل
السفيه هو الصغير وبه نقول وقيل ايضا ان الولي هاهنا من له الحق يملي بالعدل عند حضرة من
عليه الحق لئلا يزيد على من عليه شيا ولو زاد انكر عليه وقوله تعالي ولا تؤتوا السفها اموالكم فقد
قال بعض اهل التاويل المراد من السفها النسا والاولاد الصغار بدليل قوله تعالي في سياق الاية
وارزقوهم فيها واكسوهم ورزق النسا والاولاد الصغار هو الذي يجب على الاوليا والازواج لا
رزق السفيه وكسوته فان ذلك يكون من مال السفيه على ان في الاية ان لا تؤتوهم مال انفسكم
لانه اضاف الاموال الي المعطي لا الي المعطى له وبه نقول واما بيع مال معاذ رضي الله عنه فقد كان
برضاه اذ لا يظن به انه كان يكره بيع رسول الله صلي الله عليه وسلم ويمتنع بنفسه عن قضا الدين
معها انه قد روي انه طلب من رسول الله صلي الله عليه وسلم ان يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه
مقضيا ببركته كما روي عن جابر رضي الله عنه انه لما استشهد ابوه يوم احد وترك ديونا فطلب
جابر من النبي صلي الله عليه وسلم ان يبيع امواله لينال بركته فيصير دينه بذلك مقضيا وكان كما ظن والا
ستدلال بمنع المال اذا بلغ سفيها لا يستقيم لان المنع تصرف في المال والحجر تصرف على النفس والنفس اعظم

خطرا من المال فثبوت ادني الولايتين لا يدل على ثبوت اعلاهما ثم نقول انما يمنع عن ماله نظرا له تقليلا للسفه لما ان السفه غالبا يجري في الهبات والتبرعات فاذا منع عنه ماله ينسد باب السفه فيقل السفه فاما المعاوضات فلا يغلب فيها السفه فلا حاجة الي الحجر لتقليل السفه وانه يقل بدونه فيتمحض الحجر ضررا بابطال اهليته وهذا لا يجوز بخلاف الصبي والمجنون لانهما ليس من اهل التصرف فلم يتضمن الحجر ابطال الاهلية والله اعلم **فصل** واما حكم الحجر فحكمه يظهر في مال المحجور وفي التصرف في ماله اما حكم المال فاما المجنون فانه يمنع عنه ماله مادام مجنونا وكذا الصبي الذي لا يعقل لان وضع المال في يد من لا عقل له اتلاف المال واما الصبي العاقل فيمنع عنه ماله الي ان يونس منه رشده ولا باس للولي ان يدفع شيا من امواله ويأذن له بالتجارة للاختبار عنه لقوله تعالي وابتلوا اليتامي اذن للاوليا في ابتلا اليتامي والابتلا الاختبار وذلك بالتجارة فكان الاذن بالابتلا اذنا بالتجارة واذا اختبره فان انس منه رشدا دفع اليه الباقي لقوله تعالي فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم اموالهم والرشد هو الاستقامة والاهتدا في حفظ المال واصلاحه وهذا عندنا وعند الشافعي يمنع عنه ماله ولا يجوز للولي ان يدفع شيا من امواله اليه وان يأذن له بالتجارة قبل البلوغ والمسلة ذكرت في كتاب الماذون وان لم يونس منه رشدا منعه منه الي ان يبلغ فاذا بلغ رشيدا دفع اليه وان بلغ سفيها مفسدا مبذرا فانه يمنع عنه ماله الي خمس وعشرين سنة بالاجماع فاذا بلغ هذا المبلغ ولم يونس رشده دفع اليه عند ابي حنيفة وعندهما لا يدفع اليه مادام سفيها واما الرقيق فلا مال له يمنع منه فلا يظهر اثر الحجر في حقه في المال وانما يظهر في التصرف هذا حكم الحجر واما حكمه في تصرفه فالتصرف لا يخلو اما ان يكون من الاقوال واما ان يكون من الافعال اما التصرفات القولية فعلي ثلاثة اقسام نافع محض وضار محض ودائر بين الضرر والنفع اما المجنون فلا يصح منه التصرفات القولية كلها فلا يجوز طلاقه وعتاقه وكتابته واقراره ولا ينعقد بيعه وشراوه حتي لا تلحقه الاجازة ولا يصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا الصبي الذي لا يعقل لان الاهلية شرط جواز التصرف وانعقاده ولا اهلية بدون العقل واما الصبي العاقل فتصح منه التصرفات الضارة المحضة بالاجماع واما الدايرة بين الضرر والنفع كالبيع والشرا والاجارة ونحوها فينعقد عندنا موقوفا على اجازة وليه فان اجاز جاز وان رد بطل وعند الشافعي لا ينعقد اصلا وهي مسلة تصرفات الصبي العاقل وقد مرت في موضعها واما الرقيق فيصح منه قبول الهبة والصدقة والوصية وكذا يصح طلاقه واقراره بالحدود والقصاص واما اقراره بالمال فلا يصح في حق مولاه ويصح في حق نفسه حتي يواخذ به بعد العتاق واما البيع وغيره من التصرفات الدايرة الدايرة بين الضرر والنفع فلا ينفذ بل ينعقد موقوفا على اجازة المولي ودلايل هذه المسايل ذكرت في مواضعها واما التصرفات الفعلية وهي الغصوب والاتلافات فهذه العوارض وهي الصبا والجنون والرق ولا توجب الحجر فيها حتي لو اتلف الصبي والمجنون شيا فضمانه في مالهما وكذا العبد اذا اتلف مال انسان فانه يواخذ به لكن بعد العتاق واما السفيه فعند ابي حنيفة ليس بمحجور عن التصرف اصلا وحاله وحال الرشيد سوا لا يختلفان الا في شي واحد وهو ان الصبي اذا بلغ سفيها يمنع عنه ماله الي خمس وعشرين واذا بلغ رشيدا يدفع اليه ماله فاما في التصرفات فلا يختلفان حتي لو تصرف بعد ما بلغ سفيها ومنع عنه ماله صح نفذ تصرفه كما ينفذ بعد دفع اليه عنده واما عندهما فحكمه وحكم الصبي العاقل البالغ والمعتوه سوا فلا ينفذ بيعه وشراوه واجارته وهبته وصدقته وما اشبه ذلك من التصرفات التي تحتمل النقض والفسخ واما فيما سوي ذلك فحكمه وحكم البالغ العاقل الرشيد سوا فيجوز طلاقه وعتاقه ونكاحه واعتاقه وتدبيره واستيلاده ويجب عليه نفقة زوجاته واقاربه والزكاة في ماله وحجة الاسلام وينفق على زوجاته واقاربه ويودي

الزكاة من ماله ولا يمنع من حجة الاسلام ولا من العمرة ولا من القرابين وسوق البدنة لكن يسلم القاضي النفقة والكرا والهدي على يدي امين لينفق عليه في الطريق ولا ولاية لا عليه لابيه وجده ووصيهما ويجوز اقراره على نفسه بالحدود والقصاص وتجب وصاياه بالقرب في مرض موته من ثلث ماله وغير ذلك من التصرفات التي تصح من العاقل البالغ الرشيد الا انه اذا تزوج امراة باكثر من مهر مثلها فالزيادة باطلة واذا اعتق عبده يسعي في قيمته في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي عن محمد انه رجع عن ذلك وقال يعتق من غير سعاية فاما فيما سوي ذلك فلا يختلفان ولو باع السفيه او اشتري نظر القاضي في ذلك فما كان خيرا اجازه وما كان فيه مضرة رده والله اعلم **فصل** واما بيان ما يرفع الحجر اما الصبي فالذي يرفع الحجر عنه شيان احدهما اذن الولي اياه في التجارة والثاني بلوغه الا ان الاذن بالتجارة يزيل الحجر عن التصرفات الدايرة بين الضرر والنفع واما التصرفات الضارة المحضة فلا يزيل الحجر عنها الا البلوغ وهذا عندنا وعند الشافعي لا يزيل الحجر عن الصبي الا البلوغ وقد مرت المسلة ثم عند ابي حنيفة يزول الحجر عن التصرف بالبلوغ سوا بلغ رشيدا او سفيها وكذا عند ابي يوسف الا ان يحجر عليه القاضي بعد البلوغ فينحجر بحجره وعند ابي حنيفة لا ينحجر عن التصرف بحجر القاضي لكن يمنع ماله الي خمس وعشرين سنة وعند محمد والشافعي لا يزول الا ببلوغه رشيدا ثم البلوغ في الغلام يعرف بالاحتلام والاحبال والانزال وفي الجارية يعرف بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد شي من ذلك فيعتبر بالسن اما معرفة البلوغ بالاحتلام فلما روي عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال رفع القلم عن ثلاثة منها الصبي حتي يحتلم جعل الاحتلام غاية لارتفاع الخطاب والخطاب بالبلوغ دل ان البلوغ يثبت بالاحتلام والادراك عبارة عن البلوغ وكمال الحال وذلك بكمال القوة والقدرة من حيث سلامة الاسباب والالات هي امكان استعمال ساير الجوارح السليمة وذلك لا يتحقق علي الكمال الا عند الاحتلام فان قيل استعمال ساير الجوارح ان كان ثابتا فاما امكان استعمال الالة المخصوصة وهي اقتضا الشهوة على سبيل الكمال فليس بثابت لان كمالها بالانزال والاحتلام سبب لنزول الما في الاغلب فجعل علما على البلوغ ولان الله تعالي ابتغا الولد واخبر انه مكتوب لنا بقوله تعالي وابتغوا ما كتب الله لكم والتكليف بابتغا الولد انما يتوجه في وقت لو ابتغي الولد لوجد فلا يكون ذلك الا في حال خروج الما للشهوة وذلك في حق الصبي بالاحتلام في المتعارف ولان عند الاحتلام يخرج عن حيز الاولاد ويدخل في حيز الاباء حتي يسمي ابو فلان لا ولد فلان في المتعارف لان عنده يصير من اهل العلوق فكان الاحتلام علما على البلوغ واذا ثبت ان البلوغ يثبت بالاحتلام يثبت بالانزال لان ما ذكرنا من المعاني يتعلق بالنزول لا بنفس الاحتلام الا ان الاحتلام سبب نزول الما عادة فعلق الحكم به وكذا الاحبال لانه لا يتحقق بدون الانزال عادة فان لم يوجد شي مما ذكرنا فيعتبر البلوغ بالسن وقد اختلف العلما في ادني السن التي يتعلق بها البلوغ قال ابو حنيفة رحمه الله ثمانية عشر سنة في الغلام وسبعة عشر في الجارية وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي خمسة عشر في الغلام والجارية جميعا وجه قولهم ان المؤثر في الحقيقة هو العقل وهو الاصل في الباب اذ به قوام الاحكام وانما الاحتلام جعل حدا في الشرع لكونه دليلا على كمال العقل والاحتلام لا يتاخر عن خمسة عشر عادة فاذا لم يحتلم الي هذه المدة علم ان ذلك لافة في خلقته والافة في الخلقة لا توجب الافة في العقل فكان العقل قايما بلا افة فوجب اعتباره في لزوم الاحكام وقد روي عن ابن عمر رضي الله عنهما انه عرض على رسول الله صلي الله عليه وسلم غلام وهو ابن اربع عشرة سنة فرده وعرض وهو ابن خمسة عشر فاجازه فقد جعل خمسة عشر حدا للبلوغ ولابي حنيفة رحمه الله ان الشرع لما علق الحكم والخطاب بالاحتلام بالدلايل التي ذكرناها فيجب بنا الحكم عليه ولا يرفع الحكم عنه ما لم يتيقن بعدمه ويقع الياس عن وجوده وانما يقع الياس بهذه المدة لان الاحتلام الي هذه المدة متصور في الجملة فلا يجوز ازالة الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع الاحتلام على هذا اصول الشرع

فان حكم الحيض لما كان في حق الكبيرة لا يزول بامتداد الطهر ما لم يوجد الياس وجب الانتظار لمدة
الياس لاحتمال عود الحيض وكذا التفريق في حق العنين لا يثبت ما دام الوصول ثابتا بل يوجل سنة
لاحتمال في فصول السنة فاذا مضت السنة ووقع الآن يحكم بالتفريق واذا امرنا الله تعالى باظهار
الحجج في حق الكفار والدعا الى الاسلام الى ان يقع الياس عن قبولهم فما لم يقع الياس لا يباح لنا القتال
فكذلك هاهنا ما دام الاحتلام مرجوا يجب الانتظار ولا ياس بعد مدة خمسة عشر الى هذه المدة
بل هو مرجو فلا يقطع الحكم الثابت بالاحتلام عنه مع رجا وجوده بخلاف ما بعد هذه المدة فانه لا يحتمل
وجوده بعدها فلا يجوز اعتباره في زمان الياس عن وجوده واما الحديث فلا حجة فيه لانه يحتمل
انه اجاز ذلك لما علم صلى الله عليه وسلم انه احتلم في ذلك الوقت ويحتمل ايضا انه اجاز لما راه صالحا
للحرب محتملا له على سبيل الاعتبار للجهاد كما امر باعتبار ساير القرب في اول اوقات الامكان والاحتمال
لها فلا يكون حجة مع الاحتمال واذا اشكل امر الغلام المراهق في البلوغ هو الاحتلام على ما بينا فقال
قد بلغت يقبل قوله ويحكم ببلوغه وكذلك الجارية المراهقة لان الاصل في البلوغ هو الاحتلام على
ما بينا وانه لا يعرف الا من جهته فالزمت الضرورة قبول قوله كما في الاخبار عن الحيض والله اعلم
واما المجنون فلا يجوز يزول الحجر عنه الا بالافاقة واذا افاق رشيدا او سفيها فحكمه في ذلك حكم الصبي
وقد ذكرناه واما الرقيق فحجوا فالحجر يزول عنه بالاعتاق مرة وبالاذن بالتجارة اخرى الا ان الاعتاق
يزيل الحجر عنه على الاطلاق والاذن بالتجارة لا يزيل الا في التصرفات الدايرة بين الضرر والنفع
واما السفيه فلا حجر عليه من التصرف اصلا عند ابي حنيفة فلا يتصور الزوال واما على مذهبهم فزواله
عند ابي يوسف بقضى وهو الاطلاق من القاضي فكما لا يتحجر الا بحجره لا ينطلق الا باطلاقه وعند محمد والشافعي
زوال الحجر عن السفيه بظهور رشده لان الحجر كان بسفهه بسفهه فانطلاقه يكون بضده وهو
رشده والله اعلم

واما الفصل الثاني

وهو فصل الحبس فالحبس على نوعين حبس المديون
بما عليه من الدين واما العين بالدين اما الاول فالكلام فيه في مواضع في بيان سبب وجوب
الحبس وفي بيان شرايط الوجوب وفي بيان ما يمنع عنه المحبوس وما لا يمنع اما الاول سبب وجوب
الحبس فهو الدين قل او كثر واما شرط الوجوب فانواع بعضها يرجع الى الدين وبعضها يرجع الى المديون
وبعضها يرجع الى صاحب الدين اما الذي يرجع الى الدين فهو ان يكون حالا فلا يحبس في الدين الموجل
لان الحبس لدفع الظلم المتحقق بتاخير قضا الدين ولم يوجد من المديون لان صاحب الدين
هو الذي اخر حقه نفسه بالتاجيل وكذا لا يمنع من السفر قبل حل الاجل سوا بعد محله او قرب لانه
لا يملك مطالبته قبل حل الاجل فلا يملك منعه ولكن له ان يخرج معه حتى اذا حل الاجل منعه
من المضي في سفره الى ان يوفيه دينه واما الذي يرجع الى المديون فمنها القدرة على قضا الدين
حتى لو كان معسرا لا يحبس لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ولان الحبس لدفع الظلم بايصال
حقه اليه ولا ظلم منه لعدم القدرة ولانه اذا لم يقدر على قضا الدين لا يكون الحبس مفيدا لان
الحبس شرع للتوسل الى قضا الدين لا لعينه ومنها المطل وهو تاخير قضا الدين لقوله صلى الله عليه
وسلم مطل الغني ظلم فيحبس دفعا للظلم لقضا الدين بواسطة الحبس وقال صلى الله عليه وسلم
لي الواجد يحل عرضه وعقوبته والحبس عقوبة وما لم يظهر منه المطل لا يحبس لانعدام الظلم واللي
منه ومنها ان يكون من عليه الدين من سوى الوالدين لصاحب الدين فلا يحبس الوالدون وان
بدين المولودين وان سفلوا لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وقوله تعالى وبالوالدين احسانا
وليس من المصاحبة بالمعروف والاحسان حبسهما بالدين واما الولد فيحبس بدين الوالد الا انه اذا
امتنع الوالد من الانفاق على ولده الذي عليه نفقته فان القاضي يحبسه لكن تعزيرا لا حبسا بالدين
واما الولد فيحبس بدين الوالد لان المانع من الحبس حق الوالد وكذا ساير الاقارب يحبس المديون بدين

قريبه كاينا من كان ويستوي في الحبس الرجل والمراه لان الواجب للحبس لا يختلف بالذكورة والانوثة
ويحبس ولي الصغير اذا كان ممن يجوز له قضا دينه لانه اذا كان بسبيل من قضا دينه صار بالتاخير
ظالما فيحبس ليقضي الدين فيندفع الظلم واما الذي يرجع الى صاحب الدين فطلب الحبس من القاضي
فما لم يطلب لا يحبس لان الدين حقه والحبس وسيلة الى حقه ووسيلة الى حق الانسان حقه وحق
المرء انما يطلب بطلبه فلا بد من الطلب للحبس واذا عرف سبب وجوب الدين وشرايطه فان ثبت عند القاضي
السبب شرايطه بالحجة حبسه لتحقق الظلم عنده بتاخير حقه من غير ضرورة والقاضي نصب لدفع
الظلم فيندفع الظلم عنه وان اشتبه على القاضي حاله في يساره واعساره ولم يقم عنده حجة على
احدهما وطلب الغرما حبسه فانه يحبسه ليتعرف حاله انه فقير ام غني فان علم انه غني حبسه الى
ان يقضي الدين لانه ظهر ظلمه بالتاخير وان علم انه فقير خلى سبيله لانه ظهر انه لا يستوجب الحبس
فيطلقه ولكن لا يمنع الغرما ملازمته عند اصحابنا الثلاثة الا اذا قضى القاضي بالانظار لاحتمال
ان يرزقه الله تعالى مالا اذ المال غاد ورايح وعند زفر لا يلازمونه لقوله تعالى فنظرة فنظرة
الى ميسرة ذكر النظرة بحرف الفا فيقتضي من غير قضا القاضي ولنا ان النظرة هي التاخير فلا بد وان
يوخر هو يوخر وهو ان يوخره القاضي او صاحب الحق ولا يمنعونه من التصرف ولا من السفر واذا
اكتسب ياخذون فضل كسبه فيقسمونه بينهم بالحصص وان مضى على حبسه شهرا وشهران
او ثلثة ولم ينكشف حاله في اليسار والاعسار خلى سبيله لان هذا الحبس كان لاستبرا حاله
والابلاء عذره والثلثة الاشهر مدة صالحة لاستبرا الحال العذر فيطلقه لكن الغرما لا يمنعون من
ملازمته فيلازمونه لكن لا يمنعون من التصرف والسفر على ما ذكرنا ولو اختلفا في اليسار فقال
الطالب هو موسر وقال المطلوب انا معسر فان قامت لاحدهما بينة قبلت بينته وان اقاما جميعا
البينة فالبينة بينة الطالب لانها تثبت زيادة وهي اليسار وان لم يقم لهما بينة فقد ذكر محمد رحمه
الله في الكفالة والنكاح والزيادات انه ينظر ان ثبت الدين بمعاقدة كالبيع والنكاح والكفالة
والصلح عن دم العمد والصلح عن المال والخلع او ثبت تبعا فيما هو معاقدة كالنفقة في باب النكاح
فالقول قول الطالب وكذا في الغصب والزكاة وان ثبت الدين فغير ذلك كاحراق الثوب والقتل
الذي لا يوجب القصاص ويوجب المال في مال الجاني وفي الخطا القول قول المطلوب وذكر الخصاف
انه ان وجب الدين عوضا عن مال سالم للمشتري نحو ثمن المبيع الذي سلم له المبيع والقرض والغصب
والسلم الذي اخذ المسلم اليه راس المال فالقول قول الطالب وكل دين ليس له عوض اصلا كاحراق
الثوب او له عوض ليس بمال كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد والكفالة فالقول قول
المطلوب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم القول قول المطلوب على كل حال ولا يحبس لان الفقر اصل
في بني ادم والغنا عارض فكان الظاهر شاهدا للمطلوب فكان القول قوله مع يمينه وقال بعضهم
القول قول الطالب على كل حال لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق اليد واللسان وقال بعضهم
يحكم زيه ان كان زيه زي الاغنيا فالقول قول الطالب وان كان زيه زي الفقرا فالقول قول
المطلوب وعن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه يحكم زيه فيوخذ بحكمه في الفقر والغنا الا اذا
كان المطلوب من الفقها والعلوية او الاشراف لا من عادتهم التكلف في اللباس والتجمل بدون
الغنا فيكون القول قول المديون انه معسر وجه ما ذكره الخصاف ان القول في الشرع قول
من يشهد له الظاهر واذا وجب الدين بدلا عن مال سلم له كان الظاهر شاهدا للطالب لانه
يثبت قدرة المطلوب بسلامة المال وكذا في الزكاة لانها لا تجب الا على الغني فكان الظاهر شاهدا
للطالب وجه قول محمد وهو ظاهر الرواية ان الظاهر شاهد للطالب وقد ذكرنا ايضا من طريق
الدلالة وهو اقدامه على المعاقدة فان الاقدام على التزوج دليل القدرة اذ الظاهر ان الانسان

لا يتزوج حتى يكون له شي ولا يزوج ايضا حتى يكون له قدرة المهر وكذا الاقدام على الخلع لان المراة لا تخالع عادة حتى يكون عندها شي وكذا الصلح لا يقدر الانسان عليه الا عند القدرة فكان الظاهر شاهدا للطالب في هذه المواضع فكان القول قوله والله اعلم **فصل** واما بيان ما يمنع المحبوس عنه وما لا يمنع فالمحبوس ممنوع عن الخروج الى اشغاله ومهماته والى الجمع والجماعات والاعياد وتشييع الجنازة وعيادة المرضى والزيارة والضيافة لان الحبس للتوسل الى قضا الدين ولا يمنع من دخول اقاربه عليه لان ذلك لا يخل بما وضع له الحبس بل قد يقع وسيلة اليه ولا يمنع من التصرفات الشرعية من البيع والشرا والهبة والصدقة والاقرار لغيرهم من الغرما حتى لو فعل شيا من ذلك نفذ ولم يكن للغرما ولاية الابطال لان الحبس لا يوجب بطلان اهلية التصرفات ولو طلب الغرما الدين حبس لاجلهم من القاضي ان يحجر على المحبوس من الاقرار والهبة والصدقة وغيرها لم يجبهم الى ذلك عند ابي حنيفة وعندهم له ان يجيبهم اليه وكذا اذا طلبوا من القاضي ماله عليه مما سوى الدراهم والدنانير من المنقول والعقار له ان يجيبهم اليه عندهم واما عند ابي حنيفة فلا يجيبهم الى ذلك وهي مسلة الحجر لكن ان كان دينه دراهم وعنده دراهم فان القاضي يقضي بها دينه لانها من جنس حقه وان كان دينه دراهم وعنده دنانير باعها القاضي بالدراهم وقضى بها وكذا ان كان دينه دنانير ومعه دراهم باعها القاضي بالدنانير وقضى بها دينه فرق بين الدنانير والدراهم وبين ساير الاموال انه يبيع احدهما لقضا الدين ولا يبيع ساير الاموال ووجه الفرق ان الدراهم والدنانير من جنس واحد من وجه بدليل نصاب احدهما بالاخر في باب الزكاة المودي عن احدهما كان مودي عن الاخر عند الهلاك فكان بينهما مجانسة من وجه فكان كل واحد منهما حكما وليس بين العروض وبين الدراهم والدنانير مجانسة بوجه فلا يملك التصرف عن المحبوس ببيعها بها ولكن العروض اذا بيعت لقضا الدين فانها لا تشترى مثل ما يشتري في ساير الاوقات بل دون ذلك وفيه ضرر به ولا ضرر في الدراهم والدنانير لانها لا تتفاوت وهذا بخلاف ما بعد الموت ان القاضي يبيع جميع ماله لقضا دينه لان بيع القاضي ليس تصرفا على الميت بل لبطلان اصليته بالموت ولانه رضي بذلك في اخر جزء من اجزا حيوته هذا هو الظاهر لان قضا الديون من حوايجه الاصلية فكان راضيا بقضا الدين من اي مال كان تخليصا لنفسه عن عهدة الدين عند ما شد عن جبانه والله اعلم وينفق المحبوس على نفسه وعياله واقاربه ولا يمنع من ذلك ولا عن شي من التصرفات الشرعية والله اعلم **فصل** واما حبس العين بالدين فالمحبوس بالدين في الاصل على نوعين محبوس هو مضمون ومحبوس هو امانة والمضمون على نوعين ايضا مضمون بالثمن ومضمون بالقيمة فالمضمون بالثمن كالمبيع لان البيع تمليك بازا تمليك وتسليم بازا تسليم وهو عاجز عن التسليم لهلاك المبيع فلا تملك مطالبته فلا يملك البايع مطالبته بالثمن فيسقط ضرورة عدم الفايدة في البقا ولان المبيع في يد البايع لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشرا وذلك مضمون فهذا اولى بالقيمة وهذا بالثمن لوجود التسمية الصحيحة هاهنا وانعدام التسمية هناك اصلا واما الوكيل بالشرا اذا ادى الثمن من مال نفسه فحبس السلعة لاستيفا الثمن من الموكل فهلك فان كان قبل الطلب يهلك امانة عند اصحابنا الثلثة وعند زفر يهلك مضمونا ولو كان بعد الطلب يهلك مضمونا لكن ضمان المبيع عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف ضمان الرهن وعند زفر ضمان الغصب وقد ذكرنا المسلة في كتاب الوكالة واما المضمون بالقيمة فكالمبيع بيعا فاسدا اذا لم يكن من ذوات الامثال اذا فسخ البايع البيع والمبيع في يد المشتري فحبسه ليرد البايع الثمن فهلك في يده يهلك بقيمته وينقاصان ويترادان الفضل وكذا المرهون عندنا مضمون عندنا لكن بالاقل من قيمته ومن الدين وعند الشافعي ليس بمضمون اصلا وهي مسلة كتاب الرهن واما المحبوس الذي هو امانة فنحو نما الرهن فانه محبوس بالدين لكنه امانة في يد المرتهن حتى

لو هلك لا يسقط شي من الدين وكذا المستاجر دابة اجارة فاسدة اذا عجل الاجرة فحبسها لاستيفا الاجرة المعجلة حتى هلكت في يده تهلك امانة والله اعلم بالصواب

كتاب الوصايا

الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع ◦ في بيان جواز الوصية ◦ وفي بيان ركن الوصية ◦ وفي بيان معنى الوصية ◦ وفي بيان شرايط ركن الوصية ◦ وفي بيان صفة عقد الوصية ◦ وفي بيان حكم الوصية ◦ وفي بيان ما تبطل به الوصية ◦ اما الاول فالقياس يابى جواز الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت والموت مزيل للملك فتقع الاضافة الى حال زوال الملك فلا يتصور وقوعه تمليكا فلا يصح الا انهم استحسنوا جوازها بالكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى في اية المواريث يوصيكم الله في اولادكم الى قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين ويوصين بها او دين وتوصون بها او دين ويوصي بها او دين شرع الميراث مرتبا على الوصية فدل ان الوصية جايزة وقوله تعالى يا ايها الذين امنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم ندبنا الى الاشهاد على الوصية فدل انها مشروعة واما السنة فما روي ان سعد بن ابي وقاص وهو سعد بن مالك رضي الله عنه كان مريضا فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول اوصي بجميع مالي فقال لا فقال فبثلثي مالي قال لا قال فبنصف مالي قال لا قال فبثلث مالي فقال الثلث والثلث كثير انك ان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وروي فقرا يتكففون فقد جوز رسول الله صلى الله عليه وسلم الوصية بالثلث وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة على اعمالكم فضعوه حيث شيتم اخبر النبي صلى الله عليه وسلم ان الله جعل لنا اخص ثلث اموالنا في اخر اعمارنا لنكتسب به في اعمالنا والوصية تصرف في ثلث المال في اخر العمر زيادة في العمل فكانت مشروعة واما الاجماع فان الامة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا يوصون من غير انكار من احد فيكون اجماعا من الامة على ذلك والقياس يترك بالكتاب والسنة والاجماع معا ان ضربا من القياس يقتضي الجواز وهو ان الانسان يحتاج الى ان يكون ختم له بالقربة زيادة على القرب السابقة على ما نطق به الحديث او تداركا لما فرط في حيوته وذلك بالوصية وهذه العقود ما شرعت الا لحوايج العباد فاذا مست حاجتهم الى الوصية وجب القول بجوازها وبه تبين ان ملك الانسان لا يزول بموته فيما يحتاج اليه الا ترى انه يبقى في قدر جهازه من الكفن والدفن ويبقى في قدر الدين الذي هو مطالب به من جهة العباد لحاجته الى ذلك كذلك هاهنا وقال بعض الناس الوصية واجبة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر له مال يريد ان يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته عند راسه وفي نفس الحديث ما ينفي الوجوب لان فيه تحريم ترك الايصا والواجب لا يقف وجوبه على ارادة من عليه كسابر الواجبات او نحمل الحديث بما عليه من الفرايض والواجبات كالحج والزكاة والكفارات والوصية بها واجبة عندنا على انه من اخبار الاحاد وردفيما تعم به البلوى وانه دليل عدم الثبوت فلا يقبل وقيل انها كانت واجبة في الابتدا للوالدين والاقربين المسلمين لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين ثم نسخت واختلف في الناسخ قال بعضهم نسخها الحديث وهو ما روي عن ابي قلابة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث والكتاب قد ينسخ بالسنة فان قيل انما ينسخ الكتاب عندكم بالسنة المتواترة وهذا من الاحاد فالجواب ان هذا الحديث متواتر غير ان التواتر ضربان تواتر من حيث الرواية وهو ان يرويه جماعة لا يتصور تواطيهم على الكذب وتواتر من حيث ظهور العمل به قرنا فقرنا من غير ظهور المنع والنكير عليهم في العمل به لانهم رووه على التواتر

لان ظهور العمل به اغنا هم عن روايته وقد ظهر العمل بهذا مع الحا ظهور القول ايضا من الايمة بالفتوى فلا تنازع منهم ومثله يوجب العمل قطعا فيجوز نسخ الكتاب به كما يجوز بالمتواتر في الرواية الا انهما يفترقان من وجه وهو ان جاحد المتواتر في الرواية يكفر وجاحد المتواتر في ظهور العمل لا يكفر لمعنى عرف في اصول الفقه وقال بعضهم نسختها اية المواريث وفي الحديث ما يدل عليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وكل قوله ه كل ذي حق حقه اي كل حقه فقد اشار الى ان الميراث الذي اعطي الوارث كل حقه فيدل على ارتفاع الوصية وتحول حقه من الوصية الى الميراث واذا تحول لا يبقى له حق في الوصية كالقبلة لما تحولت من بيت المقدس الى الكعبة لم يبق بيت المقدس قبلة وكالدين اذا تحول من ذمة الى ذمة لا يبقى في الذمة الاولى وكما في الحوالة الحقيقية وقال بعضهم الوصية بقيت واجبة للوالدين والاقربين غير الوارثين بسبب الكفر والرق والاية وان كانت عامة في المخرج لكن خص منها الوالدان والاقربون الوارثون بالحديث وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث فكان الحديث مخصصا لعموم الكتاب لا ناسخا والحمل على التخصيص اولى من التخصيص على الحمل على النسخ الا ان عامة اهل التاويل قالوا لو من ان الوصية في الابتدا كانت فريضة للوالدين والاقربين المسلمين ثم نسخت بحديث ابي قلابة وقال بعضهم ان كان عليه حج او زكاة او كفارة او غير ذلك من الواجبات فالوصية بذلك واجبة وان لم يكن فهي غير واجبة بل جايزة وبه اخذ الفقيه ابو الليث رحمه الله واما الكلام في الاستحباب فقد قالوا ان كان ماله قليلا وله ورثة فقرا فالافضل ان لا يوصي لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث سعد رضي الله عنه انك ان تركت ورثتك اغنيا خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ولان الوصية في هذه الحالة تكون صلة بالاجانب والترك يكون صلة بالاقارب فكان اولى وان كان ماله كثيرا فان كانت ورثته فقرا فالافضل ان لا يوصي بما بدون الثلث ويترك المال لورثته لان غنية الورثة تحصل بما زاد على الثلث اذا كان المال كثيرا ولا تحصل عند قلته والوصية بالخمس افضل من الوصية بالربع والوصية بالربع افضل من الوصية بالثلث لما روي عن علي رضي الله عنه انه قال لان اوصي بالخمس احب الي من ان اوصي بالربع ولان اوصي بالربع احب الي من اوصي بالثلث ومن اوصي بالثلث لم يترك شيا اي لم يترك من حقه شيا مخلو ورثته لان الثلث حقه فاذا اوصي بالثلث فلم يترك من حقه شيا لهم وروي عن ابي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم انهم قالوا الخمس اقتصاد والربع جهد والثلث حيف وان كان ورثته اغنيا فالافضل هو الوصية بالثلث ثم الوصية بالثلث لاقاربه الذين لا يرثون افضل من الوصية للاجانب والوصية للقريب المعادي افضل من الوصية للقريب الموالي لان الصدقة على المعادي تكون اقرب الى الاخلاص وابعد عن الريا ونظيره قول النبي صلى الله عليه وسلم لذلك الذي اشترى عبدا فاعتقه فان شكرك فهو خير لك له وشر لك وان كفرك فهو شر له وخير لك ولان الوصية للمعادي سبب زوال العداوة وصيانة للقرابة عن القطيعة فكانت اولى هذا اذا استوى القريبان في الفضل والدين والحاجة واحدهما معادي فاما اذا كان الموالي منهما اعفهما واصلحهما واحوجهما فالوصية له افضل لان الوصية له تقع اعانة على طاعة الله تعالى والله الموفق فصل واما ركن الوصية فيه قال اصحابنا الثلثة هو الايجاب والقبول الايجاب من الموصي والقبول من الموصى له فما لم يوجدا جميعا لا يتم الركن وان شيت قلت ركن الوصية الايجاب من الموصي وعدم الرد من الموصى

له وهو ان يقع الياس عن رده وهذا سهل لتخريج المسايل على ما سيذكر وقال زفر الركن هو الايجاب من الموصي فقط وجه قول زفر ان ملك الموصى له بمنزلة ملك الوارث لان كل واحد من الملكين ينتقل بالموت ثم ملك الوارث لا يفتقر الى قبوله فكذا ملك الموصى له ولنا قوله تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى فظاهره ان لا يكون للانسان شي بدون سعيه فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه وهذا منفي الا ما خص بدليل ولان القول بثبوت الملك له من غير قبوله يودي الى الاضرار به من وجهين احدهما انه يلحقه ضرر المنة ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله هو دفعا لضرر المنة والثاني ان الموصى به قد يكون شيا يتضرر به الموصى له كالعبد الاعمى والزمن والمقعد ونحو ذلك والى هذا المعنى اشار في الاصل فقال ارايت لو اوصى بعبيد عميان ايجب عليه القبول شا او ابى وتلحقه نفقته من غير ان يكون له منهم نفع فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه والزام من له ولاية الالزام اذ ليس للموصي ولاية الزام الضرر فلا يلزمه بخلاف ملك الوارث لان اللزوم هناك بالزام من له ولاية وهو الله تعالى فلم يقف على القبول كساير الاحكام التي تلزم بالزام الشرع ابتدا وعلى هذا يخرج ما اذا كان الموصى به ولد الموصى له انه لا يعتق عليه ما لم يقبل او يموت من غير قبول لانه لا عتق بدون الملك ولا ملك بدون القبول او بدون عدم الرد ووقوع الياس عنه ولم يوجد القبول منه ولا وقع الياس عن الرد ما دام حيا فلا يعتق ولو مات الموصي ثم مات الموصى له قبل القبول صار الموصى به ملكا لورثة الموصى له استحسانا والقياس ان تبطل الوصية او يكون لورثته الخيار ان شاوا قبلوا وان شاوا ردوا وجه القياس ان القبول الاول احد ركني العقد وقد فات بالموت فيبطل الركن الاخر كما اذا اوجب البيع ثم مات المشتري قبل القبول او اوجب الهبة ثم مات الموهوب له قبل القبول انه يبطل الايجاب لما قلنا كذا هذا وجه القياس الثاني ان الموصى له في حيوته كان له القبول والرد واذا مات تقوم ورثته مقامه وجه الاستحسان ان احد الركنين من جانب الموصى له هو عدم الرد منه وذلك بوقوع الياس عن الرد منه وقد حصل بموته وتحقق تم الركن واما على عبارة القبول فنقول ان القبول من الموصى له لا يشترط لعينه بل لوقوع الياس عن الرد وقد حصل ذلك بموت الموصى له وعلى هذا يخرج ما اذا اوصى له بجاريته التي ولدت من الموصى له بالنكاح انها لا تصير ام ولد له ما لم يقبل الوصية او يموت قبل القبول فاذا مات صارت ام ولد له لانه ملك جارية قد ولدت له منه بالنكاح فتصير ام ولد له وينفسخ النكاح وان لم يعلم الموصى له بالوصية حتى مات او علم ولم يقبل حتى مات فهو على الا القياس والاستحسان الذي ذكرنا ولو كان حيا ولم يعلم بالوصية وهو يطاها بالنكاح حتى ولدت اولادا ثم علم فهو بالخيار ان شا قبل الوصية فكانت الجارية ام ولد له واولادها احرار كانوا يخرجون من الثلث وان شا لم يقبل فلا تكون الجارية ام ولد له لان قبوله شرط فان قبل فقد صارت الجارية ام ولد له لانه ملكها بالقبول ومن استولد جارية غيره بالنكاح ثم ملكها تصير ام ولد له واولادها احرار وان كانوا يخرجون من الثلث لان عند القبول يثبت الملك من وقت موت الموصي فيتبين ان الملك ثبت له في الجارية من ذلك الوقت كما في البيع بشرط الخيار ان عند الاجازة يثبت الحكم وهو الملك من وقت البيع كذا هاهنا واذا ثبت الملك من وقت الموصي يحكم بفساد النكاح من ذلك الوقت فيتبين ان الاولاد ولدوا على فراش ملك اليمين فدخلوا تحت الوصية فيملكهم بالقبول فيعتقون اذا كانوا يخرجون من الثلث وان لم يقبل الوصية كانت الجارية ملكا لورثة الموصي والاولاد رقيق لان الولد يتبع الام في الرق والحرية ولو اوصى بالثلث لرجلين ومات الموصي ورد احدهما فقبل الاخر

الوصية كان للاخر حصته من الوصية لانه اضاف الثلث اليهما و قد صحت الاضافة فانصرف الى كل واحد
منهما نصف الثلث فاذا رد احدهما الوصية ارتد في نصفه فبقي النصف الاخر لصاحبه الذي قبل
كمن اقر بالف لرجلين فرد احدهما اقراره ارتد في نفسه خاصة وكان للاخر نصف الاقرار كذا ههنا
بخلاف ما اذا اوصي بالثلث لهذا والثلث لهذا فرد احدهما وقبل الاخر ان كل الثلث للذي قبل لانه اذا قبل
صاحبه يقسم الثلث بينهما لضرورة المزاحمة اذ ليس احدهما باولي من الاخر فاذا رد احدهما زالت
المزاحمة فكان جميع الثلث له واذا ثبت ان القبول ركن في عقد الوصية فوقت القبول ما بعد
موت الموصي ولا حكم للقبول والرد قبل موته حتي لو رد قبل الموت ثم قبل بعده صح قبوله لان الوصية
ايجاب الملك بعد الموت والقبول او الرد يعتبر كذا الايجاب لانه جواب والجواب لا يكون الا بعد
تقدم السوال ونظيره ما اذا قال لامراته اذا جا غد فانت طالق علي الف انه انما يعتبر القبول
او الرد اذا جا غد كذا هذا فاذا كان التصرف يقع ايجابا بعد الموت يعتبر القبول بعده

فصل

واما بيان معني الوصية فالوصية اسم لما اوجبه الموصي في ماله بعد موته وبه ينفصل عن البيع
والاجارة والهبة لان شيا من ذلك لا يحتمل الايجاب بعد الموت الا تري لو اوجبها بعد الموت بطلت
وذكر الكرخي في حد الوصية ما اوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته او في مرضه الذي مات فيه
فقوله ما اوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته لا يشمل جميع افراد الوصايا لانه لا يتناول الوصية
بالقرب الواجبة التي تسقط بالموت من غير وصية كالحج والزكاة والكفارات ونحوها فلم يكن الحد
جامعا وقوله في مرضه حد مقسم وانه فاسد وكذا تبرع الانسان بماله في مرضه الذي مات فيه
من الاعتاق والهبة والمحاباه والكفالة وضمان الدرك لا يكون وصية حقيقة لان حكم هذه التصرفات
منجز نافذ للحال قبل الموت وحكم الوصية يتاخر الي ما بعد الموت فلم تكن هذه التصرفات من المريض
وصية حقيقة الا انها يعتبر بالوصايا في حق اعتبار الثلث فاما ان تكون وصية فلا حقيقة وعلي هذا
يخرج ما اذا اوصي بثلث ماله او ربعه وذكر قدرا من ماله مشاعا او معينا ان قدر ما يستحقه الموصي له
من مال هو ماله الذي عند الموت لا ما كان عند الوصية حتي لو اوصي بثلث ماله وماله يوم
اوصي ثلثة الاف ويوم مات ثلثماية لا يستحق الموصي له الا ماية ولو لم يكن له مال يوم اوصي ثم اكتسب
مالا ثم مات فله ثلث المال يوم مات ولو كان له مال يوم اوصي فمات وليس له مال بطلت وصيته
وانما كان كذلك لما ذكرنا ان الوصية تمليك مضاف الي وقت الموت فيستحق الموصى له ما كان علي
ملك الموصي عند موته ويصير المضاف الي الوقت الموت كالمنجز عنده كانه قال عند الموت لفلان
ثلث مالي فيعتبر ما يملكه في ذلك الوقت لا ما قبله وذكر ابن سماعة في نوادره عن ابي يوسف
اذا اوصي رجل فقال لفلان شاة من غنمي او شاة نخلة من نخلي او جارية من جواري ولم يكن
من غنمي هذه ولا من جواري هولا ولا من نخل هذه فان الوصية في هذا تقع يوم موت الموصي
ولا تقع يوم اوصي حتي لو ماتت غنمه تلك او باعها او اشتري مكانها اخري او ماتت جواريه
فاشتري غيرهن او باع النخل واشتري غيرها فان الموصى له نخلة من نخله يوم يموت وليس
للورثة ان يعطوه غير ذلك لما بينا ان الوصية عقد مضاف الي الموت فكانه قال في تلك الحالة
لفلان شاة من غنمي فيستحق شاة من الموجود دون ما قبله قال فان ولدت الغنم قبل ان
يموت الموصي او ولدت الجواري قبل موته فلحقت الاولاد الامهات ثم مات الموصي فان الورثة
ان يعطوه ان شا وا من الامهات وان شاوا من الاولاد لان الاسم تناول الكل عند الموت
فكان المستفاد بالولادة كالمستفاد بالشرا قال فان اختار الورثة ان يعطوه شاة من غنمه
ولها ولد قد ولدته بعد موت الموصي فان ولدها يتبعها وكذلك صوفها ولبنها لان الوصية وان
تعلقت بشاة غير معينة لكن التعيين من الورثة يكون بيانا ان الشاة المعينة هي الموصى بها

كان الوصية

كان الوصية وقعت بهذه المعينة ابتدا فما حدث من نمائها بعد الموت يكون للموصى له قال واما ما
ولدت قبل موت الموصي فلا يستحقه الموصى له لان الوصية اعتبارها عند الموت فالحادث قبل
الموت يحدث علي ملك الورثة وكذا الصوف المنفصل واللبن المنفصل قبل الموت لما قلنا فاما ما كان
متصلا بها فهو للموصى له وان حدثت قبل الموت لانه لا ينفرد عنها بالتمليك قال ولو استهلكت
الورثة بالشاة الورثة لبن الشاة او صوفها وقد حدثت بعد الموت فعليهم ضمانه لان الموصى
له ملكه بملك الاصل فيكون مضمونا بالاتلاف ولو قال قد اوصيت له بشاة من غنمي هذه او بجارية
من جواري هولا او قال قد اوصيت له باحدي جاريتي هاتين فهذا علي هذه الغنم وهولا الجوار
لانه عين الموصى به وهو الشاة من الغنم المشار اليها حتي لو ماتت الغنم او باعها بطلت وصيته
كما لو قال اوصيت بهذه الشاة او بهذه الجارية فهلكت فلو ولدت الغنم او باعها بطلت وصيته
كما لو قال اوصيت بهذه الشاة فهلكت ولو ولدت الغنم او الجاري في حال حياة الموصي ثم اراد
الورثة ان يعطوه من الاولاد ليس لهم ذلك لان الوصية تعلقت بعين مشار اليها وان لم يثبت
الملك فيها فلا يجوز ينزك في غيرها فان دفع الورثة اليه جارية من الجواري لم يستحق ما ولدت قبل
الموت لان الوصية لم تكن وجبت فيها لان الملك في الوصية انما ينتقل بالموت فما حدث قبل الموت
يحدث علي ملك الميت فيكون للورثة وما ولدت بعد الموت فهو للموصى له لانه ملكها بالموت فحدث
الولد علي ملكه قال فان ماتت الامهات كلها الا واحدة تعينت الوصية فيها لانه لم يبق من يزاحمها
في تعلق الوصية به فتعينت ضرورة انتفا المزاحم فان ماتت الامهات كلها وقد بقي لها الاولاد
حدثت بعد الموت او احترق النخل كلها وبقي لها ثمر حدث بعد الموت فعلي الورثة ان يدفعوا
اليه ولد جارية وثمرة نخلة لان الوصية كانت متعلقة بها فيظهر الاستحقاق في الولد الحادث
بعده فاذا هلكت الام بقي الحق في الولد علي حاله فلا يظهر فيما حدث قبل الموت والله اعلم

فصل

واما شرايط الركن فبعضها يرجع الي نفس الركن وبعضها يرجع الي الموصي وبعضها يرجع الي الموصى له
وبعضها يرجع الي الموصى به اما الذي يرجع الي نفس الركن فهو ان يكون القبول موافقا للايجاب
فان خالف الايجاب لم يصح القبول لانه اذا خالفه لم يرتبط به فبقي الايجاب بلا قبول فلا يتم الركن
وبيان ذلك اذا قال لرجلين اوصيت بهذه الجارية لكما فقبل احدهما بعد موت الموصي ورد
الاخر لم يصح القبول لانه اوصي بها جميعا فكان وصية لكل واحد منهما بنصف الجارية وكانت
الجارية بينهما لو قبلا فاذا رد احدهما لم يوجد الشرط وهو قبولهما جميعا فبطلت الوصية ولو
اوصي بها لانسان ثم اوصي بها لاخر فقبل احدهما الوصية بعد موت الموصي ورد الاخر فالنصف
للموصى له والنصف لورثة الموصي لانه اوصي لكل واحد منهما علي حياله فلا يشترط اجتماعهما في
القبول فاذا رد احدهما بعد موت الموصي لم يتم الركن في حقه بل بطل الايجاب في حقه فعاد
نصيبه الي ورثة الموصي وصح القبول من الاخر فاستحق نصف الوصية كالشفيعين اذا سلم احدهما
الشفعة بعد قضا القاضي بالشفعة ان ذلك النصف يكون للمشتري ولا يكون للشفيع الاخر
واما الذي يرجع الي الموصي فانواع منها ان يكون من اهل التبرع في الوصية بالمال وما يتعلق
به لان الوصية بذلك تبرع بايجابه بعد الموت موته فلا بد من اهلية التبرع فلا يصح من الصبي
والمجنون لانهما ليسا من اهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة اذ لا يقابله عوض
دنيوي وهذا عندنا وقال الشافعي في احد قوليه وصية الصبي العاقل في القرب صحيحة
واحتج بما روي ان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يافع وهو الذي قرب ادراكه ولان في وصيته
نظرا له لانه يثاب عليه ولو لم يوص لزال ملكه الي الوارث من غير ثواب لانه يجوز عنه جبرا
شا او ابي فكان تصرفا نافعا في حقه فاشبه صلاة التطوع وصوم التطوع والجواب اما اجازة

عمر رضي الله عنه فيحتمل انه وصية ذلك الصبي كانت لتجهيزه وتكفينه ودفنه ووصية الصبي
في مثله جايزة عندنا لانه يثبت من غير وصية واما قوله تحصل له عوض وهو الثواب فمسلم لكن
ليس بعوض دنيوي فلا يملكه الصبي كالصدقة مع ما ان هذا في حد التعارض لانه كما يثاب على الوصية
يثاب على الترك للوارث بل هو اولي في بعض الاحوال لما بينا فيما تقدم وسوا مات قبل الادراك
او بعده لانها وقعت باطلة فلا ينقلب الي الجواز بالادراك الا بالاستيناف وسوا كان الصبي ماذونا
بالتجارة او محجورا لان الوصية ليست من باب التجارة اذ التجارة معاوضة المال بالمال ولو اضاف
الوصية الي ما بعد الادراك ولو قال بان قال اذا ادركت ثم مت فثلث مالي لفلان لم يصح لان عبارته
لم تقع صحيحة فلا يعتبر في ايجاب الحكم بعد الموت ولا تصح وصية العبد الماذون والمكاتب لانهما
ليسا من اهل التبرع ولو اوصيا ثم عتقا وملكا مالا ثم ماتا لم يجز لوقوعها باطلة من الابتدا
ولو اضاف احدهما الوصية الي ما بعد العتق بان قال اذا اعتقت ثم مت فثلث مالي لفلان
صح فرقا بين العبد والصبي ووجه الفرق ان عبارة الصبي فيما يتضرر به ملحقة بالعدم لنقصان
عقله فلم تصح عبارته من الاصل بل بطلت والباطل لا حكم له بل هو ذاهب متلاش في حق الحكم
فاما عبارة العبد فصحيحة لصدورها عن عقل مميز الا ان امتناع تبرعه لحق المولي فاذا
عتق فقد زال المانع ومنها رضي الموصي لايجاب ملك او ما يتعلق بالملك فلا بد فيه من الرضا
كايجاب الملك بساير الاشيا فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطي لان هذه العوارض
تفوت الرضا واما اسلام الموصي فليس بشرط لصحة وصيته فتصح وصية الذمي بالمال للمسلم
والذمي في الجملة لان الكفر لا ينافي اهلية التمليك الا ترى انه يصح بيع الكافر وهبته فكذا
وصيته وكذلك الحربي المستامن اذا اوصي للمسلم او الذمي تصح في الجملة ذكرنا غير انه ان كان
دخل وارثه معه في دار الاسلام فاوصي باكثر من الثلث وقف ما زاد علي الثلث علي اجازة وارثه
لانه بالدخول مستامنا التزم احكام الاسلام او تلزمه من غير التزامه لامكان اجرا
الاحكام عليه ما دام في دار الاسلام ومن احكام الاسلام ان الوصية بما زاد علي الثلث ممن له
وارث تقف علي اجازة وارثه وان لم يكن له وارث اصلا تصح من جميع المال كما في المسلم والذمي
وكذلك اذا كان له وارث لكنه في دار الحرب لان امتناع الزيادة علي الثلث لحق الورثة وحقهم
غير معصوم لانه لا عصمة لانفسهم واموالهم فلان لا يكون لحقهم الذي في مال مورثهم عصمة اولي
وذكر في الاصل ولو اوصي الحربي في دار الحرب بوصية ثم اسلم اهل الدار او صاروا ذمة ثم
اختصما الي في تلك الوصية فان كانت قايمة بعينها اجزتها وان كانت قد استهلكت قبل الاسلام
ابطلتها لان الحربي من اهل التمليك الا ترى انه من اهل ساير التمليكات كالبيع ونحوه
فكانت وصيته جايزة في نفسها الا انه ليس لنا ولاية اجرا الاحكام الاسلام وتنفيذها في
دارهم فاذا اسلموا او صاروا ذمة قدرنا علي التنفيذ فننفذها ما دام الموصا به قايما فاما
اذا صار مستهلكا ابطلنا الوصية والحقنا بالعدم لان اهل الحرب اذا اسلموا او صاروا ذمة
لا يواخذون بما استهلك بعضهم علي بعض وما اغتصب بعضهم من بعض بل يبطل ذلك كذا
هذا ومنها ان لا يكون علي الموصي دين مستغرق لتركته فان كان لا تصح وصيته لان الله تعالي قدم
الدين علي الوصية والميراث بقوله تعالي في اية المواريث من بعد وصية يوصي بها او دين
ويوصي بها او دين وتوصون بها او دين ويوصين بها او دين لما روي عن علي رضي الله عنه
انه قال انكم تقراون الوصية قبل الدين وقد شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم بدا
بالدين قبل الوصية اشار علي رضي الله عنه الي ان الترتيب في الذكر لا يوجب الترتيب في
الحكم وروي انه قيل لابن عباس رضي الله عنهما انك تامر بالعمرة قبل الحج وقد بدا الله بالحج

فقال واتموا الحج والعمرة لله فقال كيف تقراون اية الدين فقالوا من بعد وصية يوصي
بها او دين قال وبماذا تبتداون قالوا بالدين قال هو ذاك ولان الدين واجب والوصية
تبرع والواجب مقدم علي التبرع ومعني تقديم الدين علي الوصية والميراث انه يقضي الدين
اولا فان فضل منه شي يصرف الي الوصية والميراث والا فلا واما معني تقديم الوصية علي
الميراث فليس معناه ان يخرج الثلث ويعزل عن التركة ويبدا بدفعه الي الموصا له ثم يدفع
الثلثان الي الورثة لان التركة بعد قضا الدين تكون بين الموصا له وبين الورثة علي الشركة
والموصي له شريك الورثة في الاستحقاق كانه واحد من الورثة لا يستحق الموصا له من الثلث شيا
قل او كثر الا ويستحق منه الورثة ثلثيه ويكون قرضهما معا لا يقدم احدهما علي الاخر حتي لو هلك
شي من التركة قبل القسمة يهلك علي الموصا له والورثة جميعا ولا يعطي الموصي له كل الثلث الباقي
بل الهالك يهلك علي الحقين والباقي يبقي علي الحقين كما اذا هلك شي من المواريث بعد الوصايا
بخلاف الدين فانه اذا هلك بعض التركة وبقي البعض يستوفي كل الدين من الباقي وانما معناه
انه يحسب قدر الوصية من جملة التركة اولا ليظهر سهام الورثة كما تحسب سهام اصحاب الفرايض
اولا ليظهر الفاضل للعصبة ويحتمل معني قوله تعالي يوصيكم الله في اولادكم الي قوله سبحانه
من بعد وصية اي سوي ما لكم ان توصوه من الثلث او صاكم الله بكذا او يكون بعد بمعني
سوي والله اعلم واما الذي يرجع الي الموصا له فمنها ان يكون موجودا فان لم يكن لا تصح وصية
لان الوصية للمعدوم لا تصح وعلي هذا يخرج ما اذا قال اوصيت بثلث مالي لما في بطن فلانة
انها ان ولدت لما يعلم انه كان موجودا في البطن صحت الوصية والا فلا وانما يعلم ذلك اذا ولدت
لاقل من ستة اشهر ثم يعتبر ذلك من وقت موت الموصي في ظاهر الرواية وعند الطحاوي من وقت
وجود الوصية وجه ما ذكر الطحاوي ان سبب الاستحقاق هو الوصية فيعتبر وقت وجوده وجه
ظاهر الرواية ان وقت نفوذ الوصية واعتبارها في حق الحكم وقت الموت فيعتبر وجوده من ذلك
لانها اذا جات به لاقل من ستة اشهر من وقت الموت او من وقت الوصية علي اختلاف الروايتين
تيقنا انه كان موجودا اذ المراة لا تلد لاقل من ستة اشهر واذا جات به لستة اشهر
فصاعدا لا يعلم وجوده في البطن لاحتمال انها علقت بعده فلا يعلم وجوده بالشك اذا
كانت المراة معتدة من زوجها من طلاق او وفاة فولدت الي سنتين منذ طلقها او مات
عنها زوجها فله الوصية لان نسب الولد يثبت من سنتين ومن ضرورة ثبات النسب
الحكم بوجوده في البطن وقت موت الموصي فرق بين الوصية لما في البطن وبين الهبة
لما في البطن ان الهبة لا تصح والوصية صحيحة لان الهبة لا صحة لها بدون القبض ولم يوجد
والوصية لا تقف صحتها علي القبض ولو قال ان كان في بطن فلانة جارية فلها وصية الف
وان كان في بطنها غلام فله وصية الفان فولدت جارية لاقل من ستة اشهر الا يوما
وولدت غلاما بعد ذلك بيومين فلهما جميع الوصية لانه اوصي لهما جميعا لكن لاحدهما
بالف والاخر بالفين وقد علم كونهما في البطن اما الجارية فلا شك لانها ولدت لاقل من
ستة اشهر من وقت موت الموصي فعلم انها كانت موجودة في البطن في ذلك الوقت وكذا
الغلام لانه لما ولد لاكثر من ستة اشهر بيوم او يومين علم انه كان في البطن مع الجارية
لانهما توام فكان من ضرورة كون احدهما في البطن كون الاخر لانهما علقا من ما واحد فان
ولدت غلامين وجاريتين لاقل من ستة اشهر فذلك للورثة يعطون اي الغلامين شاوا
واي الجاريتين لانه ما وصي لهما جميعا وانما اوصي لاحدهما وليس احدهما باولي من الاخر فكان
البيان الي الورثة لانهم قايمون مقام المورث وقيل ان هذا الجواب علي مذهب محمد فاما علي

زوجها الي صح

قول ابي حنيفة فالوصية باطلة بناً على مسلة اخري وهو ما اذا اوصي بثلث ماله لفلان او فلان اوصي بثلث
ماله لاحد هذين الرجلين روي عن ابي حنيفة ان الوصية باطلة وعند ابي يوسف ومحمد صحيحة
غيران عند ابي يوسف الوصية لهما جميعا وعند محمد لاحدهما وخيار التعيين للورثة الي الورثة
يعطون ايهما شاوا واقفاسوا هذه المسلة على تلك لان المعني يجمعهما وهو جهالة الموصا له ومنهم من
قال هاهنا يجوز في قولهم جميعا فرق بين المسلتين من حيث ان الجهالة هناك مقارنة للعقد وهاهنا طرت
لان الوصية هناك حال وجودها اضيفت الي ما في البطن لا الي احد الغلامين واحدي الجاريتين
ثم طرت بعد ذلك بالولادة والبقا اسهل من الابتدا كالعدة اذا قارنت النكاح منعته من الانعقاد
فاذا طرت عليه لا ترفعه كذا هاهنا ولو قال ان كان الذي في بطن فلانة غلاما فله الفان وان كان
جارية فلها الف فولدت غلاما وجارية فليس لواحد منهما شي من الوصية لانه جعل شرط استحقاق
الوصية لكل واحد منهما هو ان يكون هو كل ما في البطن لم يقوله ان كان الذي في بطنها كذا فله كذا
وكل واحد منهما ليس هو كل ما في البطن بل بعض ما فيه فلم يوجد شرط صحة استحقاق الوصية
في كل واحد منهما فلا يستحق احدهما شيا بخلاف المسلة الاولي لان قوله ان كان في بطن فلانه جارية
فلها كذا وان كان في بطنها غلام فله كذا ليس فيه شرط ان يكون كل واحد كل ما بطن في البطن
بل الشرط فيه ان يكون في بطنها غلام وان يكون في بطنها جارية وقد كان في بطنها غلام وجارية
فوجد شرط الاستحقاق وكذلك لو اوصي بما في بطن داية فلان ان ينفق عليه ان الوصية جايزة
اذا قبل صاحبها وتعتبر فيه المدة على ما ذكرنا هذا حكم الوصية لما في البطن فاما حكم الاقرار
بان اقر بمال لما في بطن فلانة فهذا في الاصل على وجهين اما ان بين السبب واما ان لم يبين
بل اطلق فان بين السبب فاما ان بين سببا هو جايز الوجود واما ان بين سببا هو مستحيل
الوجود عادة فان بين سببا هو جايز الوجود بان قال لما في بطن فلان على الف درهم لاني
استهلكت ماله او غصبت او سرقت جاز اقراره في قولهم جميعا وان بين سببا هو مستحيل
الوجود عادة بان قال لما في بطن فلانة علي الف درهم لاني استقرضت منه لا يجوز في قولهم جميعا
لانه اسند اقراره الي سبب هو محال عادة وان لم يبين للاقرار سببا بل سكت عنه بان قال
لما في بطن فلانة علي الف درهم ولم يزد فهذا الاقرار باطل عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد صحيح وجه قول محمد ان تصرف العاقل يحمل على الصحة ما امكن وامكن تصحيحه بالحمل على سبب
مقصور الوجود فيحمل عليه تصحيحا له ولهما ان الاقرار المطلق بالدين يراد به الاقرار بسبب
المداينة لانه هو السبب الموضوع لثبوت الدين وانها في الدين هاهنا محال عادة والمستحيل
عادة كالمستحيل حقيقة ومنها ان يكون حيا وقت موت الموصي حتي لو قال اوصيت بثلث مالي
لما في بطن فلانة فولدت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي ولدا ميتا لا وصية له
لان الميت ليس من اهل استحقاق الوصية كما هو ليس من استحقاق الميراث بان ولد ميتا وانها
اخت الميراث ولو ولدت ولدين حيا وميتا فجميع الوصية للحي لان الميت لا يصلح محلا لوضع الوصية
فيه ولهذا لو اوصي لحي وميت كان كل الوصية للحي كما لو اوصي لادمي وحايط والله الموفق ومنها ان لا يكون
وارث الموصي وقت موت الموصي فان كان لا تصح الوصية له لما روي عن ابي قلابة عن رسول الله
صلي الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالي اعطي كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث وفي هذا حكاية
وهو حكي ان سليمان بن الاعمش كان مريضا فعاده ابو حنيفة رحمه الله فوجده يوصي لابنته فقال
ابو حنيفة رحمه الله ان هذا لا يجوز فقال ولم يا ابا حنيفة فقال انك رويت لنا ان رسول الله
صلي الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث فقال سليمان يا معشر الفقها انتم الاطبا ونحن الصيادلة
فقد نفي رسول الله صلي الله عليه وسلم ان يكون لوارث وصية نصا واشار الي تحول الحق من

الوصيه

الي الوصية الي الميراث علي ما بينا فيما تقدم ولانا لو جوزنا الوصية للورثة لكان للموصي ان يوثر بعض
الورثة وفيه ايحاش البعض وايحاشهم فيودي الي قطع الرحم وانه حرام والمفضي الي الحرام فهو حرام
دفعا للتناقض ثم الشرط ان لا يكون وارث الموصي وقت موت الموصي لا وقت الوصية حتي لو اوصي
الي اخيه وله ابن وقت ثم مات قبل موت الموصي ثم مات الموصي لم تصح الوصية لان الموصا له وهو
الاخ صار وارث الموصي عند موته ولو اوصي لاخيه ولا ابن له وقت الوصية ثم ولد له ابن ثم مات
الموصي صحت الوصية لان الاخ ليس بوارثه عند الموت لصيرورته محجوبا بالابن وانما اعتبرت
الوراثة وقت موت الموصي لا وقت وصيته لان الوصية ليست بتمليك للحال ليعتبر كونه
وارثا وقت وجودها بل هي تمليك عند الموت فيعتبر ذلك عند الموت وكذلك الهبة في المرض
بان وهب المريض لوارثه شيا ثم مات انه يعتبر كونه وارثا له وقت الموت لا وقت الهبة لان
هبة المريض في معني الوصية حتي يعتبر من الثلث وعلي هذا يخرج ما اذا اوصي لامراة اجنبية
وهو مريض او صحيح ثم تزوجها انه لا يصح ولو اقر المريض لامراة اجنبية بدين ثم تزوجها
جاز اقراره لان الوصية انما تصير تمليكا عند موت الموصي فيعتبر كونها وارثة له عند حينيذ
وهي وارثته عند موته لانها زوجته فلم تصح الوصية فاما الاقرار فاعتباره حال وجوده وهي
اجنبية حال وجوده فاعتراض الزوجية بعد ذلك لا يبطل وكذلك لو وهب لها هبة في مرض
موته ثم تزوجها بطلت الهبة لان تبرعات المريض مرض الموت يعتبر بالوصايا ولو اوصي وهو
مريض او صحيح لابنه النصراني صح لانه ليس بوارثه فلو اسلم الابن قبل موته بطلت وصيته لما
ذكرنا ان اعتبارها بعد الموت وهو وارث بعد الموت ولو اقر المريض بدين لابنه النصراني
ثم اسلم لم يجز اقراره عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر يصح وجه قوله علي نحو ما ذكرنا في المراة
ان الاقرار يعتبر حال وقوعه وانه غير وارث وقت الاقرار فاعتراض الوراثة بعد ذلك لا يبطل
الدين الثابت كما قلنا في المراة ولنا ان الوراثة وان لم تكن موجودة عند الاقرار لكن سببها كان
قايما وهو القرابة لكن لم يظهر عملها للحال لمانع وهو الكفر فعند زوال المانع يلحق بالعدم
من الاصل ويعمل السبب من وقت وجوده لا من وقت وجود زوال المانع كما في البيع بشرط الخيار
ان عند سقوط الخيار يعمل السبب وهو البيع في الحكم من وقت وجوده لا من وقت سقوط
الخيار والجامع ان العامل عند ارتفاع المانع ذات البيع وذات القرابة فتستند السببية
الي وقت وجود ذاته فيظهر انه لو اقر لوارثه فلم يصح او يقال ان اقرار المريض لوارثه انما يرد
للتهمة وسبب التهمة وقت الاقرار موجود وهو القرابة بخلاف ما اذا اقر لامراة اجنبية
ثم تزوجها لان هناك سبب القرابة لم يكن موجودا وقت الاقرار لان السبب هو الزوجية
ولم يكن وقت الاقرار وانما وجدت بعد ذلك وبعد وجودها لا يحتمل الاسناد فيقتصر
علي حال وجودها ولم يكن ذلك اقرار الوارثه فصح وثبت الدين في ذمته فلا يسقط بحدوث
الزوجية وعلي التقريب الثاني لم يوجد سبب التهمة وقت الاقرار فصح ولو كان ابنه مسلما
لكنه مملوك فاوصي له ثم اعتق فالوصية باطلة لما ذكرنا ان اوان اعتبار الوصية اوان
الموت وهو وارثه عند الموت ولو اقر له بالدين وهو مريض او وهب له هبة فقبضها فان لم
يكن عليه دين جاز ذلك لانه اذا لم يكن عليه دين كان الاقرار والهبة لمولاه وانه اجنبي عن الموصي
فجاز وان كان عليه دين لا يجوز لان الاقرار والهبة يقعان له لا لمولاه لانه يقضي منه
ديونه فيتبين ان الاقرار كان لوارثه من طريق الاستناد فلا يصح او لا يصح لقيام سبب التهمة
وقت الاقرار كما قلنا في الاقرار لابنه النصراني اذا اسلم ولو اوصي لبعض ورثته فاجاز الباقون
جازت الوصية لان امتناع الجواز كان لحقهم لما يلحقهم من الاذي والوحشة بايثار البعض

ولا يوجد ذلك عند الاجازة وفي بعض الروايات انه صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث
الا ان يجيزها الورثة ولو اوصي بثلث ماله لبعض ورثته ولاجنبي فان اجاز بقية الورثة جازت
الوصية لهما جميعا وكان الثلث بين الاجنبي وبين الوارث نصفين وان رد واجازت في حصة
الاجنبي وبطلت في حصة الوارث وقال بعض الناس يصرف الثلث كله الي الاجنبي لان الوارث
ليس بمحل للوصية فالتحقت الاضافة اليه بالعدم كما لو اوصي لحي وميت ان الوصية كلها للحي قلنا
كذا هذا وهذا غير سديد لان الوصية للوارث ليست وصية باطلة بدليل انها لو انضلت بها
الاجازة جازت والباطل لا يحتمل الجواز بالاجازة وبه تبين ان الوارث محل للوصية لان التصرف
المضاف الي غير محله يكون باطلا دل انه محل وان الاضافة وقعت صحيحة الا انها تبطل في حصته
برد الباقين واذا وقعت صحيحة فقد اوصي لكل واحد منهما بنصف الثلث ثم بطلت الوصية
في حق الوارث بالرد فبقيت في حق الاجنبي على حالها كما لو اوصي لاجنبيين فرد احدهما دون
الاخر بخلاف المريض اذا اقر بدين لبعض الورثة ولاجنبي كما اذا اقر لهما بالف درهم
والوارث مع الاجنبي تصادقا انه لا يصح الاقرار لهما اصلا لا للوارث ولا للاجنبي لان الوصية
تمليك فبطلانه في حق احدهما لا يوجب البطلان في حق الاخر لانه لا يوجب الشركة والاقرار
لهما بالدين اخبار عن دين مشترك بينهما فلو صح في حق الاجنبي لكان فيه قسمة الدين قبل القبض
وانها باطلة ولانه اذا كان اخبارا عن دين مشترك بينهما فالوارث ان يشارك الاجنبي فيما
يقبض ثم تبطل حصته وفيه اقرار للوارث وانه باطل بخلاف الوصية فان الوارث لا يشارك
الاجنبي واذا بطل الاقرار اصلا تقسم التركة بين ورثة المقر فما اصاب الوارث المقر له من
ذلك يكون ذلك بينه وبين الاجنبي الي تمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث
لانهما اذا تصادقا فمن زعمهما ان هذا القدر دين على الميت والدين مقدم على الميراث
هذا اذا تصادقا وان تكاذبا وانكر الاجنبي شركة الوارث او رد الوارث اقراره فالاقرار
باطل ايضا في قول ابي حنيفة وابي يوسف لما ذكرنا واذا بطل كان المال ميراثا بين ورثة
المقر فما اصاب الوارث فالمال كله له ولا شركة لاجنبي فيه لانه يكذب في ذلك وعند محمد
يصح اقراره في حق الاجنبي ويكون له خمسماية وان كان الاجنبي يكذب الوارث والوارث
يصدقه في ذلك فالخمسماية ما اصابه للاجنبي لانه لما صدقه الوارث فقد اقر انه كان له
على الميت خمسماية دين وانه مقدم على الميراث الا انه ادعي الشركة وهو يكذبه في الشركة
فكان القول قول الاجنبي ويأخذ تلك الخمسماية كلها ولو اوصي لعبد وارثه لا يصح سوا كان
العبد دين او لم يكن اما اذا لم يكن عليه دين فظاهر لان الوصية تقع لمولاه لان الملك يقع
له فكانت الوصية لوارثه وان كان عليه دين تقع لمولاه من وجه لانه اذا سقط عنه الدين
يصير الموصى به للوارث وقت الوصية فكانت الوصية للوارث من وجه فلا يصح الا اذا اعتق
قبل موت الموصي فتصح لان الوصية ايجاب الملك عند موت الموصي وهو كان حرا عند موته
وكذا اذا اوصي لعبد نفسه فاعتقه قبل موته صحت وصيته له فان مات وهو عبد بطلت
لانه وصية لمولاه ومولاه وارثه ولو اوصي لمكاتب وارثه لا يصح لان منفعة الوصية تحصل لوارثه
في الحال والمال في الحال باداء بدل الكتابة وفي المال بالعجز ولو اوصي لمكاتب نفسه جاز لانه
اما ان يعتق ببدل الكتابة فيصير اجنبيا فتجوز الوصية واما ان يعجز فيرد في الرق فيصير
ميراثا لجميع ورثته لا لبعضهم دون بعض فلا يكون في هذه الوصية ايثار بعض الورثة على البعض
فيجوز كما لو اوصي بثلث لجميع ورثته ومنها ان لا يكون قاتل الموصي قتلا حراما على سبيل المباشرة
فان كان لم تصح الوصية له عندنا وبه اخذ الشافعي وقال مالك هذا ليس بشرط وتصح الوصية

للقاتل

للقاتل واحتج بما ذكرنا من الدلايل لا بنا في اهلية التملك ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا وصية لقاتل وهذا نص ويروي انه قال ليس لقاتل شي ذكر الشي في نكرة في محل
النفي فيعم الميراث والوصية جميعا وبه تبين ان القاتل مخصوص عن عمومات الوصية ولان
اخت الميراث ولا ميراث للقاتل لما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما انهما لم يجعلا للقاتل ميراثا
وعن عبيدة السلماني انه قال لا يرث قاتل بعد صاحب البقرة ويروي انه لا يورث قاتل بعد
صاحب البقرة وهذا منه بيان اجماع المسلمين في زمن موسي عليه السلام الي زمن التابعين
على انه لا ميراث للقاتل وذكر محمد رحمه الله هذه الاثار في الاصل وقال والوصية عندنا بمنزلة ذلك
لا وصية للقاتل ولان الورثة تتاذي بوضع الوصية في القاتل كما يتاذي البعض بوضعها في
البعض فيودي الي قطع الرحم وانه حرام ولان المجروح اذا صار صاحب فراش فقد تعلق حق
الورثة بماله نظرا لهم كيلا يزيل المورث ملكه الي غيرهم لعداوة او اذي لحقه من جهتهم فيتضررون
بذلك لكن مع بقا ملك المورث نظرا له لحاجته الي دفع حوايجه الاصلية وسبب ثبوت حقهم
في مرض الموت ما هو سبب ثبوت ملكهم بعد الموت وهو القرابة فكان ينبغي ان لا يملك التبرع
بشي من ماله الا انه ملك ذلك على غير القاتل والوارث بخلاف القياس فيبقي الامر فيهما على اصل
القياس ولان القتل بغير جناية عظيمة فيستدعي الزجر بابلغ الوجوه وحرمان الوصية يصلح
زاجرا كحرمان الميراث فيثبت وسوا كان القتل عمدا او خطا لان القتل الخطا قتل وانه جابر
المواخذة عليه عقلا وسوا بعد الجناية او قبلها لان الوصية انما تقع تمليكا بعد الموت فتقع
وصية للقاتل تقدمت الجناية او تاخرت ولا تجوز الوصية لعبد القاتل كان العبد دين او
لم يكن ولا لمكاتبه لما ذكرنا في عبد الوارث ومكاتبه وتجوز الوصية لابن القاتل ولابويه
ولجميع قرابته لان ملك كل واحد منهما منفصل عن ملك صاحبه فلا تكون الوصية لاحدهما
وصية لصاحبه ولو اشترك عشرة في قتل رجل فاوصي لبعضهم بعد الجناية لم يصح لان كل واحد
منهم قاتل على الكمال حتى وجب القصاص على كل واحد منهم فكانت وصيته لقاتله فلم تصح
ولو كان احدهم عبد الموصي فاوصي لبعضهم بعد الجناية واعتق عبده ثم مات فالوصية باطلة
ولا يبطل العتق ولكن العبد يسعي في قيمته اما بطلان الوصية فلما ذكرنا ان كل واحد منهم
قاتل فكان الموصا له قاتلا فلم تصح الوصية واما صحة الاعتاق ونفاذه ففيه ضرب
اشكال وهو ان الاعتاق حصل في مرض الموت والاعتاق في مرض الموت وصية والوصية
للقاتل لا تصح والعبد قاتل فينبغي ان لا ينفذ اعتاقه والجواب عنه من وجهين احدهما ان
الاعتاق في مرض الموت ليس بوصية حقيقة لان الوصية تمليك والاعتاق اسقاط
الملك وازالته لا الي احد وهما متغايران بل متنافيان حقيقة وكذا الاعتاق يتنجز حكمه
للحال وحكم الوصية يتاخر الي ما بعد الموت فلم يكن الاعتاق في مرض الموت وصية حقيقة الا انه
يشبه الوصية من حيث انه يعتبر من الثلث لا غير والثاني ان كان في معني الوصية فالوصية
بالاعتاق مردودة من حيث المعني وان كانت نافذة صورة الا تري ان العبد يسعي في قيمته
والسعاية قيمة الرقبة فكانت السعاية ردا للوصية معني والعتق بعد وقوعه ان كان لا
يحتمل النقض صورة يحتمله معني برد السعاية التي هي قيمة العبد ولو اوصي لعبده بالثلث ثم
قتله العبد لم تصح وصيته غير انه يعتق ويسعي في جميع قيمته اما بطلان الوصية فلانه
وصية للقاتل واما نفاذ العتق فلان الوصية للقاتل ليست بباطلة بل هي صحيحة الا تري
انها تقف على اجازة الورثة في ظاهر الرواية فاذا اوصي له بثلث ماله فقد اوصي له برقبته بثلث
رقبته من ماله فدخلت تحت الوصية بالثلث فكما مات الموصي ملك ثلث رقبته وتمليك

ثلث رقبته منه بكون اعتاقا للثلث عند الموت فيعتق ثلثه عند الموت ثم ينقض من حيث المعنى
برد السعاية كما لو اعتقه نصا في مرض موته او اضاف العتق الي ما بعد الموت بالتدبير
غير ان عند ابي حنيفة وقعت الوصية له بثلث الرقبة لان الاعتاق متجز عنده فيعتق ثلث رقبته
ويسعي في ثلثيه لانه معتق البعض ويسعي في ذلك الثلث الذي عتق ردا للوصية معني بالسعاية
لانه لا وصية للقاتل فيرد برد السعاية وعندهما وقعت الوصية له بكل الرقبة لانه عتق كله لان
الاعتاق لا يتجزي عندهما ومتي عتق كله يسعي في كله قيمته ردا للوصية معني فاتفق الجواب
وهو السعاية في جميع قيمته وانما اختلف الطريق ولو اوصي للقاتل ثم اجازت الورثة الوصية
بعد موت الموصي ذكر في الاصل انه يجوز ولم يذكر خلافا وذكر في الزيادات ان علي قول ابي يوسف
لا يجوز وسكت عن قولهما فيدل علي الجواز عند ابي حنيفة ومحمد لابي يوسف ما روينا عن
رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال لا وصية لقاتل وقال ليس للقاتل شي من غير فصل بين حال
الاجازة وعدمها ولان المانع من الجواز هو القتل والاجازة لا تمنع القتل ولهما ان امتناع الجواز
كان لحق الورثة لانهم يتاذون بوضع الوصية في القاتل اكثر مما يتاذي البعض بايثار البعض
بالوصية ثم جازت الوصية للبعض باجازة الباقين فههنا اولي والدليل علي ان المانع حق
الورثة ان الورثة ينتفعون ببطلان الوصية للقاتل وحق الانسان ما ينتفع به فاذا اجازوا
فقد زال المانع فجازت ولهذا اجازت الوصية لبعض الورثة باجازة الباقين كذا هذا ولو كان
القتل قصاصا لا يمنع صحة الوصية لانه ليس بقتل حرام وكذا لو كان القاتل صبيا لان قتله لا
يوصف بالحرمة ولهذا لم يتعلق بشي من ذلك حرمان الميراث فكذا حرمان الوصية وكذا القتل
تسبيبا لا يمنع جواز الوصية كما لا يمنع حرمان الميراث علي ما عرف في كتاب الفرايض واما الاقرار
للقاتل بالدين فان صار صاحب فراش لم يجز وان كان يذهب ويجي جاز لان اقرار المريض مرض
الموت في معني الوصية الا تري انه لا يصح لوارثه كما لا تصح وصيته له واذا كان يذهب ويجي
كان في حكم الصحيح فيجوز كما لو اقر لوارثه في هذه الحالة وكذا الهبة في المرض في معني الوصية فلا تصح
للقاتل وعفو المريض عن القاتل في دم العمد جائز لقوله تعالي وان تعفوا اقرب للتقوي ولا
تنسوا الفضل بينكم من غير فصل بين حال المرض والصحة ولان المانع من نفاذ تصرف المريض هو تعلق حق
الورثة او الغرما وانما يتعلق حقهم بالمال والقصاص ليس بمال وبهذا علل في الاصل وان كان
القتل خطا يجوز العفو من الثلث لان القتل الخطا يوجب المال فكان عفوه بمنزلة الوصية بالمال
وانها جايزة من الثلث ودلت هذه المسلة علي ان الدية كلها تجب علي العاقلة ولا تجب علي القاتل
شي لانه وان وجب لم يصح عفوه من الثلث في حصة القاتل لانه يكون وصية للقاتل في ذلك القدر
ولا وصية للقاتل ولما جاز العفو ههنا من الثلث علم ان الدية لا تجب علي القاتل وانما تجب علي
علي عاقلة القاتل حتي تكون وصية علي لعاقلة القاتل ثم الوصية للقاتل انما لا تجوز اذا لم تجز
الورثة فان اجازوا جازت ولم يذكر في الاصل اختلافا وذكر في الزيادات قول ابي يوسف
انها لا تجوز وان اجازت الورثة وسكت عن قول ابي حنيفة ومحمد وجه قول ابي يوسف ان المانع
من الجواز هو القتل وانه لا ينعدم بالاجازة ولهذا حرم الميراث اجازت الورثة او لا ولانه
لما قتله بغير حق صار كالحربي والوصية للحربي لا تجوز اجازت الورثة او لم تجز كذا القاتل
وجه ظاهر الرواية ان عدم الجواز لمكان حق الورثة لما ذكرنا في الوصية لبعض الورثة فتجوز
عند اجازتهم كما جازت لبعض الورثة عند اجازة الباقين بل اولي لان من الناس من يقول بجواز
الوصية للقاتل وهو مالك ولا احد يقول بجواز الوصية للوارث فلما لحقتها الاجازة هناك
فلان تلحقها ههنا اولي ومنها ان لا يكون حربيا غير مستامن فان كان لا تصح الوصية له من مسلم

اودني

او ذمي لان المتبرع بتمليك المال اياه يكون اعانة له علي الحراب وانه لا يجوز واما كونه
مسلما فليس بشرط حتي لو كان ذميا فاوصي له مسلم او ذمي جاز وكذا لو اوصي ذمي لذمي
لقول النبي صلي الله عليه وسلم فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم
ما علي المسلمين وللمسلم ان يوصي مسلما او ذميا كذا لهم وسوا اوصي لاهل ملته او لغير
اهل ملته لعموم الحديث ولان الاختلاف بينه وبين اهل ملته لا يكون اكثر من الاختلاف
بيننا وبينهم وذا لا يمنع جواز الوصية فهذا اولي وان كان مستامنا فاوصي له ذمي ذكر
في الاصل انه يجوز لانه في عهدنا فاشبه الذمي الذي هو في عقدنا وتجوز الوصية للذمي
كذا الحربي المستامن وروي عن ابي حنيفة انه لا يجوز وهذه الرواية بقول اصحابنا اشبه
لانهم قالوا انه لا يجوز صرف الكفارة والنذر وصدقة الفطر والاضحية الي الحربي المستامن
لما فيه من الاعانة علي الحراب ويجوز صرفها علي الذمي لانا ما نهينا عن بر اهل الذمة لقوله
تعالي لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم
وقيل ان في التبرع عليه في حال الحياة بالصدقة والهبة روايتين عن اصحابنا فالوصية
له علي تلك الروايتين ايضا وكذا كونه من اهل الملك ليس بشرط حتي لو اوصي مسلم بثلث
ماله للمسجد ان ينفق عليه في اصلاحه وعمارته او تجصيصه تجوز لان قصد المسلم من
هذه الوصية التقرب الي الله تعالي باخراج ماله الي الله تعالي لا التمليك الي احد ولو اوصي
المسلم لبيعة او كنيسة بوصية فهو باطل لانه معصية ولو اوصي الذمي بثلث ماله للبيعة
او للكنيسة ان ينفق عليها في اصلاحها او اوصي لبيت النار او اوصي ان يذبح لعيدهم او
للبيعة او لبيت النار ذبيحة جاز في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد لا تجوز
وجملة الكلام في وصايا اهل الذمة انها اما لا تخلوا اما ان يكون الموصى له امرا هو قربة
عندهم لا عندنا او عندهم او كان امرا هو قربة عندنا لا عندهم واما ان كان هو امرا
هو قربة عندهم لا عندنا فان كان الموصى له شيا هو قربة عندنا وعندهم بان اوصي
بثلث ماله ان يتصدق علي فقرا المسلمين وعلي فقرا اهل الذمة او بعتق الرقاب او بعمارة
المسجد الاقصي ونحو ذلك جاز في قولهم جميعا لان هذا مما يتقرب به المسلمون واهل الذمة
وان كان شيا هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم بان اوصي ان يحج عنه او اوصي ان يبني
مسجد للمسلمين ولم يبين لا يجوز في قولهم جميعا لانهم لا يتقربون فيما بينهم فكان مستهزيا
في وصيته والوصية يبطلها الهزل والهزؤ وان كان شيا هو قربة عندهم لا عندنا
بان اوصي بارض له تبني بيعة او كنيسة او بيت نار او بعمارة البيعة او الكنيسة او
بيت النار او بالذبح لعيدهم او للبيعة او لبيت النار ذبيحة فهو علي الاختلاف الذي
ذكرنا ان عند ابي حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز وجه قولهما ان الوصية بهذه الاشيا
وصية بما هو معصية والوصية بالمعاصي لا تصح وجه قول ابي حنيفة ان المعتبر في وصيتهم
ما هو قربة عندهم لا ما هو قربة حقيقة لانهم ليسوا من اهل القربة الحقيقية ولهذا لو اوصي
بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم لم تجز وصيتهم كالحج وبنا المساجد للمسلمين فدل ان المعتبر
ما هو قربة عندهم وقد وجد ولكن امرنا ان لا نتعرض لهم فيما يدينون كما لا نتعرض لهم في
عبادة الصليب وبيع الخمر والخنزير فيما بينهم ولو بني الذمي في حياته بيعة او كنيسة
او بيت نار كان ميراثا بين ورثته في قولهم جميعا علي اختلاف المذهبين اما علي اصلهما فظاهر
لانه معصية واما عنده فلانه بمنزلة الوقف والمسلم لو جعل دارا وقفا ان مات
صار ميراثا كذا هذا فان قيل لم لا يجعل حكم البيعة فيما بينهم كحكم المسجد فيما بين المسلمين

مسلم او ضمر

فالجواب ان حال المسجد تخالف حال البيعة لان المسجد صار خالصا لله تعالى وانقطعت عنه منافع الناس
فاما البيعة فانها باقية على منافعهم فانه يسكن اساقفهم ويدفن فيها موتاهم فكانت باقية على منافعهم
فاشبه الوقف فيما بين المسلمين والوقف فيما بين المسلمين لا يزيل ملك الرقبة عنده فكذا هذا
ولو اوصى مسلم بغلة جاريته ان تكون نفقة المسجد ومونته فانهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها
شي انفق ذلك في بنايه لانه بالانهدام لم يخرج من ان يكون مسجدا وقد اوصى له بغلتها فينفق في بنايه
وعمارته والله الموفق ومنها ان لا يكون مملوك الموصي اذا كانت الوصية بدراهم او دنانير مسماة
او بشي معين من ماله سوى رقبة العبد حتى لو اوصى لعبده بدراهم او دنانير مسماة او بشي معين
من ماله سوى رقبة العبد لا تصح الوصية لانه اذ ذاك يكون موصيا لنفسه ولو اوصى له
بشي من رقبته بان اوصى له بثلث رقبته جاز لان الوصية له بثلث رقبته تمليك ثلث رقبته منه
وتمليك نفس العبد منه يكون اعتاقا فكان فيصير ثلثه مدبرا في قول ابي حنيفة وعندهما
يصير كله مدبرا لان التدبير متجزي عنده كالاعتاق وعندهما لا يتجزى ولو اوصى له بثلث ماله
جازت وصيته وعتق ثلثه بعد موته لان رقبته دخلت في الوصية لانها ماله فوقعت الوصية
عليها وعلى ساير املاكه ثم ينظر ان كان له دراهم او دنانير ينظر الى ثلثي العبد فان كانت قيمة ثلثي
العبد مثل ما وجب له في ساير امواله صار قصاصا وان كان في المال زيادة تدفع اليه الزيادة
فان كان في ثلثي قيمة العبد زيادة تدفع الزيادة الى الورثة وان كانت التركة عروضا لا تصير
قصاصا الا بالتراضي لاختلاف الجنس وعليه ان يسعى في ثلثي قيمته وله الثلث من ساير امواله
وللورثة ان يبيعوا الثلث من ساير امواله حتى تصل اليهم السعاية وهذا قول ابي حنيفة
واما عندهما فقد صار مدبرا فاذا مات عتق كله ويكون العتق مقدما على ساير الوصايا
فان زاد الثلث على مقدار قيمته فعلى الورثة ان يدفعوا اليه وان كانت قيمته اكثر فعليه ان
يسعى في الفضل ومنها ان لا يكون مجهولا جهالة لا يمكن ازالتها فان كان لم تجز الوصية له لان الجهالة
التي لا يمكن استدراكها تمنع من تسليم الموصى به الى الموصى له فلا يفيد الوصية وعلى هذا يخرج
ما اذا اوصى بثلث ماله لرجل من المسلمين الناس انه لا يصح بلا خلاف ولو اوصى لاحد هذين الرجلين
لا يصح في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا تصح غير ان عند ابي يوسف الوصية تكون بينهما
نصفين وعند محمد الخيار الى الوارث يعطي ايهما شاء وجه قول محمد ان الايجاب وقع صحيحا لان
احدهما وان كان مجهولا ولكن هذه جهالة يمكن ازالتها الا ترى ان الموصي لو عين احدهما حال
حياته لتعين ثم ان محمدا يقول لما مات عجز عن التعيين بنفسه فيقوم وارثه مقامه في التعيين
وابو يوسف يقول لما مات قبل التعيين شاعت الوصية لهما وليس احدهما باولى من الاخر كمن
اعتق احد عبديه ثم مات قبل البيان ان العتق يشيع فيهما جميعا فيعتق من كل واحد منهما
نصفه كذا ههنا يكون لكل واحد منهما نصف الوصية ولابي حنيفة ان الوصية تمليك عند
الموت فيستدعي كون الموصى له معلوما عند الموت والموصى له عند الموت مجهول فلم تصح الوصية
من الاصل كما لو اوصى لواحد من الناس فلا يمكن القول بالشيوع ولا يقام الوارث مقام المورث
في الزمان لان ذلك حكم الايجاب الصحيح ولم يصح الا ان الموصي لو بين الوصية في احدهما حال حيوته
صحت لان البيان انشا الوصية لاحدهما فكانت وصية مستانفة لاحدهما عينا وانها صحيحة ولو
كان له عبدان فقال ابن فاوصى بارفعهما لرجل وباخسهما ثم مات الموصي ثم مات احد العبدين ولا
يدري ايهما هو فالوصية بطلت في قول ابي حنيفة وزفر اجتمعا على اخذ الثاني او لم يجتمعا وقال
ابو يوسف ان اجتمعا على اخذ الثاني فهو بينهما نصفان وان لم يجتمعا على اخذه فلا شي لهما وروي
عن ابي يوسف انه بينهما نصفان اجتمعا او لم يجتمعا وعلى هذا تخرج الوصية لقوم لا يحصون

يعطي

اذا

انها باطلة اذا لم يكن في اللفظ ما ينبي عن الحاجة وان كان فيه ما ينبي عن الحاجة فالوصية جايزة لانهم
كانوا لا يحصون ولم يذكر في اللفظ ما يدل على الحاجة وقعت الوصية تمليكا منهم وهم مجهولون والتمليك
من المجهول جهالة لا يمكن ازالتها لا تصح ثم اختلف في تفسير الاحصا قال ابو يوسف ان كانوا لا يحصون
الا بكتاب وحساب فهم لا يحصون وقال محمد ان كانوا اكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل ان كانوا
بحيث لا يحصيهم محص حتى يولد لهم مولود ويموت منهم ميت فهم لا يحصون وقيل يفوض الى راي
القاضي وان كان في اللفظ ما يدل على الحاجة كان وصية بالصدقة وهي اخراج المال الى الله تعالى
والله تعالى واحد معلوم فصحت الوصية ثم اذا صحت الوصية فالافضل للوصي ان يعطي الثلث لمن تقرب
اليه منهم فان جعله في واحد فما زاد جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز ان
يعطي الا اثنين فصاعدا ولا يجوز ان يعطي واحدا الا نصف الوصية وبيان هذه الجملة في مسايل
اذا اوصى بثلث ماله للمسلمين لم يصح لان المسلمين لا يحصون فالافضل للوصي ان يعطي الثلث لمن
تقرب اليه منهم فان جعله في واحد فما زاد جاز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز
ان يعطي الا اثنين منهم فصاعدا ولا يجوز ان يعطي واحدا الا نصف الوصية وبيان هذه الجملة في
مسايل اذا اوصى بثلث ماله للمسلمين لم يصح لان المسلمين لا يحصون وليس في لفظ المسلمين ما
ينبي عن الحاجة فوقعت الوصية تمليكا من مجهول فلم تصح ولو اوصى لفقرا المسلمين او لمساكينهم
صحت الوصية وان كانوا لا يحصون لكن عندهم اسم الفقير والمسكين ينبي عن الحاجة فكانت
الوصية لهم تقربا الى الله تعالى طلبا لمرضاته لا لمرضاة الفقير فيقع المال لله تعالى ثم الفقرا يتملكون
بتمليك الله تعالى منهم والله تعالى واحد معلوم ولهذا كان ايجاب الصدقة من الله تعالى على الاغنيا
صحيحا وان كانوا لا يحصون فاذا صحت الوصية فلو صرف الوصي جميع الثلث الى فقير واحد جاز عند ابي
حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز الا ان يعطي منهم اثنين فصاعدا ولا يجوز ان يعطي واحدا منهم
الا نصف الثلث وجه قول محمد ان الفقرا اسم جمع واقل الجمع الصحيح ثلثة الا انه قام الدليل على ان الاثنين
في باب الوصية يقومان مقام الثلث لان الوصية اخت الميراث والله تعالى اقام البنتين من البنات
مقام الثلث منهم في استحقاق الاثنين وكذا الاخوة الاثنان من الاخوة والاخوات يقومان مقام
الثلث في نقص حق الام من الثلث الى السدس ولا دليل على قيام الواحد مقام الجماعة مع ان الجمع
ماخوذ من الاجتماع واقل ما يحصل به الاجتماع اثنان ومراعاة معنى الاسم واجب ما امكن ولهما ان
هذا النوع من الوصية وصية بالصدقة وهي التزام المال حقا لله تعالى وجنس الفقرا مصرف
ما يجب لله تعالى من الحقوق المالية فكان ذكر الفقرا لبيان المصرف لا لايجاب الحق لهم فيجب الحق لله
تعالى ثم يصرف الى من ظهر رضى الله تعالى بصرف حقه المالي اليه وقد حصل بصرفه الى فقير واحد
ولهذا جاز صرف ما وجب من الصدقات الواجبة بايجاب الله تعالى الى فقير واحد وان كان المذكور
بلفظ الجماعة بقوله تعالى انما الصدقات للفقرا وقد خرج الجواب عما ذكره محمد على ان مراعاة
معنى الجمع انما يجب عند الامكان واما عند التعذر فلا بل يحمل اللفظ على مطلق الجنس كما في قوله
والله لا اتزوج النسا وقوله ان كلمت بني ادم او ان اشتريت العبيد انه يحمل على الجنس ولا يراعى فيه
معنى الجمع حتى يحنث بوجود الفعل منه في واحد من الجنس وههنا لا يمكن اعتبار معنى الجمع لان ذلك
مما لا غاية له ولا نهاية فيحمل على الجنس بخلاف ما اذا اوصى لمواليه وله مولى واحد انه لا يصرف كل الثلث
بل نصفه لان هناك ما التزم المال حقا لله تعالى بل ملكه للموالي وهو اسم جمع فلا بد من اعتباره
وكذا ذلك الجمع له غاية ونهاية فكان اعتبار الجمع ممكنا فلا ضرورة الى الحمل على الجنس بخلاف
جمع الفقرا وكذلك لو اوصى لفقرا بني فلان دون اغنيايهم وبنو فلان قبيلة لا تحصى ولا يحصى
فقراوهم فالوصية جايزة لما قلنا بل اولى لانه لما صحت الوصية لفقرا المسلمين مع كثرتهم فلان

نصح لفقرا القبيلة اولي فان لم يقل لفقرايهم ولكنه اوصي لبني فلان فهذا لايخلوا من احد من وجهين اما ان كان فلان ابا قبيلة واما ان لم يكن ابا قبيلة بل هو رجل من الناس يعرف فان كان ابا قبيلة مثل تميم واسد ووايل فان كان بنوه يحصون جازت الوصية لهم لانهم اذا كانوا يحصون فقد قصد الموصي تمليك المال منهم لا الاخراج الي الله تعالي فكان الموصا له بالثلث معلوما فتصح الوصية له كما لو اوصي لبني فلان وهم يحصون ويدخل فيه الذكور والاناث لان الاضافة الي اب القبيلة اضافة النسبة كالاضافة الي القبيلة الا تري انه يصح ان يقال هي هذه المراة من بني تميم كما يصح ان يقال هذا الرجل من بني تميم فيدخل فيه كل من ينسب الي فلان ذكرا كان او انثي غنيا كان او فقيرا لانه ليس في اللفظ ما ينبي عن الحاجة وصار كما لو اوصي لقبيلة فلان ولو كان لبني فلان موالي عتاقة يدخلون في الوصية وكذا موالي مواليهم وعديدهم وكذا لو كان لهم موالي الموالاة لما ذكرنا ان المراد من قوله بني فلان اذا كان فلان ابا قبيلة هو القبيلة لا ابناوه حقيقة فكان مراده المنتسبين الي هذه القبيلة والمنتمون اليهم والحلفا والموالي ينسبون الي القبيلة وينتمون اليهم في العرف والشرع قال عليه السلام مولي القوم منهم وفي رواية موالي القوم من انفسهم وحليفهم منهم وروي انه قال في قوله ذلك وعديدهم منهم ولان بني فلان اذا كانوا لا يحصون سقط اعتبار حقيقة البنوة فصا عبارة عمن يقع بهم هم التناصر والموالي يقع بهم لهم التناصر وكذا الحليف والعديد لان الحليف هو الذي حلف انه ينصرهم ويذب عنهم كما يذب عن نفسه وهم حلفوا لهم كذلك والعديد هو الذي يلحق بهم من غير حلف ولو اوصي لقبيلة فلان دخل فيه الموالي لان المراد من القبيلة الذين ينسبون اليه هذا اذا كانوا يحصون فان كان لا يحصون لا تجوز الوصية لما قلنا في الوصية لبني فلان بخلاف ما اذا اوصي لبني فلان وهم يحصون وفلان اب خاص لهم وليس بابي قبيلة حيث كان الثلث لبني صلبه ولا يدخل فيه لمواليه لانه ما جري العرف هناك انهم يريدون بهذه اللفظة المنتسب اليهم فبقيت اللفظة محمولة علي الحقيقة ولهذا لا يدخل في الوصية بني بنو بنيه والدليل علي التفرقة بين الفصلين ان زيدا لو اعتق عبدا لا يقول المعتق انا من بني زيد اذا كان زيدا ابا خاصا وان كان زيدا ابا قبيلة يقول المعتق انا من بني زيد هذا هو المتعارف عندهم وان كانوا لا يحصون لم تصح الوصية لان الوصية وقعت تمليك المال منهم وهم مجهولون ولا يمكن ان يجعل هذا وصية بالصدقة لانه ليس في لفظ الابن ما ينبي عن الحاجة لغة فلا يصح كما لو اوصي للمسلمين انه لا يصح التمليك منه ولم يجعل وصية بالصدقة لما قلنا كذا هذا وان كان ابا نسب وهو رجل من الناس يعرف كابن ابي ليلي وشبرمة ونحو ذلك فان كانوا كلهم ذكورا دخلوا في الوصية لان حقيقة اسم البنين للذكور لانه جمع الابن فيجب العمل بالحقيقة ما امكن وقد امكن وان كانوا كلهم اناثا لا يدخل فيه واحدة منهن لان اللفظ لا يتناولهن عند انفرادهن وان كانوا ذكورا واناثا فقد اختلف فيه قال ابو حنيفة وابو يوسف الوصية للذكور ولا دون الاناث وقال محمد يدخل فيه الذكور والاناث وهو احدي الروايتين عن ابي حنيفة رواه يوسف بن خالد السمتي وذكر القدوري في شرحه مختصر الكرخي الخلاف بين ابي حنيفة وصاحبيه وجه قول محمد ان الذكور مع الاناث اجتمعوا غلب الذكور الاناث ويتناول اسم الذكور الذكور والاناث جميعا وان كان لا يتناولهن حالة الانفراد ولهذا تناول الخطابات التي في القران باسم الجمع الذكور والاناث جميعا فكذا في الوصية ولهما اعتبار الحقيقة وهو ان البنين جمع ابن والابن اسم للذكور حقيقة كذا البنون فلا يتناول الا الذكور ولهذا لم يتناولهن حالة انفرادهن فكذا حال الاجتماع وهكذا نقول في خطابات القران ان خطاب الذكور لا يتناول الاناث بصيغته بل بدليل زايد والدليل عليه ما روي ان النسا شكون الي رسول الله صلي الله عليه وسلم فقلن يا رسول الله ان الله تعالي يخاطب الرجال دوننا فنزل قوله تعالي ان المسلمين والمسلمات فلو كان خطاب الرجال يتناولهن لم يكن لشكايتهن معني بخلاف ما اذا كان فلان ابا قبيلة او بطن او فخذ لان الاضافة الي القبيلة والبطن والفخذ لا يراد بها الاعيان وانما يراد بها الانساب وهي ان يكون منسوبا الي القبيلة والبطن والفخذ والذكر والانثي في النسبة علي السوا ولهذا يتناول الاسم الاناث وان لم يكن فيهن ذكور لا يتناول الاسم من ولد الرجل المعروف الاناث اللاتي لا ذكر معهن فان كان لفلان بنو صلب وبنو ابن فالوصية لبني الصلب لانهم بنوه في الحقيقة واما بنو الابن فبنوا بنيه حقيقة لا بنوه وانما يسمون بنيه مجازا واطلاق اللفظ يحمل علي الحقيقة ما امكن فان لم يكن له بنو الصلب فالوصية لبني الابن لانهم مجازا فيحمل عليه عند تعذر العمل بالحقيقة واما ابنا البنات فلا يدخلون في الوصية عند ابي حنيفة وذكر الخصاف عن محمد انهم يدخلون كابنا البنين وسنذكر المسلة ان شا الله تعالي فان كان له ابنان لصلبه فالوصية لهما في قولهم جميعا لان اسم الجمع في باب الوصية يتناول الاثنين فصاعدا فقد وجد من يستحق كل الوصية فلا يحمل علي غيرهم وان كان له ابن واحد لصلبه صرف نصف الثلث اليه لان المذكور بلفظ الجمع وليس في الواحد معني الجمع فلا يستحق الواحد كل الوصية بل النصف ويرد النصف الباقي الي ورثة الموصي وان كان له ابن واحد لصلبه وابن ابنه فالنصف لابنه والباقي يرد علي ورثة الموصي في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد النصف لابنه وما بقي فلابن ابنه والصحيح قول ابي حنيفة لان اللفظ الواحد لا يحمل علي الحقيقة والمجاز في زمان واحد فاذا صارت الحقيقة مرادة سقط المجاز وعندهما يجوز حمل اللفظ الواحد علي الحقيقة والمجاز في حالة واحدة وهذا غير سديد لان الحقيقة اسم للثابت المستقر في موضوعه والمجاز ما انتقل عن موضوعه والشي الواحد في زمان واحد يستحيل ان يكون ثابتا في محله ومنتقلا عن محله ولو كان له بنات وبنوا ابن فلا شي للفريقين في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو بينهم بالسوية لان عند ابي حنيفة ولد الصلب اذا كان حيا يسقط معه ولد الولد وان ولد الصلب هاهنا البنات علي الانفراد واسم البنين لا يتناول البنات علي الانفراد فلم تصح الوصية في الفريقين جميعا وعلي اصلهما تحمل الوصية علي ولد الولد والولد اذا لم يجز افراد الولد بالوصية ويتناول لهما الاسم علي الاشتراك وصاروا كالبطن الواحد فيشترك ذكورهم واناثهم ولو قال اوصيت بثلث مالي لاخوة فلان وهم ذكور واناث فهو علي الخلاف الذي ذكرنا ان عند ابي حنيفة وابي يوسف هو للذكور دون الاناث وعند محمد هو بينهم بالسوية لا يزاد الذكر علي الانثي والحجة علي ما ذكرنا في المسلة المتقدمة ولو اوصي لولد فلان فالذكر والانثي فيه سوا في قولهم جميعا لان الولد اسم للمولود وانه يتناول الذكر والانثي ولو كانت له امراة حامل دخل ما في بطنها في الوصية لان الوصية اخت الميراث الاستحقاق في كل واحد منهما يتعلق في كل واحد منهما يتعلق بالموت ثم الحمل يدخل في الميراث فيدخل في الوصية فان كان له بنات وبنوا ابن فالوصية لبناته دون بني ابنه لان الولد اسم الولد للبنات بانفرادهن حقيقة ولا ولاد الابن مجاز ومهما امكن حمل اللفظ علي الحقيقة لا يحمل علي المجاز فان لم يكن له ولد صلب فالوصية لولد الابن يستوي فيه ذكورهم واناثهم لانه تعذر العمل بحقيقة اللفظ فيعمل بالمجاز تصحيحا لكلام العاقل ولا يدخل اولاد البنات في الوصية في قول ابي حنيفة وذكر الخصاف عن محمد ان ولد البنات يدخلون فيها كولد البنين وذكر في السير الكبير اذا اخذ الامان لنفسه وولده لم يدخل

فيه اولاد البنات فصار عن محمد روايتان وجه رواية الخصاف ان الولد ينسب الي ابويه
جميعا لانه ولد ابيه وولد امه حقيقة لا خلاف من مائهما جميعا ثم ولد ابنه ينسب اليه
وكذا ولد ابنته ولهذا يضاف اولاد فاطمة رضي الله عنها الي ابيها رسول الله صلي الله عليه وسلم
وقال عليه السلام الا ترى للحسن ان ابني هذا السيد وان الله ليصلح به بين الفئتين وروي
انه صلي الله عليه وسلم قال للحسن والحسين رضي الله عنهما ان ابني لسيدا كهول اهل الجنة
وكذا يقال لعيسي ابن مريم انه من بني ادم وان كان لا ينسب اليه الا من قبل امه ولابي حنيفة
ان اولاد البنات ينسبون الي ابائهم لا الي اب الام قال الشاعر

بنونا بنو ابنائنا وبناتنا ... بنوهن ابنا الرجال الاباعد

واما قوله ان الولد ينسب الي ابيه والي امه قلنا نعم وبنت الرجل ولده حقيقة فكان ولدها
ولده حقيقة بوساطتها حتي يثبت جميع الاحكام الاولاد في حقه كما يثبت في اولاد البنين
الا ان النسبة الي الامهات مهجور عادة فلا ينسب اولاد البنات الي اولاد الامهات
بوساطتهن ولا يدخلون تحت النسبة المطلقة واولاد فاطمة رضي الله عنها لم يهجر نسبتهم
اليها فينسبون الي رسول الله صلي الله عليه وسلم بواسطتها وقيل انهم خصوا بالنسبة
الي النبي صلي الله عليه وسلم تشريفا واكراما وقد روي بعض مشايخنا عن شمس الائمة الحلواني
رحمه الله في هذا حديثا عن رسول الله صلي الله عليه وسلم انه قال كل بنو بنت بنوا ابيهم اولاد
فاطمة فانهم اولادي فان لم يكن له ولد واحد فالثلث له سوا ذكرا كان او انثي لان اسم الولد
يتناول الواحد فيما زاد عليه حقيقة ولا يتناول الجمع قال هشام سالت محمدا رحمه الله عن
رجل له ابن وبنت فقال اوصيت لفلان بمثل نصيب احد ابني ثم مات الموصي فلم يجعل
للموصي قال ذلك للورثة ان شاوا اعطوه اقل الانصبا قلت فان كان له ابنتا وابن قال
فكذلك ايضا قلت فان كان له ابنان وبنت او ابنان وبنتان او بنون وبنات فقال قد
اوصيت لفلان بمثل نصيب احد بني وله ابن وبنت فقال يعطي الموصا له في هذا نصيب
ابن وانما كان كذلك لانه اذا قال احد بني وله ابن وبنت علم انه سمي الانثي ابنا لاجتماعها
مع الذكر فدخلت في الكلام فكان للورثة ان يجعلوا الوصية علي نصيبها واذا كان له
بنون وبنات او ابنان وبنتان فقال احد بني يقع علي الذكور فتحمل الوصية علي نصيب
واحد منهم دون نصيب البنات قال محمد فاذا كان له بنت وابن او ابن وبنتان او ابن
وبنات والابن وحده لا يكون بنين والامر علي ما ذكره محمد رحمه الله لان اسم الجمع لا يتناول
الواحد فلا بد من ادخال الاناث معه فحملت الوصية علي نصيب احدهم فهذا اشارة منه
الي اعتبار حقيقة اللفظ وان الاسم يحمل علي الذكور الا عند التعذر ولو اوصي ليتامي
بني فلان فان كان يتاماهم يحصون وقعت الوصية لهم باعيانهم لكن معلومين فامكن
ايقاعها تمليكا منهم فصحت كما لو اوصي ليتامي هذه السكة او هذه الدار ويستوي فيها الغني
والفقير لان اليتيم في اللغة اسم لمن مات ابوه ولم يبلغ الحنث وهذا لا يتعرض للفقر والغني
قال الله تعالي ان الذين ياكلون اموال اليتامي ظلما وقال صلي الله عليه وسلم ابتغوا في اموال
اليتامي خيرا كيلا ياكلها الصدقة سموا يتامي وان كان لهم مال فكل صغير مات ابوه
يدخل تحت الوصية ومن لا فلا وان كانوا لا يحصون فالوصية جايزة وتصرف الي الفقرا منهم
لانها لو صرفت الي الاغنيا لبطلت لجهالة الموصا له ولو صرفت الي الفقرا جازت لانها وصية
والصدقة واخراجا للمال الي الله تعالي والله تعالي واحد معلوم وامكن ان يجعل الوصية للفقرا
وان لم يكن في اللفظ ما ينبي عن الحاجة لغة لكنه ينبي عن سبب الحاجة وعن ما يوجب الحاجة

بطريق

الحاجة بطريق الضرورة لان الصغر والانفراد عن الاب اعظم اسباب الحاجة اذ الصغير عاجز عن
الانتفاع بماله ولا بد له من يقوم بايصال منافع ماله اليه وكذا هو عاجز عن القيام بحفظ
ماله واستنمايه ولا بقا للمال عادة الا بالحفظ والاستثمار وهو عاجز عن ذلك كله فيصير في
الحكم كمن لا مال له او كمن انقطعت عنه منافع ماله بسبب بعده عن ماله وهو ابن السبيل فصار
الاسم بهذه الواسطة منبيا عن الحاجة ولهذا المعني جعل الله تعالي لليتامي سهما من خمس
الغنيمة بقوله تعالي واعلموا انما غنمتم من شي فان لله خمسه وللرسول ولذي القربي واليتامي
وقال الله تعالي وما افا الله علي رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربي واليتامي
واراد بالمحتاجين منهم دون الاغنيا واذا كان كذلك امكن تصحيح هذا التصرف بجعله ايصا بالصدقة
وكذلك اذا اوصي لزمني بني فلان لان الاسم يدل علي سبب الحاجة عادة وهو الزمانة
والعمي بخلاف ما اذا اوصي لبني فلان وهم لا يحصون انه لا يصح لانه لا يمكن تصحيحه بطريق التمليك
لحاجة الموصا لهم ولا بطريق الايصا بالصدقة لانه ليس في لفظ الابن ما ينبي عن الحاجة ولا
ما يوجب الحاجة وههنا بخلافه علي ما بينا فتصح الوصية ثم اذا صحت وانصرفت الوصية الي
الفقرا من اليتامي فان صرف الي اثنين منهم فصاعدا جاز بالاجماع وان صرف جميع الثلث الي واحد
فهو علي الخلاف الذي ذكرنا والافضل للموصي ان يصرف الي كل من قدر منهم لانه اقرب الي العمل
بحقيقة اللفظ وتحقيق مقصود الموصي ولو اوصي بثلث ماله لارامل بني فلان جازت
الوصية سوا كن يحصين او لا يحصين اما اذا كن يحصين فلا يشكل لان الوصية وقعت
تمليكا منهن باعيانهن لكونهن معلومات وكذلك اذا كن يحصين في الاسم ما يدل علي الحاجة
لان الارملة اسم لامراة بالغة فارقت زوجها بطلاق او وفاة دخل بها او لم يدخل بها كذا
قال محمد رحمه الله وقال ابن الانباري الارملة المراة التي لا زوج لها من قولهم ارمل القوم فهم
مرملون اذا فني زادهم ومن فني زاده كان محتاجا فكان الاسم ما ينبي عن الحاجة فيقع وصية
بالصدقة واخراج المال الي الله تعالي والله تعالي واحد معلوم وهل يدخل في هذه الوصية الرجال
الذين فارقوا ازواجهم قال عامة العلما لا يدخلون وقال الشافعي لا يدخل كل من خرج من
كمره فلان ذكرا كان او انثي واليه ذهب القتبي واحتجا بقول جرير الشاعر

هذي الارامل قد قضيت حاجتها ... فمن لحاجة هذا الارمل الذكر

اطلق اسم الارمل علي الرجل ولنا ان حقيقة هذا الاسم للمراة لما ذكرنا عن محمد رحمه الله وهو
من كبار اهل اللغة روي عنه ابو عبيد وابو العباس ثعلب واقرانهم كما رويا عن الخليل
والاصمعي واقرانهما وقال الخليل يقال امراة ارملة ولا يقال رجل ارمل الا في تمليح الشعر
وقال ابن الانباري لا يقال رجل الا في الشعر ونحو ذلك لان الاسم لما كان مشتقا من قولهم
ارمل القوم اذا فني زادهم فالمراة هي التي يفني زادها بموت زوجها لان النفقة علي الزوج لا
علي المراة فاذا مات فقد فني زادها وبه تبين ان قول جرير محمول علي تمليح الشعر كما قال الخليل
او هو شاذ كما قال ابن الانباري او لازدواج الكلام كما قال تعالي وجزا سيئة سيئة مثلها وقال
تعالي فمن اعتدي عليكم فاعتدوا بمثل ما اعتدي عليكم وقوله تعالي وان عاقبتم فعاقبوا بمثل
ما عوقبتم به وكما قال الشاعر

فان تنكحي انكح وان تتايمي ... مدا الدهر ما لم تنكحي انا ايم

ومعلوم ان الرجل لا يسمي ايما لكن اطلق عليه لازدواجه بقوله وان تتايمي كذا ههنا والاطلاق
الاسم لا ينصرف الي ما لا يذكر الا لضرورة تمليح الشعر وازدواج الكلام او في الشذوذ
لان مطلق الاسم ينصرف الي ما يتسارع اليه الافهام والاوهام وذلك ما قلنا ولو اوصي

اولعيا تهم صح

الارملة المراة التي لا زوج لها

لايامى بني فلان فان كن يحصين جازت الوصية لما قلنا وان كن لا يحصين لا تجوز لانه ليس في
لفظ الايامى ما ينبئ عن الحاجة ليجعل وصية بالصدقة لان الايم في اللغة اسم لامراة
جومعت في قبلها فارقها زوجها وشرحه محمد رحمه الله الايم كل امراة جومعت بنكاح جايز او
فاسد او فجور ولا زوج لها غنية كانت او فقيرة صغيرة كانت او كبيرة وليس في هذه
المعاني ما ينبئ عن الحاجة فلا يكون ايضا بالتصدق بخلاف الوصية لارامل بني فلان
ومن لا يحصين انها جايزة لان اسم الارملة ينبئ عن الحاجة على ما بينا فيجعل وصية بالصدقة
ثم اذا كن يحصين حتى جازت الوصية يدخل فيها الصغيرة والبالغة والغنية والفقيرة
لان الاسم في اللغة لا يتعرض لما سوى الانوثة وحلول الجماع بها في قبلها وفراقها زوجها
وقال الله تعالى وانكحوا الايامى منكم وانه يتناول الصغيرة والكبيرة حتى يجوز انكاح
الكباير وكذا لا يتعرض للفقر والغنى لانه تعالى قال ان يكونوا فقرا يغنهم الله من فضله ولو كان
متعرضا لشي من ذلك لم يكن لقوله تعالى ان يكونوا فقرا معنى وهذا الذي ان الايم اسم لامراة
جومعت فارقها زوجها قال عامة المسلمين وقال عامة المتكلمين ابو القاسم الصفار البلخي
وابو الحسن الكرخي ان الجماع ليس بشرط لثبوت هذا الاسم وكذا الانوثة بل يقع هذا الاسم
على المدخول بها وعلى البكر ويقع على الرجل كما يقع على المراة واحتجا بقول الشاعر

ان القبور تنكح الايامى ۞ النسوة الارامل اليتامى

ومعلوم ان القبر يضم البكر الى نفسه كما يضم الثيب وقال الشاعر

فان تنكحي انكح وان تتايمي ۞ مدى الدهر ما لم تنكحي اتايم

اي امكث بلا زوج ما مكثت انت بلا زوج وقال اخر

ولا تنكحي جاة ان سرها ۞ عليك حرام فانكحن او تايما

والجواب ان حقيقة اللغة ما حكينا وهم حقايق الالفاظ فيقبل نقلهم اياها فيما وضعت
له وما ورد في استعمال في بعض الفصحا معد ولا به عن تلك الحقايق فيحمل على المجاز اما بطريق
المقابلة والازدواج او باعتبار بعض المعاني التي وضع لها الاسم والدليل ان الانوثة شرط
وانه لا يقع على الذكر انه لا يدخل علامة التانيث فيه يقال امراة ايم ولا يقال امراة ايمة ولو
الاسم يتناول الذكر والانثى لفرقوا بينهما بادخال علامة التانيث في المراة وذكر الفقيه ابو
جعفر الهندواني رحمه الله ان ما ذكر محمد رحمه الله في صفة الايم جومعت بفجور او غير فجور مذهبهما
فاما عند ابي حنيفة رحمه الله التي جومعت بفجور لا تدخل في هذه الوصية لان التي جومعت بفجور
بكر لا ايم عنده حتى تزوج كما تزوج الابكار عنده ومنهم من قال هذا قولهم جميعا لانها ايم
حقيقة لوجود الجماع الا انها تزوج كما تزوج الابكار[٢] في المعنى الذي اقيم السكوت مقام الرضى
نطقا في حقها باعتباره وهو الحيا على ما عرف في مسايل ولو اوصى لكل ثيب من بني فلان
ان كن يحصين صحت الوصية لما ذكرنا في المسايل المتقدمة ويدخل تحت هذه الوصية كل
امراة جومعت بحلال او حرام لها زوج او لم يكن لها زوج بلغت مبلغ النسا او لم تبلغ
كذا ذكر محمد رحمه الله ويدخل فيه الغنية والفقيرة والصغيرة والكبيرة لان اللفظ
لا يتعرض لذلك وقال الله تعالى ثيبات وابكارا ودخل فيه الصغار والكبار والفقيرات
والغنيات يدل عليه انهن دخلن فيما يقابله وهو قوله تعالى وابكارا وكذا في قوله
سبحانه ثيبات ودل الامر على اشتراط الدخول لانه قابل الثيبات بالابكار وهن الذي
لم يجامعن فكانت الثيبات التي اللاتي جومعن لتصح المقابلة ولا يشترط مفارقتها
زوجها بخلاف الارملة لان اللغة كذا تقتضي فيتبع فيه وضع ارباب اللغة ولا يدخل فيه

[٢] عنده لمشاركتها الابكار صح

الرجل

الرجل لان هذا الاسم يتناول الرجل في الحقيقة وان ورد في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال الثيب بالثيب جلد ماية ورجم بالحجارة لان ذلك اطلاق بطريق المجاز للازدواج والمقابلة
وان كن لا يحصين لم تجز الوصية لانه ليس في الاسم ما ينبئ عن الحاجة فلا يراد بهذه الوصية
لما ذكرنا انه اسم لانثى من بنات ادم جومعت وليس في الاوصاف المذكورة في الحد ما ينبئ عن الحاجة
فلا يراد بهذه الوصية الا التمليك والمتملك مجهول فلا يصح فلو اوصى لكل بكر من بني فلان يجوز
اذا كن يحصين لما قلنا ويدخل فيه الصغيرة والكبيرة والغنية والفقيرة اذ البكر اسم
لامراة لم تجامع بنكاح ولا غيره كذا قال محمد رحمه الله واطلاق هذا الاسم على الذكر في الحديث
وهو قوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد ماية وتغريب عام بطريق المجاز وهو المجاز بطريق
المقابلة والازدواج او كان لهما حقيقة ثم غلب استعماله في متعارف الخلق على الانثى فصار
بحال لا ينصرف اوهام الناس عند اطلاقه الا الى الانثى فيحمل الحديث على المجاز ولو كانت عذرتها
زالت بالوضو او بالوثبة او بدرور الدم تستحق الوصية لانها لم تجامع ومن الناس من خالف
محمدا رحمه الله وقالوا ان هذه ايضا لا تستحق الوصية لانها ليست ببكر والصحيح ما ذكره محمد
رحمه الله لما ذكرنا وذكر محمد ان الذي التي زالت بكارتها بفجور لا تكون بكرا ولا يكون لها وصية وقال
بعض مشايخنا منهم الفقيه ابو جعفر الهندواني ان هذا قولهما فاما عند ابي حنيفة فهي بكر وتستحق
الوصية ومنهم من قال لا خلاف في انها لا تستحق الوصية في انها ليست ببكر حقيقة لعدم حد
البكارة وانما تزوج تزوج الابكار عند ابي حنيفة لما ذكرنا والله اعلم ولو اوصى لذوي قرابته
او لاقربايه او لانسبايه او لارحامه او لذي ارحامه هذه الالفاظ الخمسة سوا فعند ابي
حنيفة الوصية بهذه الالفاظ للاقرب فالاقرب فالحاصل ان عند ابي حنيفة يعتبر في هذه
الوصية خمسة الرحم المحرم والاقرب فالاقرب وجمع الوصية وهو اثنان فصاعدا وان
يكون سوى الوالدين والمولودين وان يكون ممن لا يرث وعند ابي يوسف ومحمد يدخل
في هذه الوصية ذو الرحم المحرم وغير المحرم والقريب والبعيد الى اقصى اب له في الاسلام حتى لو
اوصى للعلوية والعباسية يصرف الثلث الى من اتصل بعلي وعباس الى من فوقهما من الابا ولا
خلاف في اعتبار الاوصاف الثلثة وهي اعتبار جمع الوصية وان لا يكون والدا ولا ولدا وان يكون
ممن لا يرث اما الاول فلان لفظة ذوي لفظ جمع واقل الجمع في باب الوصية اثنان لان الوصية
اخت الميراث وفي باب الميراث كذلك فان الثنتين من البنات والاخوات الحقتا بالثلاث
فصاعدا في استحقاق الثلثين وحجب الام من الثلث الى السدس على ما مر حتى لو اوصى لذوي
قرابته استحق الواحد فصاعدا كل الوصية لان ذي ليس بلفظة جمع واما الثاني فلان الوالد
والولد لا يسميان قرابتين عرفا وحقيقة ايضا لان الاب اصل والولد فرعه وجزوه
والقريب من تقرب من غيره لا من نفسه فلا يتناوله اسم القريب وقال الله تعالى الوصية
للوالدين والاقربين عطف الاقرب على الوالد والعطف يقتضي المغايرة في الاصل واذا لم
يدخل الوالد والولد في هذه الوصية فهل يدخل فيها الجد وولد الولد ذكر في الزيادات
انهما يدخلان ولم يذكر فيه خلافا وذكر الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انهما لا يدخلان
وهكذا روي عن ابي يوسف وهو الصحيح لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد
واذا لم يدخل فيها الوالد والولد كذا الجد وولد الولد واما الثالث فلما روينا عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا وصية لوارث وانما الخلاف في موضعين احدهما انه يعتبر
المحرم عند ابي حنيفة وعندهما لا يعتبر والثاني انه يعتبر الاقرب فالاقرب عنده وعندهما
لا يعتبر وجه قولهما ان القريب اسم مشتق من معنى وهو القرب وقد وجد القرب فيتناول

الرحم المحرم وغيره والقريب والبعيد وصار كما لو اوصى لاخوته انه يدخل الاخوة لاب وام
والاخوه لاب والاخوة لام لكونه اسما مشتقا من الاخوة كذا هذا والدليل عليه ما روي
عن ابي هريرة رضي الله عنه انه لما نزل قوله تعالى وانذر عشيرتك الاقربين جمع رسول الله
صلى الله عليه وسلم قريشا فخص وعم وقال يا معشر قريش انقذوا انفسكم من النار فاني لا املك
لكم من الله ضرا ولا نفعا يا معشر قصي انقذوا انفسكم من الله فاني لا املك لكم من الله ضرا ولا
نفعا وكذلك قال لبني عبد المطلب ومعلوم انه كان فيهم الاقرب والابعد وذو الرحم المحرم
وغير المحرم فدل على ان الاسم يتناول كل قريب الا انه لا يمكن العمل بعمومه لتعذر ادخال اولاد
ادم عليه فيه فتعتبر النسبة الى اقصى اب في الاسلام لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة
بالاسلام والشرف فيه فصار الجد المسلم هو النسب فتشرفوا به فلا يعتبر من كان قبله ولابي
حنيفة رحمه الله ان الوصية لما كانت باسم القرابة او الرحم فالقرابة المطلقة هي قرابة ذي الرحم
المحرم ولان معنى الاسم يتكامل بها واما في غيرها من الرحم غير المحرم فناقص فكان الاسم للرحم
المحرم لا لغيره لانه لو كان حقيقة لغيره فان كان يصير الاسم مشتركا او عاما ولا سبيل الى الاشتراك
لان المعنى متجانس ولا الى العموم لان المعنى متفاوت فتعين ان يكون الاسم لما قلنا حقيقة ولغيره
مجازا بخلاف الوصية لاخوته لان ماخذ الاسم وهو الاخوة لا يتفاوت فكان اسما عاما فتناول
الكل وههنا بخلافه على ما بينا ولان المقصود من هذه الوصية هي صلة القرابة وهذه القرابة
هي واجبة الوصل محرمة القطع لا ملك والظاهر من حال المسلم الدين والمسارعة الى اقامة الواجب
فيحمل مطلق اللفظ عليه بخلاف ما اذا اوصى لاخوته لان الاخوة واجبة الوصل محرمة القطع على اختلاف
جهاتها فهو الفرق بين الفصلين وجواب ابي يوسف ومحمد رحمهما الله على زعمهما كان يستقيم في
زمانهما لان اقصى اب الاسلام كان قريبا كان يصل اليه بثلثة ابا او اربعة ابا فكان الموصى له
معلوما فاما في زماننا فلا يستقيم لان عهد الاسلام قد طال فتقع الوصية لقوم مجهولين فلا
تصح الا انه يقول انه يصرف الى اولاد ابيه واولاد جده واولاد جد ابيه والى اولاد امه واولاد
جدته وجد امه لان هذا القدر يكون معلوما فيمكن الصرف اليهم فاما الزيادة على ذلك فلا والله
اعلم فان ترك عمين وخالين وهم ليسوا بورثته بان مات وترك ابنا وعمين وخالين فالوصية للعمين
لا للخالين في قول ابي حنيفة لانه يعتبر الاقرب فالاقرب والعمات اقرب اليه من الخالين فكانا اولى
بالوصية وعندهما الوصية تكون بين العمين والخالين ارباعا لان القريب والبعيد سوا عندهما
ولو كان له عم واحد وخالان فللعم نصف الثلث وللخالين النصف لان الوصية حصلت باسم
الجمع واقل من يدخل تحت الجمع في الوصية اثنان فلا يستحق العم الواحد اكثر من نصف الوصية
لان اقل من ينضم اليه مثله واذا استحق هو النصف بقي النصف الاخر لا مستحق له اقرب من الخالين
فكان لهما وعندهما يقسم الثلث بينهم اثلاثا لاستوا الكل في الاستحقاق وان كان له عم
واحد ولم يكن له غيره من ذي الرحم المحرم فنصف الثلث لعمه والنصف يرد على ورثة الموصي
عنده لان العم الواحد لا يستحق اكثر من النصف فبقي النصف الاخر لا مستحق له فتبطل فيه
الوصية وعندهما يصرف النصف الاخر الى ذي الرحم الذي ليس بمحرم ولو اوصى لاهل بيته يدخل
فيه من جمعه واباهم الى اقصى اب في الاسلام حتى ان الموصي لو كان علويا يدخل تحت هذه
الوصية كل من ينسب الى علي رضي الله عنه من قبل الاب وان كان عباسيا يدخل فيها كل من ينسب
الى العباس من قبل الاب سوا كان بنفسه ذكرا او انثى بعد ان كان نسبته اليه من قبل الاباء
ولا يدخل من كانت نسبته من قبل الام لان المراد من اهل البيت اهل بيت النسب والنسب الى
الاباء واولاد النساء ابا فهم قوم اخرون فلا يكون من اهل بيته ولا يدخل تحت الوصية لاهل

اهل صح

بيته

بيته يدخل فيه من جمعه واباهم اقصى اب في الاسلام حتى ان الموصي لو كان علويا يدخل تحت هذه
الوصية كل من ينسب الى علي رضي الله عنه من قبل الابا وان كان عباسيا يدخل فيها كل من ينسب
الى العباس من قبل الاب سوا كان بنفسه ذكرا او انثى بعد ان كان نسبته اليه من قبل الابا
ولا يدخل من كان نسبته من قبل الام لان المراد من اهل البيت اهل بيت النسب والنسب الى الابا
واولاد النسا ابا فهم قوم اخرون فلا يكون من اهل بيته ولا يدخل تحت الوصية لاهل بيته ابوه
وجده اذا كان ممن لا يرث لان بيت الانسان ابوه ومن ينسب الى بيته فالاب اصل البيت فيدخل
ولا يدخل في الوصية بالقرابة لان القرابة من يقرب الى الانسان بغيره لا بنفسه وذلك لا
يوجد في الاب وكذلك لو اوصى لنسبه او حسبه فهي على قرابته الذين ينسبون الى اقصى اب
له في الاسلام حتى لو كان اباوه على غير دينه دخلوا في الوصية لان النسب عبارة عمن ينسب الى
الاب دون الام وكذلك الحسب فان الاموي اذا تزوج امة فولدت منه ينسب الولد اليه
لا الى امه وحسبه اهل بيت ابيه دون امه فيثبت ان الحسب والنسب يختص بالاب دون
الام وكذلك اذا اوصى لجنس فلان فهم بنو الاب لان الانسان يتجنس بابيه ولا يتجنس بامه فكان
المراد منه جنسه في النسب وكذلك في اللحمة عبارة عن الجنس وذكر المعلى عن ابي يوسف اذا اوصى
لقرابته فالقرابة من قبل الاب والام والجنس واللحمة من قبل الاب لان القرابة من يقرب الى الانسان
بغيره وهذا المعنى يوجد في الطرفين بخلاف الجنس على ما بينا وكذلك الوصية لان فلان هو بمنزلة
الوصية لاهل بيت فلان فالوصية لزوجة فلان خاصة في قول ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
هذا على جميع من يعولهم فلان ممن يلزمه نفقته من الاحرار فيدخل فيه زوجته واليتيم في
حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيرا قد اعتزل عنهم او كان بنتا قد زوجت فليس من
اهله ولا يدخل فيه مماليكه ولا وارث الموصي ولا الموصا لاهله وجه قولهما ان الاهل عبارة عن
من ينفق عليه قال الله تعالى خبرا عن نبيه نوح عليه السلام ان ابني من اهلي وقال في قصة لوط
عليه السلام فنجيناه واهله ولابي حنيفة ان الاهل عند الاطلاق يراد به الزوجة في متعارف
الناس يقال فلان متاهل وفلان لم يتاهل ويراد به الزوجة فيحمل الوصية على ذلك ولا يدخل فيه
المماليك لانهم لا يسمون اهل المولى ولا يدخل فيه وارث الموصي لانه ان خرج منه لا يدخل فعند الاطلاق
اولى ولا يدخل فلان الذي اوصى لاهله لان الوصية وقعت للمضاف اليه والمضاف غير المضاف اليه
فلا يدخل في الوصية كما لو اوصى لولد فلان ان فلانا لا يدخل في الوصية لما قلنا كذا هذا ولو اوصى
بثلث لاخوته وله ستة اخوة متفرقين وله اولاد يحوزون ميراثه فالثلث بين اخوته سوا
لانهم في استحقاق الاسم سوا بخلاف الوصية لاقربا فلانه يصرف الى الاقرب فالاقرب عند
ابي حنيفة لان القرابة تحتمل التفاوت في القرب والبعد فاما الاخوة فلا تحتمل التفاوت الا ترى
انه يقال هذا اقرب من فلان ولا يقال هذا اكثر اخوة من فلان هذا اذا كان له ولد يحوز ميراثه
فان لم يكن فلا شي للاخوة من الاب والام والاخوة من الام لانهم ورثته ولا وصية لوارث وللاخوة
من قبل الاب ثلث ذلك الثلث لانهم لا يرثون ولا يقال اذا لم تصح الوصية للاخوة لاب وام
والاخوة لام ينبغي ان يصرف كل الثلث للاخوة الى الاخوة للاب لانا نقول نعم هكذا ان لو لم تصح الاضا
الى الاخوة لاب وام والى الاخوة لام والاضافة اليهم وقعت صحيحة بدليل انه لو اجازت الورثة
جازت الوصية لهم وصار هذا كرجل اوصى بثلث ماله لثلثة نفر فمات اثنان منهم قبل موت الموصي
فللباقي منهم ثلث الثلث لان الاضافة اليهم وقعت صحيحة كذا ههنا بخلاف ما اذا اوصى لفلان وفلان
واحدهما ميت لان هناك الاضافة لم تصح لان الميت ليس بمحل للوصية اصلا فلم يدخل تحت
الاضافة قال ابو يوسف في رجل اوصى بثلث ماله في الصلة وله اخوة واخوات وبنو اخ وبنو اخت

الهاشمي صح

يوضع الثلث على جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لاقل من ستة اشهر لان الصلة
يراد بها صلة الرحم فكان نص عليه محمد ومن ولد منهم لاقل من ستة اشهر علم انه كان موجودا يوم موت
الموصي فيدخل في الوصية وذكر محمد رحمه الله اذا اوصى بثلث ماله لاختانه فالاختان ازواج
البنات والاخوات والعمات والخالات وكل امراة ذات رحم محرم من الموصي فزوجها من اختانه
وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر وانثى فهو ايضا من اختانه فلا يكون الاختان الا ازواج
ازواج ذات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذي الرحم المحرم ولا يكون الاختان من كان
قبل نساء الموصي او زوجاته لان من ينسب الى الزوجة فهو صهر وليس بختن على ما نذكر وقول
محمد رحمه الله حجة في اللغة وذكر محمد رحمه الله في الاملاء ايضا اذا قال قد اوصيت لاختاني
فاختانه كل ذات رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من الزوج فان كانت له اخت وبنت اخت
وخالة ولكل واحدة منهن زوج وللزوج كل واحد منهن اب فكلهم جميعا اختانه والثلث بينهم
بالسوية الذكر والانثى فيه سواء الزوج وجداته وغير ذلك فيه سواء على ما بينا فقد نص
محمد رحمه الله في موضعين على ان الاختان ما ذكر وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة وقال في
الاملاء اذا اوصيت بثلث مالي لاصهاري فهو كل ذي رحم محرم من زوجته ومن زوجة ابنه
وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه فهؤلاء كلهم اصهاره ولا يدخل في ذلك الزوجة
ولا امراة ابنه ولا امراة ابنه وقول محمد رحمه الله حجة في اللغة والتأويل والدليل على الاصهار
من كان من اهل الزوجة ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اعتق صفية وتزوجها
رضي الله عنها اعتق كل من ملك ذا رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله
عليه وسلم وقال في الاملاء قال ابو حنيفة اذا اوصى فقال بثلث مالي لجيرانه فهو لجيرانه
الملاصقين لداره من السكان عبيدا كانوا او احرارا نساء كانوا او رجالا ذمة كانوا او مسلمين
بالسوية قربت الابواب او بعدت اذا كانوا ملاصقين للدار وقال ابو يوسف ومحمد
الثلث لهؤلاء الذين ذكرهم ابو حنيفة ولغيرهم من اهل الجيران من اهل المحلة ممن يجمعهم
مسجدا وجماعة واحدة ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه في كلام الناس وقال في الزيادات
عن ابي حنيفة اذا اوصى لجيرانه ص فقياسه ان تكون للملاصقين وهو قول ابي حنيفة
ينبغي ان يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي يجب لاهلها الشفعة ومن
كان منهم له دار في تلك الدور وليس بساكن وليس من جيرانه قال محمد فاما انا فاستحسن
ان اجعل الوصية لجيرانه الملاصقين ممن يملك الدور وممن لا يملكها ولمن يجمعه تلك المحلة التي فيها
الموصي من الملازقين وغيرهم السكان ممن في تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية الاقربون والابعدون
والكافر والمسلم والصبي والمراة في ذلك سواء وليس للمماليك والمدبرون وامهات الاولاد
في ذلك شيء واما المكاتبون فيدخلون في الوصية اذا كانوا سكانا في المحلة وجه قولهما ان
اسم الجار كما يقع على الملاصق يقع على المقابل وغيره ممن يجمعهما مسجد واحد فان كل واحد منهما
يسمى جارا وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وروي ان عليا رضي
الله عنه فسر ذلك فقال هم الذين يجمعهم مسجد واحد ولان مقصود الموصي من الوصية للجار
هو البر به والاحسان اليه وانه لا يختص بالملاصق ولابي حنيفة رحمه الله ان الجوار المطلق
ينصرف الى الحقيقة وهي الاتصال بين الملكين بلا حيز بينهما هو حقيقة المجاورة فاما مع الحائل
فلا يكون مجاورا حقيقة ولهذا وجبت الشفعة للملاصق لا للمقابل لانه ليس بجار حقيقة ومطلق
الاسم محمول على الحقيقة ولان الجيران الملاصقين هم الذين يكون لبعضهم على بعض حقوق
يلزم الوفاء بها حال حياتهم فالظاهر انه لو اراد بهذه الوصية قضاء حق كان عليه واذا كان كذلك

فتنصرف

تنصرف الوصية الى الجيران الملاصقين الا انه لا بد من السكنى في الملك الملاصق لملك الموصي
فاذا وجد ذلك صار كانه جار له فيستحق الوصية والمذكور في الحديث جار المسجد وجار المسجد
من فسره علي رضي الله عنه ولا كلام فيه فاذا اوصى لموالي فلان وهم ابو فخذ او قبيلة او لبني فلان
يصير كانه قال لموالي قبيلة فلان ولبني قبيلة فلان ويريد به المنتسبين اليهم بالنسب
والمنتهين اليهم والولاء هذا هو المتعارف بين اهل اللسان ومطلق الكلام ينصرف اليه ويصير
كالمعطوف بما هو المتعارف عندهم ولو قال نص هذا ثلث مالي للمنتسبين الى هذه القبيلة
والمنتهين اليهم بالولاء كان الجواب ما قلنا كذا هاهنا بخلاف ما اذا لم يكن فلان ابا فخذ او قبيلة
فان هناك لا عرف فيحمل بحقيقة الكلام اللفظ ولا يصار الى المجاز الا بدليل ظاهر ولا يدخل فيه مولى
الموالاة لان مولى العتاقة متقدم عليه والله اعلم ثم لا خلاف في انه اذا قال لثلث مالي لمواليه
انه يدخل في الوصية جميع من يجز اعتاقه في صحته وفي مرضه سواء اعتقه قبل الوصية او بعدها
لان نفاذ الوصية متعلق بالموت وكل من اعتقه في المرض او في الصحة بعد ان يجز اعتاقه صار
مولى بعد الموت فيستحق الوصية فاما المدبرون وامهات الاولاد فهل يدخلون تحت هذه
الوصية روي عن ابي يوسف انهم يدخلون وروي عنه رواية اخرى انهم لا يدخلون وهو قول
محمد ذكره في الجامع وجه الرواية الاولى ان تعلق نفوذ الوصية اوان الموت وهم مواليه في ذلك
الوقت فيستحقون الوصية وجه ظاهر الوصية ان اوان نفوذ الوصية وهو وقت الموت
اوان عتقهم فيعتقون في تلك الحالة ثم يصيرون مواليه بعده والوصية تناولت من كان مولى
عند موته وهم في تلك الحالة ليسوا بمواليه فلا يدخلون في الوصية ولو كان قال ذلك بعد
ان قال ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ان يضربه عتق ودخل في الوصية لانه عتق في اخر
جزء من اجزاء حيوته لتحقق عدم الضرب منه في تلك الحالة ووقوع الياس عن حصوله من
قبله فيصير مولى له ثم يعقبه الموت ثم تنفذ الوصية فكان مولى وقت نفوذ الوصية وهو
خلاف المسألة الاولى والله اعلم واما الذي يرجع الى الموصى به فانواع منها ان يكون مالا او متعلقا
بالمال لان الوصية ايجاب الملك او ايجاب ما يتعلق بالملك من البيع والهبة والصدقة
والاعتاق ومحل الملك هو المال فلا تصح الوصية بالميتة والدم من واحد ولا احد لانهما
ليسا بمال في حق احد ولا بجلد الميتة قبل الدباغ وكل ما ليس بمال وقد ذكرنا ذكرنا في
كتاب البيوع ومنها ان يكون المال متقوما فلا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فانها
وان كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقومة في حق المسلم حتى لا تكون مضمونة بالاتلاف
فلا تجوز الوصية من المسلم وله بالخمر ونحو ذلك من الذمي لانه مال متقوم في حقهم كالخل
وتجوز بالكلب المعلم لانه متقوم عندنا الا ترى انه مضمون بالاتلاف ويجوز
بيعه وهبته وسواء كان المال عينا او منفعة عند عامة العلماء حتى تجوز الوصية بالمنافع
من خدمة العبد وسكنى الدار وظهر الفرس وقال ابن ابي ليلى لا تجوز الوصية بالمنافع وجه
قوله ان الوصية بالمنافع وصية بمال الوارث لان نفاذ الوصية عند الموت وعند
الموت تحدث المنافع على ملك الورثة لان الرقبة ملكهم وملك المنافع تابعة لملك الدار
فكانت المنافع ملكهم لان الرقبة ملكهم فكانت الوصية بالمنافع وصية من مال الوارث فلا
تصح ولان الوصية بالمنافع في معنى الاعارة اذ الاعارة تمليك المنافع بغير عوض والوصية
بالمنفعة كذلك والعارية تبطل بموت المعير فالموت لما اثر في بطلان العقد على المنفعة
بعد صحته فلان يمنع من الصحة اولى لان المنع اسهل من الرفع ولنا انه لما ملك تمليك المنفعة
حال حيوته بعقد الاجارة والاعارة فلان يملك بعقد الوصية اولى لانه اوسع العقود الا

تري انه يحتمله مالا يحتمله سا ير العقود من عدم المحل والخطر والجهالة ثم لما جاز تمليكها ببعض
العقود فلان يجوز بهذا العقد اولي واما قوله ان الوصية وقعت بمال الوارث فممنوع وقوله
ملك الرقبة عند موت الموصي مسلم لكن ملك المنفعة يتبع ملك الرقبة اذا افرد ملك المنفعة
بالتمليك او اذا لم يفرد الاول ممنوع والثاني مسلم وهاهنا افرد بالتمليك فلا يتبع ملك الرقبة
وهذا لان الموصي اذا افرد ملك المنفعة بالوصية فقد جعله مقصودا وله هذه الولاية فلا يبقي
تبعا لملك الذات فلا يصير بل مقصودا بنفسه بخلاف الاعارة لان المعير وان جعل ملك المنفعة
مقصودا بالتمليك لكن في الحال لا بعد الموت لانه انما يعار الشي لينتفع للانتفاع في حالة
الحيوة عادة لا بعد الموت فينتفي العقد بالموت واما الوصية فتمليك بعد الموت فكان
قصده تمليك المنفعة بعد الموت فكانت المنافع فكانت مقصودة بالتمليك بعد الموت
فهو الفرق ونظيره من وكل وكيلا في حال حيوته فمات الموكل ينعزل الوكيل ولو اضاف الوكالة
الي ما بعد موته جاز حتي يكون وصيا بعد موته ولو كانت الوصية بالمنافع موقتة بوقت من
سنة او شهر او كانت مطلقة عن التوقيت لان الوصية بالمنافع في معني الاعارة لانها تمليك المنفعة
بغير عوض كالاعارة ثم الاعارة تصح مطلقة وموقتة عن الوقت كذا الوصية غير انها اذا كانت
مطلقة فللموصا له ان ينتفع بالعين ما عاش واذا كانت موقتة بوقت فله ان ينتفع به الي
ذلك الوقت واذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر فيها خروج العين التي اوصي بمنفعتها من
الثلث ولا يضم اليها قيمة وان كان الموصي به هو المنفعة والعين ملك لم يزل عنه لان الموصي
بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لفوات المقصود من العين وهو
الانتفاع بها فصارت ممنوعة عن الوارث محبوسة عنه والموصي لا يملك منافع ما زاد
علي الثلث عن الوارث فاعتبر خروج العين من ثلث المال ولهذا لو اجل المريض مرض الموت
دينا معجلا له لا يصح الا في الثلث وان كان في التاجيل لا يتضمن ابطال ملك الدين لكن لما كان فيه
منع الوارث عن الدين قبل حلول الاجل لم يصح الا في قدر الثلث كذا هاهنا واذا كان المعتبر خروج
العين من الثلث فان خرجت من الثلث جازت الوصية في جميع المنافع فللموصا له ان ينتفع بها
فيستخدم العبد ويسكن الدار ما عاش ان كانت الوصية مطلقة عن الوقت فاذا مات الموصا
له بالمنفعة انتقلت الي ملك صاحب العين لان الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصا له لانها
تمليك المنفعة بغير عوض كالاعارة فتبطل بموت المملك اياه كما تبطل الاعارة بموت المستعير
علي ان المنافع بانفرادها لا تحتمل الارث وان كان يملكها بعوض علي اصل اصحابنا كالاجارة فلان
لا تحتمل فيما هو تمليك بغير عوض اولي بخلاف ما اذا اوصي بغلة داره او ثمرة نخله فمات الموصا
له وفي النخل ثمر او كان وجب مما استغل الدار اجر ان ذلك يكون لورثة الموصا له لان ذلك عين
ملكها الموصا له وتركه بالموت فيصير ميراثا لورثته وفي المنفعة لا حتي ان ما يحصل بعد موته
لا يكون لورثته بل لورثة الموصي لانه لم يملكه الموصا له فلا يورث وان كانت العين لا تخرج من ثلث
ماله جازت الوصية بالمنافع في قدر ما تخرج العين من ثلث ماله بان لم يكن له مال اخر
سوي العين من العبد والدار يقسم المنفعة بين الموصي له وبين الورثة اثلاثا ثلثها للموصا
له وثلثاها للورثة فيستخدم الموصا له العبد يوما والورثة يومين وفي الدار يسكن
الموصا له ثلثها والورثة ثلثيها ما دام الموصا له حيا فاذا مات ترد المنفعة الي الورثة وحكي
ابو يوسف عن ابن ابي ليلي انه اذا اوصي بسكني داره لرجل وليس له مال غيرها ولم تجز
الورثة ان الوصية باطلة لان الوصية لم تصح في الثلثين والشيوع شايع يوثر في المنافع
كما في الاجارة وهذا لا يتفرع علي اصل ابن ابي ليلي لان الوصية بالمنافع باطلة علي اصله فيبقي

السكني كلها علي ملك الورثة فلا يتحقق الشيوع ولو اراد الورثة بيع الثلثين او القسمة
ليس لهم ذلك عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف لهم ذلك وجه قول ابي يوسف ان الملك
يطلق للتصرف في الاصل وانما الامتناع لتعلق حق الغير هاهنا تعلق بالثلث لا بالثلثين لان
الوصية تعلقت بالثلث لا غير فخلا ثلثا الدار عن تعلق حق الغير بهما فكان لهم ولاية البيع
والقسمة وكذا الحاجة دعت الي القسمة لتكميل المنفعة ولابي حنيفة ان حق الموصا له في
المنفعة متعلق بمنافع كل الدار عن الشيوع وذلك يمنع جواز البيع كما في الاجارة فان رقبة
المستاجر ملك المواجر لكن لما تعلق بها حق المستاجر منع جواز البيع ونفاذه بدون اجازة
المستاجر كذا هاهنا وكذا في القسمة ابطال حق الموصا له هذا اذا كانت الوصية بالمنافع
مطلقة عن الوقت فان كانت موقتة فان كانت العين تخرج من ثلث ماله فان الموصا له
ينتفع بها الي الوقت المذكور وان كان المذكور سنة غير معينة فينتفع بها الموصا له منه
كاملة ثم يعود بعد ذلك الي الورثة وان كانت لا تخرج من ثلث ماله فبقدر ما تخرج
وان لم يكن له مال كانت المنفعة بين الموصا له وبين الورثة اثلاثا تخدم العبد يوما
للموصا له ويومين للورثة فيستوفي الموصا له خدمة السنة في ثلث سنين وان كانت
العين الموصي بمنفعتها دارا يسكن الموصا له ثلثها والورثة ثلثيها يتهايان بينهما بيانا ن
مكانا لان التهايي بالمكان في الدار ممكن وفي العبد لا يمكن لاستحالة خدمة العبد
بثلثيه لاحدهما وبثلثيه للاخر فمست الضرورة الي المهاياة زمانا وان كان المذكور من
الوقت سنة بعينها بان قال سنة كذا او شهر كذا فان كان الموصا به خدمة العبد
فان كان العبد يخرج من ثلث ماله ينتفع بها تلك السنة او الشهر وان لم يكن له مال
اخر ففي العبد ينتفع به الورثة يومين والموصا له يوما وفي الدار يسكن الموصا له ثلثها والورثة
ثلثيها علي طريق المهاياة فاذا مضت تلك السنة او ذلك الشهر علي هذا الحساب يحصل للموصا
للموصا له منفعة السنة او الشهر ولو اراد ان يكمل من سنة اخري او من شهر اخر ليس له
ذلك لان الوصية اضيف الي ذلك الشهر وتلك السنة لا الي غيرهما ولو عين الشهر الذي
هو فيه او السنة التي هو فيها بان قال هذا الشهر او هذه السنة ينظر ان مات بعد مضي
ذلك الشهر او تلك السنة بطلت وصيته لان الوصية نفاذها عند موت الموصي وقد
مضي ذلك الشهر او تلك السنة قبل موته فبطلت الوصية وان مات قبل ان يمضي ذلك الشهر
او السنة فان كانت العين تخرج من ثلث ماله ينتفع بها فيما بقي من الشهر او السنة وان
كانت لا تخرج وليس له مال اخر ففي العبد ينتفع بها الموصا له يوما والورثة يومين الي ان
يمضي ذلك الشهر او السنة وفي الدار يسكنها اثلاثا علي طريق المهاياة علي ما بينا ولو اوصي
بخدمة عبده لانسان وبرقبته لاخر او بسكني داره لانسان وبرقبتها لاخر والرقبة
تخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة كلها لصاحب الخدمة لان المنفعة لما احتملت
الافراد من الرقبة بالوصية حتي تملك الورثة الرقبة والموصا له المنفعة فيستوي فيها
الافراد باستيفا الرقبة لنفسه وتمليكها لغيره من غيره فيكون احدهما موصا له بالرقبة
والاخر بالمنفعة فاذا مات الموصي ملك صاحب الرقبة الرقبة وصاحب المنفعة المنفعة وكذلك
اذا اوصي برقبة شجرة او بستان لانسان او بثمرته لاخر او برقبة ارض لرجل وبغلتها لاخر
او بامة لرجل وبما في بطنها لاخر لان الثمر والغلة والحمل كل واحد منهما يحتمل الافراد بالوصية
فلا فرق بين ان يستبقي الاصل لنفسه وبين ان يملكه من غيره علي ما ذكرنا في الوصية
بالمنفعة وسوا كان الموصا به موجودا وقت كلام الوصية او لم يكن موجودا عنده فالوصية

جايزة الا اذا كان في كلام الموصي ما يقتضي الوجود للحال فتصح بثلث ماله ولا مال له عند كلام
الوصية وكذا تصح بغلة بستانه او بغلة اشجاره او بغلة ارضه او بغلة عبده او بسكني داره او بخدمة
عبده وتصح الوصية بما في بطن جاريته او دابته وبالصوف على غنمه وباللبن في ضرعها وتصح الوصية
بثمرة بستانه وثمار اشجاره وان لم يكن شي من ذلك موجودا للحال واما وجوده عند موت الموصي
فهل هو شرط بقا الوصية على الصحة فاما الثلث والعين المشار اليها فيشترط حتى لو اوصى بثلث
ماله وله مال عند كلام الوصية ثم هلك ثم مات الموصي بطلت الوصية وكذلك بما في البطن
والضرع وعلى الظهر من الصوف واللبن والولد حتى لو مات الموصي ولم يكن ذلك موجودا
وقت موته بطلت الوصية واما الوصية فليس بشرط استحسانا والقياس ان يكون شرطا ولا
يشترط في الوصية بغلة داره الدار والعبد والحاصل ان جنس هذه الوصايا على اقسام بعضها
يقع على الموجود وقت موت الموصي والذي يوجد بعد موته سوا ذكر الموصي في وصيته الابد او لم
يذكر وهو الوصية بالغلة وسكنى الدار وخدمة العبد وبعضها يقع على الموجود وقت الوصية
ولا يقع على ما يحدث بعد موته سوا ذكر الابد او لم يذكر وهو الوصية بما في البطن والضرع
وبما على الظهر فان كان في بطنها ولد وفي ضرعها لبن وعلى ظهرها صوف وقت موت الموصي
فالوصية جايزة والا فلا وفي بعضها ان ذكر لفظ الابد يقع على الموجود والحادث وان لم يذكر فان كان
موجودا وقت موت الموصي يقع على الموجود ولا يقع على الحادث وان لم يكن موجودا فالقياس
ان تبطل الوصية كما في الصوف واللبن والولد وفي الاستحسان لا يبطل ويقع على ما يحدث كما لو
ذكر الابد وهو الوصية بثمرة البستان والشجر وانما كان كذلك لان الوصية انما يجوز فيه فيما
يجري فيه الارث او فيما يدخل تحت عقد من العقود في حالة الحيوة والحادث من الولد واخواته
لا يجري فيه الارث ولا يدخل تحت عقد من العقود فلا يدخل تحت الوصية بخلاف الغلة فان له
نظيرا في العقود وهو عقد المعاملة والاجارة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد يدخلان
تحت عقد الاجارة والعارية والاعارة فكان لهما نظير في العقود واما الوصية بثمرة الشجرة والبستان
فلا شك انها تقع على الموجود وقت موت الموصي والحادث بعد موته ان ذكر الابد لان اسم
الشجرة يقع على الموجود والحادث منها يحتمل الدخول تحت بعد العقود وهو عقد المعاملة
والوقف فاذا ذكر الابد يتناوله فان لم يذكر الابد فان كان وقت موت الموصي ثمرة موجودة
دخلت تحت الوصية ولا يدخل ما يحدث بعد الموت وان لم يكن فالقياس ان لا يتناول
ما يحدث وتبطل الوصية وفي الاستحسان يتناوله ولا تبطل الوصية وجه القياس
ان الثمرة بمنزلة الولد والصوف واللبن والوصية بشي من ذلك لا يتناول الحادث كذا
الثمرة وجه الاستحسان ان الاسم يحتمل الحادث وفي حمل الوصية عليه تصحيح العقد ولا يمكن
تصحيحه لان له نظيرا من العقود وهو الوقف والمعاملة ولهذا لو نص على الابد يتناوله بخلاف
الولد والصوف واللبن لان عقدا ما لا يحتمله فلم يكن يمكن التصحيح ولهذا لو نص على الابد
لا يتناول الحادث وها هنا بخلافه ولو اوصى لرجل ببستانه يوم يموت وليس له يوم يموت
او اوصى ببستان ثم اشترى بستانا ثم مات فالوصية جايزة لان الوصية بالمال
ايجاب الملك عند الموت فيراعى وجود الموصى به وقت الموت الا ترى انه لو اوصى بعين البستان
وليس في ملكه البستان يوم الوصية ثم ملكه ثم مات صحت الوصية ولو قال اوصيت
بغلة بستاني ولا بستان له فاشترى بعد ذلك ومات ذكر الكرخي ان الوصية جايزة
وذكر في الاصل انها غير جايزة وجه رواية الاصل ان قوله بستاني يقتضي وجود البستان
للحال فاذا لم يوجد لم يصح والصحيح ما ذكره الكرخي لان الوصية ايجاب الملك عند الموت

فيستدعي

فيستدعي وجود الموصى به عند الموت لا وقت كلام الوصية ولو اوصى لرجل بثلث غنمه فهلكت
الغنم قبل موته او لم يكن له غنم من الاصل فمات فالوصية باطلة ولا غنم وكذلك العروض كلها لان
الوصية تمليك عند الموت ولا غنم له عند الموت وان لم يكن له غنم وقت كلام الوصية ثم استفاد
بعد ذلك ذكر في الاصل ان الوصية باطلة لان قوله غنمي يقتضي غنما موجودة وقت الوصية كما قلنا
في البستان وعلى رواية الكرخي ينبغي ان يجوز لما ذكرنا في البستان وكذلك لو قال اوصيت له
بشاة من غنمي او بقفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم ولا حنطة فالوصية باطلة لما قلنا
ولو لم يكن له حنطة ولا غنم ثم استفاد بعد ذلك ثم مات فهو على الروايتين اللتين ذكرنا
وبمثله لو قال شاة من مالي او قفيز حنطة من مالي وليس له غنم ولا حنطة فالوصية جايزة
ويعطى قيمة شاة لانه لما اضاف الى المال وعين الشاة لا توجد في المال علم انه اراد به قدر مالية
الشاة وهي قيمتها ولو اوصى بشاة ولم يقل من غنمي ولا من مالي فمات وليس له غنم لم يذكر هذا
الفصل في الكتاب واختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تصح الوصية لان الشاة اسم للصورة
والمعنى جميعا الا انا حملنا هذا الاسم على المعنى في الفصل الاول بقرينة الاضافة الى المال ولم
يوجد ها هنا وقال بعضهم تصح لان الشاة اذا لم تكن موجودة في ماله فالظاهر انه اراد به مالية
الشاة تصحيحا لتصرفه فيعطى قيمة شاة وقد ذكر في السير الكبير مسلة تويد هذا القول وهي ان
الامام اذا نفل سرية فقال من قتل قتيلا فله جارية من السبي فان كان في السبايا جارية يعطى
من قتل قتيلا وان لم يكن في السبايا جارية لا يعطى شيا ولو قال من قتل قتيلا فله جارية ولم
يقل من السبي فانه يعطى من قتل قتيلا قدر مالية الجارية كذا ها هنا ولا تجوز الوصية بسكنى
داره او خدمة عبده او ظهر فرسه للمساكين في قول ابي حنيفة ولا بد من ان يكون ذلك لانسان
معلوم وقال ابو يوسف ومحمد تجوز الوصية بذلك كله للمساكين كذا ذكر الكرخي في مختصره
وذكر في الاصل والوصية بسكنى الدار وخدمة العبد انها لا تجوز ولم يذكر فيها الخلاف وانما ذكره في
الوصية بظهر الفرس وجه قولهما ان الوصية للمساكين وصية بطريق الصدقة والصدقة اخراج
المال الى الله تعالى والله تعالى واحد معلوم ولهذا جازت الوصية بساير الاعيان للمساكين فكذا
بالمنافع ولابي حنيفة ان الموصى له بالخدمة والركوب والسكنى تلزمه النفقة على العبد والفرس
والدار لانه لا يمكنه الانتفاع الا بعد بقا العين ولا تبقى عادة بدون النفقة فبعد ذلك لا يخلو
اما ان تلزمه النفقة او لا فان لم تلزمه لا يمكن تنفيذ هذه الوصية لانه لا يمكن ايجابها على الورثة
لان المونة انما تجب على من له المنفعة والمنفعة للموصى له لا للورثة ولا يمكن الاستغلال بان
يستغل فينفق عليه من الغلة لان الوصية لم تقع بالغلة ولان الاستغلال يقع تبديلا للوصية
وانه لا يجوز فيتعذر تنفيذ هذه الوصية وان لزمه النفقة فكذا هذا معاوضة معنى
لا وصية ولا صدقة والجهالة تمنع صحة المعاوضة وهذا المعنى لا يوجد في الاعيان وفي الوصية
لرجل بعينه وقيل ان الوصية بظهر فرسه للمساكين او في سبيل الله تعالى فرعه مسلة الوقف
ان عند ابي حنيفة لو جعل فرسه وقفا في حال الحياة لا يجوز فلا تجوز الوصية به بعد الوفاة
وعندهما لو جعله وقفا في حال حيوته جاز فكذا اذا اوصى بعد وفاته وسوا كان الموصى به
به معلوما او مجهولا فالوصية جايزة لان هذه جهالة في باب الاقرار وانها لا تمنع صحة
الاقرار بخلاف جهالة الموصى له لان جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار كذا جهالة الموصى له تمنع
صحة الوصية ايضا وعلى هذا مسايل بعضها يرجع الى بيان قدر ما يستحقه الموصى له من الوصايا
التي فيها ضرب ابهام وبعضها يرجع الى بيان طريق استخراج القدر المستحق من الوصية المجهولة
بالحساب وهي المسايل الحسابية وبيان هذه الجملة في مسايل منها ما اذا اوصى لرجل بجزء من

ماله او بنصيب من ماله او بطايفة من ماله او ببعض او بشقص من ماله فان بين في حياته شيا
والا اعطاه الورثة بعد موته بلغنا ما شا والان هذه الالفاظ تحتمل القليل والكثير فيصح البيان
فيه مادام حيا ومن ورثته اذا مات لانهم قايمون مقامه ولو اوصي بالف الا شيا او الا قليلا
او الا يسيرا او زها الف او جل هذه الالف او عظم هذه الالف وذلك يخرج من الثلث فله
النصف من ذلك وزيادة وما زاد علي النصف فهو الي الورثة يعطون منه ما شاوا لان
القليل والكثير واليسير من اسما المقابلة فلا يكون قليلا الا ومقابلته اكثر منه فيقتضي
وجود الاكثر وهو النصف وزيادة عليه وتلك الزيادة مجهولة فتعطيه الورثة من
الزيادة ما شاوا والشي في مثل هذا الموضع يراد به اليسير وقوله جل هذه الالف وعامة هذه
الالف وعظم الالف عبارات عن اكثر الالف وهو الزيادة علي النصف وزها الف عبارة عن
قريب من الالف واكثر الالف قريب من الالف ولو اوصي له بسهم من ماله فله مثل اخس انصبا
الانصبا يزاد علي الفريضة مالم يزد علي السدس عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد
مالم يزد علي الثلث كذا ذكر في الاصل وذكر في الجامع الصغير له مثل نصيب احد الورثة ولا
يزاد علي السدس عند ابي حنيفة وعندهما لا يزاد علي الثلث فعلي رواية الاصل يجوز النقصان
عن السدس عنده وعلي رواية الجامع الصغير لا يجوز وبيان هذه الجملة اذا مات الموصي
وترك زوجة وابنا فللموصى له علي رواية الاصل اخس سهام الورثة وهو الثمن ويزاد علي ثمانية
اسهم سهم اخر فيصير تسعة فيعطي تسع المال وعلي رواية الجامع الصغير يعطي السدس
لانه اخس سهام الورثة ولو ترك زوجة واخا لاب وام او لاب فللموصى له السدس عنده
لانه اخس سهام الورثة الربع ها هنا وهو لا يجوز الزيادة علي السدس وعندهما له الربع لانه اقل
سهام الورثة وانه اقل من الثلث فيزاد علي اربعة مثل ربعها وذلك سهم وهو خمس المال وكذلك
لو كانت امراة وتركت زوجا وابنا ولو ترك ابنين فله السدس عنده وعندهما يجعل المال
علي ثلثة اسهم ثم يزاد عليه سهم فيعطي له ربعه اذا اقر بسهم من داره لانسان فله السدس
عنده وعندهما البيان الي المقر وكذلك اذا اعتق سهما من عبده يعتق سدسه
عنده لا غير وعندهما يعتق كله لان العتق [illegible] يتجزي عنده وعندهما لا يتجزي
وجه قولهما ان السهم اسم لنصيب مطلق ليس له حد مقدر بل يقع علي القليل والكثير
اسم الجز الا انه لا يسمي سهما الا بعد القسمة فيقدر بواحد من انصبا الورثة والاقل
متيقن فيقدر به الا اذا كان ذلك يزيد علي الثلث فيرد الي الثلث لان الوصية لا جواز لها
باكثر من الثلث من غير اجازة الورثة ولابي حنيفة ما روي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
انه سيل عن رجل اوصي بسهم من ماله فقال له السدس والظاهر ان الصحابة رضي الله عنهم بلغتهم
فتواه ولم ينقل انه انكر عليه فيكون اجماعا وروي عن اياس بن معوية انه قال السهم في كلام العرب
السدس الا انه يستعمل ايضا في احد سهام الورثة والاقل متيقن به فيصرف اليه وان كان اقل
منه لا يبلغ به السدس لانه يحتمل انه اراد به السدس ويحتمل انه اراد به مطلق سهم من سهام
الورثة فلا يزاد علي اقل سهامهم بالشك والاحتمال ولو اوصي له بماية دينار الا درهم او بكر حنطة
الا درهم او الا مختوم شعير جاز وهو كما قال وكذلك لو قال داري هذه او عبدي هذا الا
ماية درهم جاز عن الثلث وبطل عنه قيمة ماية درهم وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد الاستثنا باطل ولقب المسلة ان استثنا المقدر من المقدر في الجنس خلاف
الجنس بعد ان كان الاستثنا بعد ان كان من المكيلات او الموزونات او العدديات المتقاربة
صحيح عندهما وعنده لا يصح الا في الجنس وهي من مسايل كتاب الاقرار ولو قال اوصيت لفلان

ما بين العشرة والعشرين او ما بين العشرة الي العشرة او من العشرة الي العشرين فهو سوا وله تسعة
عشر درهما وكذلك لو قال ما بين الماية والمايتين او من الماية الي المايتين فله ماية وتسعة وتسعون
درهما وهذا قول ابي حنيفة وعندهما له في الاول عشرون وفي الثاني مايتان وعند زفر
له ثمانية عشر في الاول وماية وثمانية وتسعون في الثاني واصل المسلة ان الغايتين
يدخلان عندهما وعند زفر لا يدخلان وعند ابي حنيفة تدخل الاولي ولا تدخل الثانية والمسلة
مرت في كتاب الطلاق ولو اوصي لفلان بعشرة دراهم في عشرة ونوي الضرب والحساب فله عشرة
دراهم عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر له ماية درهم وقد ذكرنا المسلة في الطلاق وبمثله
لو اوصي بعشرة اذرع في عشرة اذرع من داره فله ماية ذراع مكسرة ووجه الفرق بين
المسلتين علي اصل اصحابنا الثلثة ان الضرب يراد به تكثير الاجزا فيما يحتمل المساحة في
الطول والعرض وذلك يوجد في الدار والدراهم موزونة وليس لها طول ولا عرض فلا يراد
بالضرب فيها تكثير اجزايها ومعني قوله اي المكسرة في المساحة وهو ان يكون طولها عشرة

المكسرة صح

اذرع وعرضها اذرع ولو اوصي بثوب سبعة في اربعة فله كما قال وهو ثوب طوله سبعة
اذرع وعرضه اربعة اذرع لان مفهوم هذا اللفظ في الثوب هذا فينصرف اللفظ اليه ولو
قال عبدي هذا او هذا لفلان وصية وهما يخرجان من الثلث كان للورثة ان يعطوه ايهما
شاوا لما ذكرنا ان الوارث يقوم مقام المورث في جهالة يمكن ازالتها ولو كان المورث حيا
وكان البيان اليه فاذا مات قام الوارث مقامه والفقه في ذلك ان الوصية تمليك بعد
والورثة تقوم مقامه في التمليك بخلاف ما اذا قال عبدي هذا او هذا حر ان البيان اليه
لا الي الورثة وينقسم العتق عليهما لان ذلك ليس بتمليك بل هو اتلاف الملك وقد انقسم ذلك
ذلك اذ ليس احدهما باولي من الاخر فلا يحتمل البيان من جهة الوارث ولو اوصي له بحنطة في
جوالق فله الحنطة دون الجوالق لان الموصي به الحنطة لا الجوالق والجوالق ليس من توابع
الحنطة الا تري لو باع الحنطة في الجوالق لا يدخل فيه الجوالق وبيع الحنطة مع الجوالق ليس
بمعتاد فلا يدخل في الوصية ولو اوصي بهذا الجراب الهروي فله الجراب وما فيه لان الجراب
يعد تابعا لما فيه عادة حتي يدخل في البيع فكذا في الوصية وكذا لو اوصي له بهذا الدن من
الخل فله الدن والخل وكذا لو اوصي بقوصرة تمر فله القوصرة وما فيها لان الدن يعد تابعا
للخل والقوصرة للتمر ولهذا يدخل في عقد البيع كذا في الوصية ولو اوصي له بالسيف فله
السيف بجفنه وحمايله وقال ابو يوسف له النصل دون الجفن والحمايل فاصل ابي يوسف
في هذا الباب انه يعتبر الاتصال والانفصال فما كان متصلا به يدخل وما كان منفصلا
عنه لا يدخل والجفن والحمايل منفصلان عن السيف فلا يدخلان تحت الوصية به ولهذا
لو اوصي بدار لا يدخل فيها من المتاع كذا هذا والمعتبر علي ظاهر الرواية التبعية والاصالة
في العرف والعادة والجفن والحمايل يعدان تابعان للسيف عرفا وعادة الا تري انهما يدخلان
في البيع كذا في الوصية ولو اوصي له بسرج فله السرج وتوابعه من اللبد والرفادة
والصفر والركابان واللبب في ظاهر الرواية لانه لا ينتفع بالسرج الا بهذه الاشيا
فكانت من توابعه فتدخل في الوصية به وقال ابو يوسف له الدفتان والركابان
واللبب ولا يكون له اللبد ولا الرفادة ولا الصفر لانها منفصلة عن السرج ولو اوصي
له بمصحف فله وله غلاف فله المصحف دون الغلاف في قول ابي يوسف وهو قول
ابي حنيفة كذا ذكر القدوري وقال زفر له المصحف والخلاف اما علي اصل ابي يوسف
فلان الغلاف منفصل عن المصحف فلا يدخل في الوصية من غير تسمية وابو حنيفة ليس

بتابع للمصحف بدليل انه لا يكره مس المصحف بغلافه فلا يدخل وزفر هو تابع للمصحف فيدخل في الوصية ولو اوصي بميزان قال ابو يوسف له الكفتان والعمود الذي فيه الكفتان واللسان وليس له الطرازدان والسنجات واما السامين فله الكفتان والعمود وليس له الصنجات والتخت وقال زفر اذا اوصي بميزان فله الطرازدان والصنجات والكفتان وان اوصي له بسامين فله التخت والصسان فابو يوسف مر علي اصله ان الصنجة والطرازدان شيئا منفصلان فلا يدخلان في الوصية الا بالتسمية وزفر يجعل ذلك من توابع الميزان لما ان الانتفاع لا يكون الا بالجميع فصار كتوابع السرج ولو اوصي له بالقبان والعرسطون فله العمود والحديد والرمانة والكفة التي يوضع فيها المتاع في قولهم جميعا لان اسم القبان يشمل هذه الجملة فيستوي فيه الاتصال والانفصال ولو اوصي بقبه فله عيدان القبه دون كسوتها لان القبة اسم للخشب لا للثياب وانما الثياب للزينة الا تري انه يقال كسوة القبة والشي لا يضاف الي نفسه هو الاصل وكذا الكسوة منفصلة منها علي اصل من يعتبر الاتصال ولو اوصي بقبة تركية وهو يقال لها بالعجمية حزكاه فله القبة مع الكسوة وهي اللبود لانه لا يقال لها تركية الا بلبودها بخلاف القبة البلدية ويعتبر في ذلك العرف والعادة ويختلف الجواب باختلاف العرف والعادة ولو اوصي بحجلة فله الكسوة دون العيدان لانها اسم للكسوة في العرف ولو اوصي بسله زعفران فله الزعفران دون السلة هكذا ذكر في الاصل وذكر القدوري ان محمدا رحمه الله انما اجاب فيه علي عادة زمانه لان في ذلك الوقت كان لا تباع السلة مع الزعفران بل كانت تفرد عنه في البيع واما الان فالزعفران يباع بظروفه فيدخل في الوصية والتعويل في الباب علي العرف والعادة ولو اوصي بهذا العسل وهو في زق فله العسل دون الزق وكذلك السمن والزيت وما اشبه ذلك لانه اوصي له بالعسل لا بالزق والعسل يباع بدون ظرفه عادة فلا يتبعه في الوصية والله اعلم ولو اوصي بنصيب ابنه او ابنته لانسان فان كان له ابن او ابنة لم يصح لان نصيب ابنه او ابنته ثابت بنص قاطع فلا يحتمل التحويل الي غيره بالوصية وان لم يكن ابن او ابنة صحت الوصية لانها لم تتضمن تحويل نصيب ثابت فكان وصية بمثل نصيب ابنه او ابنته وليس له ابن او ابنة وانها صحيحة لما ذكرنا وان اوصي بمثل نصيب ابنه او ابنته وله ابن او ابنة صحت لان مثل الشي غيره لا عينه فليس في هذه الوصية تحويل نصيب ثابت الي الموصى له بل يبقي نصيبه ويزاد عليه مثله فيعطي الموصى له ثم ان كان اكثر من الثلث يحتاج الزياده الي الاجازة وان كان ثلثا او اقل منه لا يحتاج الي الاجازة حتي لو اوصي بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فللموصى له نصف المال وللابنه النصف لانه جعل له مثل نصيبه فيقتضي ان يكون للابن نصيب وان يكون نصيب الموصى له مثل نصيبه وذلك هو النصف فكان المال بينهما نصفين كما لو كانا ابنين غير ان الزيادة علي الثلث هاهنا يقف علي اجازة الابن ان اجاز جازت الزيادة والا فلا وان كان له ابنان فللموصى له ثلث المال لانه جعل للموصى له مثل نصيب ابن واحد منهما ولا يكون له مثل نصيبه الا وان يكون المال بينهم اثلاثا ولا يحتاج هاهنا الي الاجازة ولو اوصي بمثل نصيب بنته فان كان له بنت واحدة فللموصى له نصف المال ان اجازت لان نصيب البنت الواحدة النصف فكان مثل نصيبها النصف فكان له النصف ان اجازت وان كان له ابنتان فللموصى له ثلث المال لانه اذا كان لهما الثلثان كان لكل واحدة منهما الثلث وقد جعل نصيبه مثل واحدة منهما ونصيب واحدة منهما الثلث فكان نصيبه الثلث ايضا ولو اوصي له بنصيب ابن لو كان فهو كما لو اوصي بمثل نصيب ابنه وله نصف المال ان اجازت الورثة مقدر ونصيب

اوصي بنصيب ابنه

ولو اوصي

ولو اوصي له بمثل نصيب ابن لو كان فللموصى له ثلث المال لانه اوصي بمثل نصيب مقدر للابن مقدر ونصيب المقدر سهم فمثل نصيبه يكون بينهما فكان هذا وصية له بسهم من ثلاثة اسهم والله اعلم ولو اوصي لرجل بمثل نصيب احد بنيه وله ثلاثة بنين واوصي لرجل بثلث ما يبقي من الثلث بعد النصيب فالمسالة تخرج من ثلثة وثلثين للموصى له بالنصيب ثمانية وللموصى له الاخر سهم ولكل واحد من البنين ثمانية اما تخريجها بطريقة الحشو فهو ان ياخذ عدد البنين وهو ثلثة و زد عليه واحدا لاجل الوصية بمثل نصيب احد البنين لان مثل الشي غيره فيزاد عليه فيصير اربعة ثم اضرب الاربعة في ثلثة لاجل تنفيذ الوصية الاخري وهي الوصية بثلث ما يبقي من الثلث بعد النصيب فيصير اثني عشر ثم يطرح منها سهما واحدا لان الوصية الثانية توجب النقصان في نصيب الورثة ونصيب الموصى له الاول شايعا في كل المال فينتقص من كل ثلث سهما ولانك لو لم تنقص لا يستقيم الحساب لو اعتبرته لوجدته كذلك واذا نقصت سهما من اثني عشر بقي احد عشر هو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو اثنان وعشرون وجميع المال ثلثة وثلثون واذا اردت معرفة النصيب فخذ النصيب الذي كان وذلك سهم واحد واضربه في ثلثة كما ضربت اصل المال وهو ثلثة ثم اضرب ثلثة في ثلثة كما ضربت اصل المال لانك احتجت الي ضرب اصل المال في ثلثة مرة اخري حتي بلغ جميع المال ثلثة وثلثين واذا ضربت ثلثة في ثلثة صار تسعة ثم اطرح منها سهما كما طرحت من اصل المال فبقي ثمانية فهو نصيب الموصى له مثل النصيب ثم اعط الموصى له نصيبه وهو ثلث ما بقي من الثلث وذلك سهم يبقي الي تمام الثلث سهمان ضمهما الي الثلثي وذلك اثني وعشرون فيصير اربعة وعشرين لكل واحد من البنين الثلثة ثمانية فاستقام الحساب بحمد الله تعالي واما تخريجها علي طريقة الخطايين فهو ان يجعل ثلث المال عددا لو اعطيت منه النصيب وهو سهم يبقي وراه عدد له ثلث لحاجتك والحاجة الي تنفيذ الوصية الاخري وهو الوصية بثلث ما يبقي من الثلث بعد النصيب واقله اربعة فاذا جعلت ثلث المال اربعة اعط للموصى له بالنصيب سهما من اربعة يبقي ثلثة فاعط للموصى له بثلث ما يبقي ثلث ما بقي وذلك سهم يبقي سهمان ضمهما الي ثلثي المال وذلك ثمانية لان الثلث المال لما كان اربعة كان ثلثاه مثليه وذلك ثمانية ومتي ضممت اثنين الي ثمانية صار عشرة وحاجتك الي ثلثة اسهم لاغير للبنين الثلثة لانك قد اعطيت الموصى له بالنصيب سهما فظهر قد اخطات بزيادة سبعة فزد في النصيب لانه ظهر ان هذا الخطا ما جا الا من قبل نقصان النصيب فظهر ان النصيب يجب ان يكون ازيد من سهم فزد في النصيب فاجعله سهمين فيصير الثلث خمسة فاعط للموصى له بمثل النصيب سهمين ثم اعط للموصى له الاخر سهما مما بقي يبقي سهمان ضمهما الي ثلثي المال وذلك عشرة فيصير اثني عشر وحاجتك الي ستة فظهر انك اخطات في هذه الكرة بزيادة ستة اسهم فكان الخطا الاول بزيادة سبعة فانتقص بزيادة سهم في النصيب سهم من سهام الخطا فعلمت انك مهما زدت في النصيب سهما ينقص من سهام الخطا سهم وانك تحتاج الي ان تذهب ما بقي من سهام الخطا والباقي من سهام الخطا ستة فالذي يذهب به ستة اسهم من الخطا ستة اسهم من النصيب فزد في النصيب ستة اسهم فيصير ثمانية فهذا هو النصيب وبقي الي تمام الثلث ثلثة اعط منها سهما للموصى له الاخر يبقي سهمان ضمهما الي ثلثي المال وذلك اثني وعشرون فيصير اربعة وعشرين فلكل واحد من البنين ثمانية وطريقة الجامع الاصغر او الصغير او الاكبر او الكبير مبينة علي هذه الطريقة اما طريقة الجامع الاصغر او الصغير

فهي انه اذا تبين لك انك اخطات مرتين واردت معرفة الثلث فاضرب الثلث الاول في الخطا
الثاني والثلث الثاني في الخطا الاول فما اجتمع فاطرح الاقل من الاكثر فما بقي فهو الثلث وان اردت
معرفة النصيب فاضرب النصيب في الخطا الثاني واضرب النصيب الثاني في الخطا الاول ثم اطرح
الاقل من الاكثر فما بقي فهو النصيب واذا عرفت هذا ففي هذه المسلة الثلث الاول اربعة
والخطا الثاني ستة فاضرب اربعة في ستة فيصير اربعة وعشرين والثلث الثاني خمسة والخطا الاول
سبعة فاضرب خمسة في سبعة فيكون خمسة وثلثين ثم اطرح اربعة وعشرين من خمسة وثلثين فيبقى احد
عشر فهو ثلث المال والنصيب الاول سهم والخطا الثاني ستة فاضرب سهما في ستة يكون ستة والنصيب
الثاني سهمان والخطا الاول سبعة فاضرب سهمين في سبعة فيكون اربعة عشر واطرح الاقل وهو ستة
من الاكثر وهو اربعة عشر فيبقى ثمانية فهو النصيب واما طريقة الجامع الاكبر والكبير فهي انه اذا ظهر
لك الخطا الاول فلا تزد في النصيب ولكن ضعف ما ورا النصيب من الثلث ثم انظر في الخطاين واعمل
ما عملت في طريقة الجامع الاصغر اذا عرفت هذا ففي هذه المسلة ظهر الخطا الاول بسبعة فضعف ما
ورا النصيب من الثلث وذلك بان تزيد عليه مثله فيصير ستة فصار الثلث مع النصيب سبعة
فاعط بالنصيب سهما واعط بالوصية الاخرى ثلث الباقي وذلك سهمان يبقى اربعة ضم ذلك الى
ثلثي المال وذلك اربعة عشر فيصير ثمانية عشر وحاجتك الى ثلثة فظهر الخطا بخمسة عشر فاذا اردت
معرفة الثلث فخذ الثلث الاول وذلك اربعة واضربه في الخطا الثاني وذلك خمسة عشر فيصير ستين
وخذ الثلث الثاني وذلك سبعة واضربه في الخطا الاول وذلك سبعة فيصير تسعة واربعين
ثم اطرح الاقل وذلك تسعة واربعين من الاكثر وذلك ستون يبقى احد عشر وهو الثلث وان اردت
معرفة النصيب فخذ النصيب الاول وذلك سهم واضربه في الخطا الثاني وذلك خمسة عشر فيكون
خمسة وخذ النصيب الثاني وذلك سهم واضربه في الخطا الاول وذلك سبعة ثم اطرح سبعة من خمسة
عشر يبقى ثمانية فهو النصيب ولو كان له خمس بنين فاوصى لرجل بمثل نصيب احدهم واوصى لرجل اخر
بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من احد وخمسين سهما لصاحب النصيب ثمانية
ولصاحب ثلث ما بقي ثلثه ولكل ابن ثمانية اما تخريج المسلة على طريقة الحشو فهو ان تاخذ
عدد البنين وذلك خمسة وتفرز نصيبهم وذلك خمسة اسهم وتزيد عليه سهما اخر لاجل الموصى له
بمثل النصيب لان مثل الشي غيره فيصير ستة فاضربها في مخرج الثلث وذلك ثلثة لاجل وصيته
بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهما واحدا لاجل الوصية
بثلث ما يبقى من الثلث لانه زاد في الوصية والزيادة في الوصية توجب نقصانا في نصيب الموصى
له الاول وثلث ما يبقى من الثلث ثلثه لما نذكر ويستحق ذلك من جميع الثلث من كل ثلث سهم فوجب
ان ينقص من هذا الثلث لذلك لما قلنا انه يطرح من هذا الثلث سهم فيبقى سبعة فاجعل هذا ثلث
المال وثلثا المال مثلاه وذلك اربعة وثلثون وجميع المال احد وخمسون وثلث المال سبعة
عشر واذا اردت ان تعرف قدر النصيب فخذ النصيب وذلك سهم واضربه في ثلثة ثم اضرب
ثلثة في ثلثة لقوله ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فيصير تسعة ثم انقص منها واحدا
لاجل الموصى له كما نقصت فيبقى ثمانية فذلك نصيب الموصى له بمثل النصيب من ثلث المال يبقى
الى تمام ثلث المال تسعة فاعط الموصى له بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك ثلثة
فيبقى ستة ضمها الى ثلثي المال وذلك اربعة وثلثون فيصير اربعين سهما فيقسم بين البنين
الخمس لكل ثمانية مثل ما اعطيت الموصى له بمثل النصيب واما التخريج على طريقة الخطاين
فهو ان يجعل ثلث المال عددا لو اعطيت منه سهما وهو النصيب يبقى وراه عدد له ثلث
لحاجتك الى اعطا الموصى له الاخر ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب واقله اربعة فاجعل

ثلث المال

ثلث المال اربعة فتنفذ منه الوصيتين فاعط الموصى له بالنصيب سهما وللاخر ثلث ما بقي وهو
سهم اخر فيبقى وراه سهمان ضمهما الى ثلثي المال وذلك ثمانية فيصير عشرة بين البنين الخمس فتبين
انك قد اخطات بخمسة لان حاجتك الى خمسة لانك قد اعطيت للموصى له بالنصيب سهما فلا
تحتاج الا الى خمسة فازل هذا الخطا وذلك بالزيادة في النصيب لان هذا الخطا انما جا من
قبل نقصان النصيب فزد في النصيب سهما فيصير الثلث على خمسة فتنفذ منها الوصيتين
فاعط الموصى له بالنصيب سهمين والموصى له بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ضمهما الى ثلثي المال
وذلك عشرة فيصير اثني عشر بين البنين الخمس فيظهر انك اخطات بسهمين لان حاجتك الى عشرة
وكان الخطا الاول بخمسة فذهب من سهام الخطا ثلثة فتبين انك مهما زدت في النصيب سهما
تاما يذهب من سهام الخطا الثلثة وانك تحتاج الى ان تذهب ما بقي من سهام الخطا وهو سهمان
وطريقه ان تزيد على النصيب ثلثي سهم حتى يذهب الخطا كله لان بزيادة سهم تاما اذا كان يذهب
ثلثة اسهم من سهام الخطا يعلم ضرورة ان بزيادة كل ثلث على النصيب يذهب سهم من سهام الخطا
فيذهب بزيادة ثلثي سهم سهمان فصار النصيب سهمان وثلثي سهم وتمام الثلث وراه ثلثه فصار
الثلث كله خمسة اسهم وثلثي سهم فانكسر فاضرب خمسة وثلثين في ثلثة فيصير سبعة عشر لان خمسة
في ثلثة يكون خمسة عشر وثلثان في ثلثة يكون سهمين فذلك سبعة عشر فهو الثلث والثلثان
مثلا ذلك فيصير احدا وخمسين والنصيب سهمان وثلثا سهم مضروب في ثلثة فيصير ثمانية
لان سهمين في ثلثة ستة وثلثان في ثلثة يكون سهمين فذلك سبعة عشر فهو الثلث والثلثان مثلا
ذلك فيصير احدا وخمسين والنصيب سهمان وثلثا سهم مضروب في ثمانية ثلثة فيصير ثمانية لان
سهمين في ثلثة ستة وثلثان في ثلثة سهمان فيصير ثمانية وذلك للموصى له بمثل النصيب بقي
الى تمام الثلث تسعة فاعط للموصى له بثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب ثلثها وذلك
ثلثة يبقى ستة ضمها الى ثلثي المال وذلك اربعة وثلثون فيصير اربعين لكل واحد من البنين
الخمس ثمانية واما تخريجه على طريقة الجامع الاصغر وهو انه اذا ظهر لك الخطا الان فلا تزد على النصيب
ولكن اضرب الثلث الاول في الخطا الثاني والثلث الثاني في الخطا الاول فما بلغ فاطرح منه
اقلهما من اكثرهما فما بقي فهو ثلث المال والثلث هاهنا كان اربعة والخطا الثاني كان سهمين في
اربعة فيصير ثمانية والثلث الثاني خمسة والخطا الاول كان خمسة فاضرب خمسة في خمسة
فيصير خمسة وعشرين فاطرح الاقل من خمسة وعشرين وذلك ثمانية فيبقى سبعة عشر
فهو ثلث المال وهكذا اعمل في النصيب وهو انك تضرب النصيب الاول في الخطا الثاني والنصيب
الثاني في الخطا الاول فما بلغ فاطرح مثل اقلهما من اكثرهما فما بقي فهو النصيب والنصيب الاول سهم
والخطا الثاني سهمان فسهم في سهمين يكون سهمين والنصيب الثاني سهمان والخطا الاول خمسة
فاضرب سهمين في خمسة يكون عشرة ثم اطرح الاقل وهو سهمان من الاكثر وهو عشرة فيبقى ثمانية
فهو النصيب والقسمة بينهم على نحو ما ذكرنا واختار الحساب في الخطاين هذه الطريقة لما فيها من
اليسر والسهولة لانه لو زيد على النصيب بعد ظهور الخطاين يتغير الامر لانه قد زاد عليه من حيث
الاجزاء من الثلث والثلثين ثم يحتاج الى الضرب وفيه نوع عسر واما التخريج على طريقة
الجامع الاكبر فهو انه اذا تبين لك الخطا الاول فلا تزد على النصيب ولكن ضعف ما ورا النصيب
وورا النصيب هاهنا ثلثة فاذا اضعفت الثلثة صارت ستة والثلث سبعة فاعط بالنصيب
سهما وبثلث ما يبقى سهمين يبقى اربعة ضمها الى ثلثي المال وهو اربعة عشر فيصير ثمانية
عشر بين البنين الخمس وحاجتك الى خمسة فيتبين انك اخطات بثلثة عشر ثم اضرب هذا في
الخطاين الثلث الاول فيصير اثني وخمسين واضرب الخطا الاول وهو خمسة في الثلث الثاني

وهو سبعة فيصير خمسة وثلثين ثم اطرح الاقل من الاكثر فيصير سبعة عشر وفي النصيب
اعمل هكذا فاضرب النصيب الاول في الخطا الثاني فيصير ثلثة عشر والنصيب الثاني في الخطا الاول
فيصير خمسة ثم اطرح خمسة من ثلثة عشر فما بقي فهو النصيب وطريقة الجامع الاصغر اسهل
ولو اوصى بمثل نصيب احدهم ولاخر ربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج من
تسعة وستين للموصى بمثل النصيب احد عشر وللموصى له بربع ما يبقى من الثلث ثلثة ولكل ابن
احد عشر اما التخريج على طريقة الحشو فهو ان ياخذ عدد البنين وهو خمسة وتزيد عليهما
سهما لاجل صاحب النصيب فيصير ستة ثم اضرب الستة في مخرج الربع فيصير اربعة وعشرين
ثم اطرح منها سهما لما ذكرنا فيبقى ثلثة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ستة
واربعون وجملة المال تسعة وستون والنصيب سهم مضروب في اربعة ثم الاربعة
في ثلثة فيصير اثني عشر ثم اطرح منه ما بقي من الثلث سهما يبقى احد عشر فهو للموصى له بمثل
النصيب فيبقى الى تمام الثلث اثني عشر فاعط منها ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب وذلك
ثلثة يبقى تسعة ضمها الى ثلثي المال وذلك ستة واربعون فيصير خمسة وخمسين بين البنين
الخمس لكل واحد احد عشر فاستقام الحساب واما التخريج على طريقة الخطائين فهو ان تجعل ثلث المال عددا
لو اعطيت منه النصيب يبقى وراه عدد له ربع واقله خمسة فاعط بالنصيب سهما يبقى اربعة
فاعط بربع ما بقي سهما يبقى ثلثة ضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فيصير ثلثة عشر وحاجتك الى
خمسة لكل واحد من البنين سهم ليكون نصيب كل واحد منهم سهم مثل نصيب صاحب النصيب
فيظهر انك اخطات بثمانية اسهم فزد في النصيب سهما فيصير الثلث ستة فاعط بالنصيب
سهمين وبربع ما يبقى سهما يبقى ثلثة ضمها الى ثلثي المال وهو اثني عشر فيصير خمسة عشر فظهر
لك انك اخطات بخمسة لان حاجتك الى عشرة لكل واحد من البنين الخمسة سهمان كما للموصى له
بالنصيب الا انه انتقض من سهام الخطا في هذه الكرة ثلثة لان الخطا الاول بثمانية في هذه الكرة
بخمسة فتبين انك مهما زدت سهما كاملا يذهب من سهام الخطا ثلثة فزد ثلثي سهم على سهمين
حتى يذهب الخطا كله فصار النصيب ثلثة اسهم وثلثي سهم ووراه اربعة اسهم فيصير الثلث
سبعة اسهم وثلثي سهم فانكسر بالاثلاث فاضرب سبعة اسهم وثلثي سهم في ثلثة ليزول الكسر
فيصير ثلثة وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو ستة واربعون وكل المال تسعة وستون
والنصيب ثلثة وثلثان مضروبة في ثلثة فيكون احد عشر والباقي الى تمام الثلث اثني عشر ثلثة
منها وهي ربع ما بقي من الثلث بعد النصيب للموصى له بالربع فيبقى تسعة ضمها الى ثلثي المال فيصير
خمسة وخمسين لكل واحد من البنين احد عشر والتخريج على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو
ما بينا ولو اوصى بمثل نصيب احدهم ولاخر بخمس ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة تخرج
من سبعة وثمانين لصاحب النصيب اربعة عشر ولصاحب الخمس ثلاثة ولكل ابن اربعة عشر
واما التخريج على طريقة الحشو على نحو ما ذكرنا انك تاخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزيد
عليها واحدا كما فعلت في المسائل المتقدمة فيصير ستة ثم اضرب ستة في مخرج الخمس وهو خمسة
فيصير ثلثين ثم انقص منها واحدا للمعنى الذي ذكرنا فيبقى تسعة وعشرين فاجعل ثلث المال وثلثاه
مثلاه وذلك ثمانية وخمسون وجميع المال سبعة وثمانون فاذا اردت ان تعرف النصيب
فخذ النصيب وذلك سهم فاضربه في خمسة ثم اضرب خمسة في ثلثة كما ذكرنا فيما تقدم فيصير
خمسة عشر ثم انقص منها سهما فيبقى اربعة عشر فهذا هو النصيب فاعطه له للموصى له بمثل
النصيب يبقى الى تمام الثلث خمسة عشر فاعط للموصى له بالخمس خمس ذلك وذلك ثلثة يبقى
هناك اثني عشر ضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية وخمسون فيصير سبعين فاقسمها بين البنين

الخمس

الخمس لكل ابن اربعة عشر مثل ما كان للموصى له بالنصيب واما التخريج على طريقة الخطائين فعلى نحو
ما بينا انك تجعل ثلث المال عددا لو اعطينا منها نصيبا يبقى ما وراه عدد له خمس واقل ذلك ستة
فيعطى منها سهما بالنصيب وسهما بخمس ما يبقى من الثلث بعد النصيب فيبقى وراه اربعة ضمها
الى ثلثي المال فيصير ستة عشر فتبين انك اخطات باحد عشر لان حاجتك الى خمسة لكل
واحد من البنين سهم مثل ما كان للموصى له بالنصيب فزد في النصيب سهما فيصير الثلث سبعة
فاعط بالنصيب سهمين ثم اعط بخمس ما بقي سهما فيبقى هناك اربعة ضمها الى ثلثي المال
وذلك اربعة عشر فيصير ثمانية عشر فتبين انك اخطات في هذه الكرة بزيادة ثمانية لان
حاجتك الى عشرة لكل ابن سهمان كما كان للموصى له فظهر انك اخطات لك ان بزيادة كل سهم
على النصيب يذهب ثلثة اسهم من الخطا وانك تحتاج الى ان يذهب ما بقي من سهام الخطا
وهي ثمانية اسهم فزد سهمين وثلثي سهم على سهمين فيصير اربعة اسهم وثلثي سهم وما وراه
خمسة اسهم فصار الثلث تسعة اسهم وثلثي سهم فاضرب هذه الجملة في ثلثة فيصير تسعة وثلثين
وعشرين فهو ثلث المال وثلثاه مثلاه فيصير جملة المال سبعة وثمانين فالنصيب اربعة
وثلثان مضروب في ثلثة فيصير اربعة عشر والباقي الى تمام الثلث خمسة عشر فاخرج منها
الخمس وضم الباقي الى ثلثي المال على ما اعلمناك وطريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما
ذكرنا ولو اوصى بمثل نصيب احدهم الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالمسئلة
تخرج من تسعة وخمسين فالنصيب عشرة والاستثناء ثلثة ولكل ابن عشرة ° واما
على طريقة الحشو فهو انك تاخذ نصيب الورثة على عددهم وذلك خمسة وتزيد عليها
واحدا فيصير ستة ثم اضرب ستة في ثلثة لقوله الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب
فيصير ثمانية عشر ثم زد عليها سهما لان الاستثناء من وصيته يوجب زيادة في نصيب
الورثة وهي شايعة في كل المال فيزيد في ثلث سهما كما كنت تنقص في المسائل المتقدمة
من كل ثلث سهما لان النقصان هناك ما كان لذاته بل لما ذكرنا ولاستقامة الحساب وهاهنا
لا يستقيم الا بالزيادة فيزاد فيصير تسعة عشر فاجعل ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك
ثمانية وثلاثون وجميع المال سبعة وخمسون واذا اردت معرفة النصيب فالنصيب
كان واحدا فاضربه في ثلثة ثم اضرب ثلثة في ثلثة لما ذكرنا فيصير تسعة ثم زد عليها
واحدا كما زدت في الابتدا فيصير عشرة فهذا هو النصيب وبقي الى تمام ثلث المال تسعة
فاستثن من النصيب مقدار ثلث ما بقي وهو ثلثة فاذا استثنيت من العشرة
ثلثة يبقى للموصى له سبعة اسهم فضم المستثنى وهو الثلثة مع ما بقي وهو تسعة وذلك اثني
عشر الى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلثون فيصير خمسين فاقسمها على البنين الخمس لكل ابن
عشرة مثل ما كان للموصى له قبل الاستثناء واما طريقة الخطائين فهو ان تجعل الثلث على
عدد ولو اعطيت منه نصيبا يبقى وراه ثلثة ولو استثنيت من النصيب ثلث ما يبقى
يبقى وراه سهم واقل ذلك ان تجعل الثلث على خمسة اسهم فاعط للموصى له بالنصيب سهمين
ثم استثن منه ثلث ما يبقى وهو واحد وضمه الى ما بقي فيصير اربعة فضمها الى ثلثي المال
وهو عشرة اسهم فيصير اربعة عشر سهما وحاجتك الى عشرة اسهم لكل ابن سهمان مثل ما
اعطيت له للموصى له بالنصيب فظهر انك اخطات بزيادة اربعة اسهم فزد في النصيب
سهما فيصير ثلثة ووراه ثلثة ثم استثن منه سهما وضمه الى ما بقي فيصير اربعة ثم
ضمها الى ثلثي المال وذلك اثني عشر فيصير ستة عشر وحاجتك الى خمسة عشر لكل ابن
ثلثة مثل ما اعطيت للموصى له بالنصيب فظهر انك اخطات بسهم والخطا الاول كان

مثل

باربعة فظهر ان بزيادة سهم على النصيب يذهب ثلثة اسهم من الخطا فعلم ان بزيادة اسهم اخر يذهب مابقي من الخطا فزد ثلثا اخر فيصير النصيب ثلثة اسهم فيصير ستة اسهم وثلث سهم فاضربها في ثلثة فيصير تسعة عشر فهذا ثلث المال والنصيب ثلثة وثلث سهم مضروب في ثلثة فيكون عشرة والاستثنا منه ثلثة فذلك سبعة وهي للموصا له ولكل ابن عشرة تخرجت الفريضة من سبعة وخمسين هذا اذا استثني ثلث مايبقي من الثلث بعد النصيب فاما اذا استثنا ربع مايبقي من الثلث بعد النصيب بان اوصي له بمثل نصيب احد بنيه الخمس الا ربع مايبقي من الثلث بعد النصيب فالفريضة من خمسة وسبعين النصيب منها ثلثة عشر والاستثنا ثلثة ولكل ابن ثلاثة عشر اما على طريقة الحشو فهو ما ذكرنا ان تاخذ عدد البنين وتزيد عليه سهما فيصير ستة ثم اضربه في مخرج الربع وذلك اربعة فيصير اربعة وعشرين ثم زد عليها واحدا لما ذكرنا فيصير خمسة وعشرين فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك خمسون وجميع المال خمسة وسبعون هذا لمعرفة اصل المال واما معرفة النصيب فالنصيب كان واحدا فاضربه في اربعة لما ذكرنا فيما تقدم فيصير اربعة ثم اضرب اربعة في ثلثة فيصير اثني عشر فزد عليها واحدا لما ذكرنا فيصير ثلثة عشر هذا هو النصيب فبقي الى تمام ثلث المال وهو خمسة وعشرون استثنا عشر فاسترجع بالنصيب بحكم الاستثنا ذلك وهو ثلثة فبقي للموصا له عشرة ثم ضم هذه الثلثة الى اثني عشر فيصير خمسة عشر ثم تضمها الى ثلثي المال وذلك خمسون فيصير خمسة وستين فاقسم بين البنين الخمس لكل واحد ثلثة عشر مثل ما كان للموصا له بالنصيب قبل الاستثنا واما طريقة الخطابين فهو ان تجعل ثلث المال عددا اذا اعطيت منه النصيب يبقي وراه واذا استثنيت من النصيب ربع مايبقي من الثلث بعد النصيب يبقي وراه سهم واقل ذلك ستة فاجعلها ثلث المال فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه بالاستثنا مثل ربع مابقي وذلك سهم وضمه الى مابقي فيصير خمسة ثم ضمها الى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فيصير سبعة عشر فتبين انك اخطات بزيادة سبعة لان حاجتك الى العشرة لكل ابن سهمان مثل ما اعطيت لصاحب النصيب لان نصيبه مثل نصيبهم فزد في النصيب سهما فيصير ثلثة فاعط بالنصيب ثلثة اسهم ثم استرجع منه مثل ربع مايبقي وهو سهم وضمه الى مابقي وذلك اربعة فيصير خمسة فضمها الى ثلثي المال وذلك اربعة عشر فيصير تسعة عشر فيظهر انك اخطات في هذه الكرة باربعة لان حاجتك الى خمسة عشر لكل ابن ثلثة مثل ما اعطيت للموصا له بالنصيب وتبين لك انك مهما زدت في النصيب سهما انتقص من سهام الخطا ثلثة وقد بقي من سهام الخطا اربعه وانك تحتاج الى اذهابها فزد في النصيب قدر مايذهب به وهو اربعة فزد في النصيب سهما وثلث سهم حتى يذهب به سهام الخطا كلها فصار النصيب اربعة اسهم وثلث سهم وما بقي اربعة اسهم فيصير ثمانية اسهم وثلث سهم فاضربها في ثلثة فيصير خمسة وعشرين وهو ثلث المال وثلثا مثلاه وذلك خمسون وجملته خمسة وسبعون والنصيب اربعة اسهم وثلث سهم مضروب في ثلثة فيكون ثلثة عشر استثني منها ثلثة فيبقي عشرة ثم ضم هذه الثلثة الى اثني عشر يصير خمسة عشر ثم تضمها الى ثلثي المال وذلك خمسون فيصير خمسة وستين فاقسمه بين البنين الخمس لكل ابن ثلثة عشر مثل ما كان للموصا له قبل الاستثنا والتخريج على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما ذكرنا ولو كان له ثلثة بنين واوصي لرجل بمثل نصيب احدهم الا ثلث مايبقي من الثلث بعد النصيب فالمسلة

تخرج من تسعة وثلثين الثلث منها ثلثة عشر والنصيب بعد الاستثنا تسعة وتخرجها على طريقة الحشو ان تاخذ عدد البنين وهو ثلثة ثم زد عليها سهما لاجل النصيب فيصير اربعة عشر ثم اضرب الاربعة في ثلثة لان المستثنا ثلثة فيصير اثني عشر ثم زد واحدا فيصير ثلثة عشر فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك ستة وعشرون واما معرفة النصيب الكامل فهو ان تاخذ النصيب وذلك سهم كامل واضربه في مخرج الثلث فيصير ثلثة ثم اضرب ثلثة في ثلثة لمكان الثلث فيصير تسعة ثم زد عليها واحدا كما زدت في الثلث فيصير عشرة فهو النصيب الكامل فاعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلثة عشر فيبقي من الثلث بعد النصيب ثلثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثنا ثلث مايبقي من الثلث وذلك واحد وضمه الى مابقي من الثلث فيصير اربعة وهذه الاربعة فضلت عن الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فيصير ثلثين لكل ابن عشرة مثل النصيب الكامل قبل الاستثنا وحصل للموصا له بعد الاستثنا تسعة واما التخريج على طريقة الخطابين فهو ان تجعل ثلث المال عددا لو اعطيت بالنصيب شيا ثم استرجعت من النصيب بالاستثنا ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب يبقي في يد الموصا له شي واقل ذلك خمسة فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما لمكان الاستثنا وضمه الى مابقي من الثلث بعد النصيب فيصير اربعة فهي فاضلة عن الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فصار اربعة عشر وحاجتك الى ستة لانك اعطيت بالنصيب الكامل سهمين فظهر انك اخطات بثمانية فزد على النصيب سهما اخر حتي اذا اعطيت بالنصيب ثلثة يبقي بعده ماله ثلث لمكان الاستثنا فاجعل الثلث ستة فاعط بالنصيب ثلثة يبقي ثلثة ثم استرجع من النصيب سهما فصار معك اربعة فضمها الى ثلثي المال وذلك اثني عشر فصار ستة عشر وحاجتك الى تسعة لانك اعطيت بالنصيب ثلثة فيجب ان يكون لكل ابن مثل ذلك ثلثة فظهر انك اخطات في هذه الكرة بزيادة سبعة والخطا الاول كان بزيادة ثمانية فتبين لك ان كل سهم زيد على الثلث يذهب سهم من الخطا فزد سبعة على الثلث الاول وهو ستة فيصير ثلثة عشر فهو الثلث فاعط بالنصيب عشرة يبقي الى تمام الثلث ثم استرجع سهما فصار اربعة فضمها الى ثلثي المال وهو ستة وعشرون فيصير ثلثين على نحو ما ذكرنا وطريقة الجامع الاصغر على نحو ما بينا وهو ان لا يزيد على النصيب عند ظهور الخطابين ولكن خذ الثلث الاول وذلك خمسة واضربه في الخطا الثاني وذلك سبعة فيصير خمسة وثلثين ثم خذ الثلث الثاني وذلك ستة واضربه في الخطا الاول وذلك ثمانية يصير ثمانية واربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقي ثلثة عشر فهو ثلث المال واما معرفة النصيب فخذ النصيب الاول بعد الاستثنا وذلك سهم واضربه في الخطا الثاني وذلك سبعة فيصير سبعة ثم خذ النصيب الثاني وذلك سهمين واضربه في الخطا الاول وذلك ثمانية فيصير ستة عشر ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقي تسعة فهو النصيب ثم الباقي على نحو ما ذكرنا واما طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول سوي النصيب وذلك اربعة فضعفها فتصير ثمانية ثم زد عليه النصيب وذلك سهم فيصير تسعة فهو الثلث الثاني فاعط بالنصيب ثلثة يبقي ستة فثلث مابقي سهمان ثم استرجع من النصيب ثلث مايبقي وذلك سهمان وضمها الى ما معك وذلك ستة فيصير ثمانية فهي فاضلة عن الوصية فضمها الى ثلثي المال وذلك ثمانية عشر فيصير ستة وعشرين وحاجتك الى تسعة لانك اعطيت بالنصيب ثلثة فيجب ان يكون لكل ابن ثلثة فظهر انك اخطات بزيادة سبعة عشر في طريقة الجامع الاكبر والخطا الاول في طريقة الخطابين كان بزيادة ثمانية فخذ الثلث الاول في الخطابين وذلك خمسة

واضربه في الخطا الثاني وذلك سبعة عشر فيصير خمسة وثمانين ثم خذ الثلث الثاني وذلك
تسعة واضربه في الخطا الاول وذلك ثمانية فيصير اثنين وسبعين ثم اطرح الاقل من الاكثر
يبقى ثلثة عشر فهو ثلث المال واما معرفة النصيب فخذ النصيب الاول من طريق الخطايين
وذلك سهم واضربه في الخطا الثاني من الجامع الاكبر وذلك سبعة عشر بسبعة عشر وخذ
النصيب وذلك سهم من طريقة الجامع الاكبر واضربه في الخطا الاول وذلك ثمانية
بثمانية واطرح الاقل من الاكثر يبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلثون بين البنين لكل
واحد منهم عشرة هذا اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فاما اذا قال الا
ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فاصل المسلة ما ذكرنا في الفصل الاول الا ان في
تخريجه ضرب تفاوت اما على طريقة الحشو فهو ان ياخذ عدد البنين وذلك ثلثة ويزيد
عليه واحدا ثم يضربها في مخرج النصف وهو سهمان وانما ضربنا هذا في سهمين والاول في
ثلثة لان مقصود الموصي هاهنا ان يكون المستثنى بعد الوصية الحاصلة ثلث ما يبقى وان
يكون ذلك الا وان قبل الاسترجاع معه سهمان حتى اذا استرجعت منه شيا يكون
المسترجع ثلث ما بقي ومقصوده في المسلة الاولى ان يكون المستثنى بعد النصيب قبل
الاسترجاع مثل ثلثه وان يكون ذلك الا وان معه ثلثة قبل الاسترجاع حتى اذا استرجعت
شيا يكون المسترجع ربعه فاذا ضربت اربعة في اثنين بلغ ثمانية ثم تزيد واحدا فيصير
تسعة وهذا ثلث المال وثلثاه ثمانية عشر واما معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك
واحد واضربه في مخرج الثلث فيصير ثلثة فاضرب الثلثة في مخرج النصف وذلك سهمان
فيصير ستة ثم زد عليه سهما فيصير سبعة فهو النصيب فاعط صاحب النصيب سبعة
يبقى الى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهما فضمه الى ذلك فيصير ثلثة فضمها الى ثلثي
المال فيصير احدا وعشرين لكل ابن سبعة واما طريقة الخطايين فهي ان تجعل ثلث المال
عددا لو اعطيت منه نصيبا واسترجعت منه شيا يكون المسترجع مثل نصيب ما بقي
وهو سهم واقل ذلك اربعة ادفع للموصى له بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما ضمه
الى ثلثي المال وذلك ثمانية فيصير احد عشر وحاجتك الى ستة لانك اعطيت بالنصيب
سهمين فظهر انك اخطات بزيادة خمسة فزد في النصيب سهما واعط بالنصيب ثلثة
ثم استرجع منه سهما وضمه الى ما بقي فيصير ثلثة فضمها الى ثلثي المال وذلك عشرة فيصير
ثلثة عشر وحاجتك الى تسعة لانك اعطيت بالنصيب ثلثة فظهر انك اخطات بزيادة
اربعة فظهر انك كلما زدت درهما يزول خطا درهم فزد في الابتدا على النصيب قدر خطا
الاول وهو خمسة فبلغ خمسة سبعة وبقي الى تمام الثلث بعد النصيب سهمان فاسترجع
منه سهما وضمه مع الباقي الى ثلثي المال وهو ثمانية عشر فصار واحدا وعشرين فاعط لكل
ابن سبعة وللموصى له ستة هذا اذا قيد الا ثلث ما يبقى من الثلث بالنصيب او بالوصية فاما
اذا اطلق الا بان قال الا ثلث ما يبقى من الثلث ولم يزد عليه قال محمد رحمه الله قال عامة
الحساب يعني به المعروفين بعلم من اصحاب ابي حنيفة مثل الحسن بن زياد وغيره هذا بمنزلة
الفصل الاول وهو ما اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وقال محمد هو بمنزلة
الفصل الثاني وهو ما اذا قال الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية وجه قول عامة العلما
انه لما قال اوصيت لك بمثل نصيب احد بني فقد اتى بوصية صحيحة واستحق ربع
لانه جعل نصيبه مثل نصيب احد بنيه كانه احد بنيه فلما قال الا ثلث ما يبقى من الثلث
فقد استخرج بالاستثنا بعض الوصية مطلقا وذلك يحتمل بعد الوصية ويحتمل بعد النصيب

الحساب صح

الا ان

الا ان المستخرج بالاستثنا بعد النصيب اقل والمستخرج بعد الوصية اكثر والاقل متيقن به في
استخراجه وفي استخراج الزيادة شك فلا يثبت استخراج الزيادة بالشك بل تبقى الزيادة داخلة
تحت المستثنى منه وجه قول محمد رحمه الله ان الاستثنا ليس باستخراج بعض الكلام لما فيه من
التناقض على ما عرف في اصول الفقه بل هو تكلم بالباقي بعد الثنيا فلم يدخل المستثنى في صدر
الكلام لانه دخل ثم خرج بكلام الاستثنا فلفظ الوصية هاهنا مع الاستثنا لم يتناول الا
المستثنى منه والمستثنى يحتمل الاقل والاكثر فلا يتناول اللفظ الا القدر المتيقن من الثلث بعد
النصيب فالمسلة تخرج من احد وخمسين النصيب اثني عشر والاستثنا خمسة ولكل ابن
ثلثة عشر اما تخريجها على طريقة الحشو فهو ان تاخذ عدد البنين وهو ثلثة وتزيد عليه
واحد فيصير اربعة فاضرب اربعة في مخرج السهم المستثنى وهو اربعة فيصير ستة عشر ثم
زد سهما فيصير سبعة عشر هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه اربعة وثلثون فجملته احد وخمسين
هذا لمعرفة اصل المال واما معرفة فهو ان تاخذ النصيب وذلك سهم وتضربه في مخرج الثلث
فيصير ثلثة ثم تضرب الثلثة في مخرج السهم المستثنى وذلك اربعة فيصير اثني عشر ثم تزيد عليه
سهما فيصير ثلثة عشر هذا هو النصيب بقي الى تمام الثلث اربعة فاعط بالنصيب ثلثة
عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقي وهو سهم وضمه الى ما بقي فصار خمسة فضمها الى ثلثي المال وذلك
اربعة وثلثون فبلغ تسعة وثلثين فاعط لكل ابن ثلثة كما اعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع
واما التخريج على طريقة الخطايين فهو ان تجعل ثلث المال ستة ليبقى بعد اعطا النصيب
والاسترجاع منه مثل ربع ما يبقى فاعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه مثل ربع ما
يبقى وذلك سهم وضمه الى ثلثي المال وذلك اثني عشر فيصير سبعة وحاجتك الى ستة لانك
اعطيت بالنصيب سهمين فظهر انك اخطات بزيادة احد عشر فزد في النصيب سهما
يصير ثلثة ثم استرجع منه سهما وضمه مع الباقي الى ثلثي المال وذلك اربعة عشر فيصير
تسعة عشر وحاجتك الى تسعة لانك اعطيت بالنصيب ثلثة انك اخطات بزيادة عشرة
وظهر ان كل سهم زيد يزيل خطا سهم فزد على النصيب قدر الخطا الاول وذلك احد عشر
ليزول الخطا فصار ثلثة عشر فاعط بالنصيب ثلثة عشر ثم استرجع منه سهما وضمه الى ما بقي
وهو اربعة فضمها الى ثلثي المال وذلك اربعة وثلثون فيصير تسعة وثلثين كما ذكرنا
ولو كان خمس بنين فاوصى لرجل بمثل نصيب احدهم الا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب
فتخريج المسلة على طريقة الحشو ان تاخذ عدد البنين خمسة وتزيد عليها واحدا فيصير ستة
ثم تضرب ستة في مخرج المستثنى وهو مثل الثلث والربع وذلك اثني عشر فيصير اثنين وسبعين
ثم تزيد ثلث مخرج المستثنى وربعه وذلك اثني عشر وثلثه وربعه سبعة فيصير تسعة وسبعين
فهذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك مائة وثمانية وخمسون واما معرفة النصيب فهو ان تاخذ
النصيب وذلك سهم وتضربه في مخرج الثلث وذلك ثلثة فيصير ثلثه ثم تضرب الثلثة في مخرج
السهم المستثنى وذلك اثني عشر فيصير ستة عشر وثلثين ثم تزيد عليه مثل ثلثه وربعه
وهو سبعة فيصير ثلثة واربعين فهو النصيب بقي الى تمام الثلث ستة وثلثون واعط
بالنصيب ثلثة واربعين ثم استرجع مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك احد
واربعون وعشرون وضمها الى ما بقي وهو ستة وثلثون فيصير سبعة وخمسين ثم ضمها
الى ثلثي المال وذلك مائة وثمانية وخمسين فيبلغ مائتين وخمسة عشر فاعط لكل
ابن ثلثة واربعين مثل ما اعطيت بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصى له اثنا وعشرين
ولو قال الا ثلث وربع ما بقي من الثلث بعد الوصية الحاصلة فتخريجها على طريقة الحشو

ان تاخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليها واحدا فيصير ستة ثم تضربه في خمسة لما بينا فيصير ثلثين
ثم زد عليه مخرج الثلث والربع وذلك سبعة فيصير سبعة وثلثين فهو الثلث والثلثان اربعة
وسبعين واما معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك واحد واضربه في ثلثة ثم الثلثة في خمسة فصار
خمسة عشر ثم زد عليه مثل مخرج الثلث والربع وهو سبعة فيصير اثنين وعشرين وبقي الي تمام
الثلث خمسة عشر فاعط صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه ثلث ما بقي وربعه بعد
النصيب وذلك احد وعشرون وضمها الي ما بقي من الثلث وهو خمسة عشر فيصير ستة وثلثين
ضمها الي ثلثي المال وذلك اربعة وسبعون فيبلغ ماية وعشرة لكل ابن اثنان وعشرون مثل
ما اعطيت صاحب الوصية قبل الاسترجاع وللموصى له درهم والله اعلم ۞ ولو ترك خمس بنين
وقد اوصى بمثل نصيب احدهم وثلث ما يبقى من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبان اربعة
عشر والباقي بعد النصيبين من الثلث ثلثة يعطي ثلثي ما يبقى سهمان من ذلك يبقى سهم يرد
الي ثلثي المال وذلك اربعة وثلثون فيصير خمسة وثلثين وتخريجه على طريقة الحشو ان
تاخذ عدد البنين وذلك خمسة وتزيد عليه بالنصيبين سهمين لان الموصى له بالنصيبين
بمنزلة الابنين فكان البنين سبعة فتصير الفريضة من سبعة ثم اضربها في ثلثة لاجل
الثلث فيصير احدا وعشرين ثم اطرح منه اربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين
بثلثي ما بقي من الثلث لتخرج المسئلة فيبقى سبعة عشر وهو الثلث واذا اردت معرفة
النصيب فالوجه ان تاخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلثة لاجل ثلث ما يبقى
من الثلث فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه اربعة مثل ما طرحت من الاول يبقى اربعة
عشر فهو النصيبان بقي الي تمام الثلث ثلثة فاعط بثلثي ما بقي من الثلث سهمين يبقى سهم
فاضل عن الوصايا ترد الي ثلثي المال وذلك اربعة وثلثون فيصير خمسة وثلثين بين البنين
الخمسة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين والله اعلم واما التخريج على طريقة الخطايين
فهو ان تجعل المال سهاما لو اعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعدهما يخرج منه ثلثان
وذلك خمسة فاعط سهمين يبقى ثلثة فاعط بثلثي ما يبقى سهمين يبقى سهم فرده الي ثلثي
المال وذلك عشرة فيصير احد عشر وحاجتنا الي خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فظهر
انك اخطات بزيادة ستة فزد في ثلث المال سهمين فيصير سبعة فاعط للنصيبين اربعة
يبقى ثلثة فاعط بثلثي ما يبقى سهمين بقي سهم فرده الي ثلثي المال وذلك اربعة عشر فيصير
خمسة وحاجتك الي عشرة لانك اعطيت بالنصيبين اربعة فيجب ان يكون لكل ابن سهمان
وهو خمسة فيكون لهم عشرة فظهر انك اخطات في هذه الكرة زيادة خمسة والخطا الاول كان
ستة فمتى زدت سهمين ذهب به من الخطا سهم فعلم ان كل سهم يزاد على الثلث يذهب به سهم
من الخطا فيزاد اثني عشر على الثلث الاول وهو خمسة حتى يزول الخطا كله فيصير سبعة عشر
وهو الثلث ثم الباقي الي اخره واما على طريقة الجامع الاصغر فهو ان ناخذ الثلث الاول وهو
خمسة فيصير خمسة وعشرين وناخذ الثلث الثاني وذلك سبعة وتضربه في الخطا الاول
وذلك ستة فيصير اثنين واربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث
والوجه في معرفة النصيب ان ناخذ النصيب الاول وذلك سهمان وتضربه في الخطا الثاني
وذلك خمسة فيصير عشرة ثم تضرب النصيب الثاني وذلك اربعة في الخطا الاول وذلك
ستة فيصير اربعة وعشرين ثم اطرح الاقل من الاكثر فيبقى اربعة عشر فهو النصيبان
واما على طريقة الجامع الاكبر فهو ان تضعف الثلث الاول لا النصيبين وذلك ثلثة
فيصير ستة ثم تزيد عليه النصيبين فيصير ثمانية وهذا هو الثلث فاعط بالنصيبين

سهمين

سهمين فيبقى ستة واعط ثلثي ما يبقى اربعة يبقى سهمان ترد الي ثلثي المال وذلك ستة عشر
فيصير ثمانية عشر وحاجتك الي خمسة لانك اعطيت بالنصيبين سهمين فيجب ان يكون
لكل ابن سهم فالخطا الثاني زيادة ثلثة عشر والخطا الاول في الخطايين كان زيادة ستة فخذ
الثلث الاول في الخطايين وذلك خمسة واضربه في الخطا الثاني وذلك ثلثة عشر فيصير خمسة
وستين وخذ الثلث الثاني في الجامع الاكبر وذلك ثمانية واضربه في الخطا الاول وذلك ستة
فيصير ثمانية واربعين ثم اطرح الاقل من الاكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث والوجه في معرفة
النصيب ان ناخذ ما جمع من الخطايين احدهما ستة والاخر ثلثة عشر فاطرح الاقل من الاكثر
فاذا طرحت ستة من ثلثة عشر يبقى سبعة فهو النصيب ۞ ولو اوصى بثلث ما يبقى والمسئلة
بحالها فالفريضة من سبعة وخمسين الثلث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلث
ما يبقى واحد وتخريجها على طريقة الحشو ان ناخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليها النصيبين
وذلك سهمان يبقى تسعة عشر فيصير سبعة ثم اضربها في ثلثة فيصير احدا وعشرين ثم
اطرح منها النصيبين وذلك سهمان يبقى تسعة عشر فهو الثلث فقد طرح محمد رحمه الله في هذه
المسئلة سهمين وفي المسئلة المتقدمة طرح اربعة اسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلثي ما
يبقى فعلى قياس ما ذكرناه يجب ان يطرح ههنا ايضا اربعة والوجه في معرفة النصيب
ان تاخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربهما في ثلثة فيصير ستة ثم تضرب ستة في ثلثة
فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر فهو النصيب وبقي الي تمام ثلث المال
ثلثة فاعط بثلث ما يبقى ثلثة وذلك سهم يبقى سهمان يرد الي ثلثي المال وذلك ثمانية وثلثون
فيصير اربعين يقسم بين البنين لكل ابن ثمانية واما التخريج على طريقة الخطايين فهو ان
تجعل ثلث المال خمسة فاعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلثة فاعط بثلث ما يبقى سهما يبقى
سهم يرد الي ثلثي المال وذلك عشرة فيصير اثني عشر وحاجتك الي خمسة فيتبين انك
اخطات زيادة سبعة فزد على الثلث سهمين فيصير سبعة فاعط بالنصيبين اربعة يبقى
ثلثة فاعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان نضم الي ثلثي المال وذلك اربعة عشر فيصير ستة
عشر وحاجتك الي عشرة فظهر انك اخطات في هذه الكرة بزيادة ستة والخطا الاول
كان زيادة سبعة فعلمت ان كل سهمين يزاد في الثلث يذهب من الخطا سهم فزد في الثلث الاول
اربعة عشر سهما حتى يزول الخطا كله فاذا زدت على خمسة اربعة عشر يصير تسعة عشر
فهو الثلث ثم يأتي الكلام على نحو ما ذكرنا والتخريج على طريقة الجامع الاصغر والاكبر على نحو ما بينا
واذا مات رجل وترك اما وابنتين وامراة وعصبة واوصى لرجل بمثل نصيب احدى
ابنتيه وبثلث ما يبقى من الثلث الاخر فالفريضة من ستة وستين والنصيب ستة عشر
وثلث الباقي اثنان وللبنتين اثنان وثلثون وللام ثمانية وللمراة ستة وللعصبة سهمان
هكذا خرجها محمد رحمه الله في الاصل ومشايخنا خرجوها من نصف ما خرجه في الكتاب من غير كسر
وهو ثلثة وثلثون وطريق هذا التخريج ان اصل هذه الفريضة من اربعة وعشرين لحاجتك
الي الثمن والثلثين والسدس فللمراة الثمن ثلثة اسهم وللبنتين الثلثان ستة عشر وللام السدس
اربعة اسهم وللعصبة سهم فالبنتان يستحقان السهمين وهو الثلثان والباقون يستحقون
سهما واحدا وهو الثلث فصار في المعنى كان عدد الورثة ثلاثة لان سهامهم ثلاثة فاجعل كان
له ثلثة بنين اوصى لرجل بمثل نصيب احدهم وبثلث ما يبقى من الثلث ولو كان هكذا فالجواب
سهم وهو ان تاخذ عدد البنين ثلثة وتزيد عليها سهما لاجل الوصية الاولى وتضربها في ثلثة
لاجل الوصية الثانية فيصير اثني عشر ثم اطرح منها سهما لاجل الوصية الثانية فيصير ثلث المال احد

في الجامع الاكبر صح

وثلثاه مثلاه وذلك اثنان وعشرون فيصير جملة المال ثلثة وثلثون والنصيب سهم واحد
مضروب في ثلثة فيصير تسعة ثم اطرح منها سهما فيبقى ثمانية فاعط صاحب النصيب ثمانية واعط
ثلث ما يبقى وذلك سهم واحد فيصير تسعة وبقي الي تمام الثلث سهمان ضمهما الي الثلثين وهو اثنى
وعشرون فيصير اربعة وعشرين للبنتان الثلثان لكل واحدة ثمانية مثل ما اعطيت لصاحب
النصيب وللام اربعة اسهم وللمراة ثلثة اسهم وللعصبة سهم فخرجت المسلة من نصف ما خرج في
الكتاب ولو اوصي بمثل نصيب احدي البنتين الا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة
من ستماية واربعة وعشرين والنصيب ماية وستون وثلث الباقي ستة عشر وطريق التخريج
ان يجعل كان عدد الورثة ثلثة زد عليها سهما لاجل الوصية فيصير اربعة ثم اضرب اربعة في ثلثة
فيصير اثني عشر ثم زد عليها سهما تصير ثلثة عشر فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه فيصير
تسعة وثلثين والنصيب سهم في ثلثة ثم في ثلثة فذلك تسعة ثم زد عليها سهما فيصير عشرة ثم استثن
منها سهما مثل ثلث ما يبقى وضمه الي ما بقي فيصير اربعة ثم ضم الاربعة الي ثلثي المال فيصير ثلثين
لكل بنت عشرة مثل ما اعطيت قبل الاستثنا وللام السدس خمسة بقي خمسة بين المراة
والعصبة ارباعا لان حق المراة في ثلثة اسهم وحق العصبة في سهم فيكون حقها في ثلثة اضعاف
حق العصبة فان رضيت بالكسر فاجعل الخمسة الباقية بينهما ارباعا وان لم يرض فاضرب
اصل الحساب في اربعة فيكون ماية وستين وخمسين منها تخرج السهام علي الصحة وهو ربع ما خرجه
محمد رحمه الله في الكتاب ولو اوصي بمثل نصيب المراة وبثلث ما يبقى من الثلث فالفريضة من مايتي
واربعة وثلثين والنصيب اربعة وعشرون وثلث الباقي ثمانية عشر وطريقه ان تجعل كان
عدد الورثة ثمانية وكانه اوصي بمثل نصيب احدهم فزد عليه سهما فيصير تسعة ثم اضربها في ثلثة
فيصير سبعة وعشرين ثم اطرح منها سهما فيبقى ستة وعشرون فهذا ثلثا المال وجميع المال ثمانية
وسبعون والنصيب سهم مضروب في ثلثة ثم في ثلثة فيصير تسعة ثم اطرح منها سهما فيبقى ثمانية
وثلث ما بقي ستة فيبقى اثني عشر ضمها الي ثلثي المال وذلك اثني وخمسون فيصير اربعة وستين للمراة
منها ثمانية وتبين انك اعطيت للموصا له مثل نصيبها ثمانية فيبقى ستة وخمسون لا يستقيم بين
البنتين والام والعصبة لانه يجب ان يكون للبنتين ثلثا اربعة وستين وليس لها ثلث صحيح
وللام سدسها وليس لها سدس صحيح ايضا غير ان بين مخرج السدس وحسابنا موافقة بنصف ونصف
فاضرب احدهما في وفق الاخر وهو ثمانية وسبعون في ثلثة فيبلغ الحساب مايتين واربعة
وثلثين كما قال في الكتاب وكل من كان له سهم في الحساب الاول صار له ثلثة في الحساب الثاني
كان له حق الموصا له في ثمانية فصار اربعة وعشرين وحق البنتين في اثني واربعين وثلثي
درهم فصار ماية وثمانية وعشرين وحق الام في عشرة وثلثي درهم مضروبا في ثلثة فيكون
اثنين وثلثين وحق العصبة في درهمين وثلثي درهم مضروبا في ثلثة فيكون ثمانية دراهم
ولو كان لرجل خمس بنين فاوصي لاحدهم بكمال الربع بنصيبه ولاخر بثلث ما بقي من الثلث
فاجازوا فالفريضة من اثني عشر النصيب اثنان وتكملة الربع سهم واحد وثلث ما يبقى من
الثلث واحد لان الوصية للوارث صحيحة عند اجازة الورثة وتفاوت ما بين نصيبه والربع
بينهم لانه لو لم يكن هاهنا وصية للاجنبي لكان له الربع والباقي بين البنين الاربعة ارباعا فاحتجنا
الي حساب له ربع ولباقيه ربع واقله ستة عشر فيعطي له ربع المال اربعة والباقي بين البنين
الاربعة ارباعا لكل ابن ثلثة وله اربعة يتبين انه بهذه الوصية لا يستحق الا سهما فاذا اوصي
لغيره بثلث ما يبقى من الثلث فخذ حسابا له ثلث وربع واقله اثني عشر فثلثه اربعة وربعه
ثلثة فاعط للموصا له بكمال الربع سهمان وللاخر سهما لان ثلث ما يبقى من الثلث بعد كمال الربع سهم

بقي اثنان ضمهما الي ثلثي المال فيصير بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان فتبين انا اذا اعطيناه ربع المال
بنصيبه مثل ما اصاب هولا والله اعلم ومنها التقدير بثلث المال اذا كان هناك وارث
ولم يجز الزيادة فلا تجوز الزيادة علي الثلث الا باجازة وارث هو من اهل الاجازة والاصل في اعتبار
هذا الشرط ما روينا من حديث سعد رضي الله عنه انه قال لرسول الله صلي الله عليه وسلم اوصي بجميع مالي
فقال لا قال فبثلثيه قال لا قال فبنصفه قال لا قال فبثلثه فقال الثلث والثلث كثير انك ان
تدع ورثتك اغنيا خير لك من ان تدعهم عالة يتكففون الناس وقول النبي صلي الله عليه وسلم ان الله
تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة في اعمالكم ولان الوصية بالمال ايجاب الملك عند
الموت وعند الموت حق الورثة متعلق بماله الا في قدر الثلث فالوصية بالزيادة علي الثلث تتضمن
ابطال حقهم وذلك لا يجوز من غير اجازتهم وسوا كانت وصيته في المرض او في الصحة لان الوصية ايجاب
مضاف الي زمان الموت فيعتبر وقت الموت لا وقت وجود الكلام واعتبارها وقت الموت يقتضي
اعتبارها من الثلث لما ذكرنا انه وقت تعلق حق الورثة بالتركة اذ الموت لا يخلوا عن مقدمة مرض
وحقهم يتعلق بماله في مرض موته الا في قدر الثلث فرق بين الوصية وغيرها من التبرعات
كالهبة والصدقة ان المعتبر هناك وقت العقد فان كان صحيحا يجوز في جميع ماله وان كان مريضا
لا يجوز الا في الثلث لان الهبة والصدقة كل واحد منهما ايجاب الملك للحال فيعتبر فيهما حال العقد
فاذا كان صحيحا فلا حق لاحد في ماله فيجوز في جميع المال واذا كان مريضا كان حق الورثة متعلقا بماله
فلا يجوز الا في قدر الثلث وكذا الاعتاق في مرض الموت والبيع بالمحاباة قدر ما لا يتغابن الناس
فيه وابرا الغريم والعفو عن دم الخطا يعتبر ذلك كله من الثلث كالهبة والصدقة لتعلق حق
الورثة بمال المريض مرض الموت فيما ورا الثلث ويجوز العفو عن دم العمد ولا يعتبر فيه الثلث
لان حق الورثة انما يتعلق بالمال والقصاص ليس بمال وكذا انشا الكفالة بالدين في حال المرض
وضمان الدرك لانه تبرع بالتزام الدين فيعتبر من الثلث كما تعتبر الهبة لانه يتهم فيه كما يتهم
في الهبة ولو اقر في مرضه بكفالته بالدين حال صحته فحكم هذا الدين حكم دين المرض حتي لا يصدق
في حق غرما الصحة ويكون المكفول له مع غرما المرض ولو كفل في صحته واضاف ذلك الي ما يستقبل
بان قال للمكفول له كفلت بما يذوب لك علي فلان ثم وجب له علي فلان دين في حال مرض الكفيل
فحكم هذا الدين وحكم دين الصحة سوا حتي يضرب المكفول له بجميع ما يضرب به غرما الصحة
لان الكفالة وجدت في حال الصحة وعن ابرهيم رحمه الله فيمن اوصي لام ولده في حيوته وصحته
ثم مات انه ميراث ولو اوصي عند موته بوصية فهي كلها من الثلث والاول محمول علي ما اذا
اعطاها شيا في حيوته علي وجه الهبة لان الهبة منها لا يتصور حقيقة لكونها تمليكا وهي ليست
من اهل الملك لانها مملوكة والثاني يجري علي ظاهره لان الوصية بالمال ايجاب الملك عند الموت
وهي عند الموت من اهل الملك لكونها حرة فكانت من اهل الوصية لها ولو اوصي بما زاد علي الثلث ولا
وارث له يجوز من جميع المال عندنا وعند الشافعي لا يجوز الا من الثلث والمسلة ذكرناها في
كتاب الولا وكذلك اذا كان له وارث واجاز الزيادة علي الثلث لان امتناع النفاذ في الزيادة
لحقه والا فالمنفذ للتصرف وهو الملك قايم فاذا اجاز فقد زال المانع ثم اذا اجازت باجازته
فالموصا له يملك الزيادة من قبل الموصي لا من قبل الوارث فالزيادة جوازها جواز وصية
من الموصي لا جواز عطية من الوارث وهذا قول اصحابنا وقال الشافعي جوازها جواز هبة وعطية
حتي يقف ثبوت الملك فيها علي القبض عنده وعندنا لا يقف وجه قوله ان النفاذ لما وقف
علي اجازة الوارث فدل ان الاجازة هبة منه والدليل عليه ان الوارث لو اجاز الوصية في مرض
موته يعتبر اجازته من ثلثه فكان التمليك منه ولنا ان الموصي بالوصية متصرف في ملك

نفسه والاصل فيه النفاذ لصدور التصرف من الاهل في المحل وانما الامتناع لمانع وهو حق
الوارث فاذا اجاز فقد زال المانع فينفذ بالسبب السابق لا بازالة المانع لان زوال المانع
شرط والحكم بعد وجود الشرط يضاف الي السبب لا الي الشرط ويتوقف ثبوته علي السبب في الحقيقة
لا علي الشرط لان الشروط كلها شروط الاسباب لا شروط الاحكام علي ما عرف في اصول الفقه وقد
خرج الجواب علي ما ذكر واما اجازته في مرض موته فانما اعتبرت من ثلثه لا لكون الاجازة منه
تمليكا وايجابا للملك لان الاجازة لا تنبي عن التمليك بل هي ازالة المانع عن وقوع التصرف تمليكا
باسقاط الحق عن مال المتصرف وهو متبرع في هذا الاسقاط فيعتبر تبرعه من الثلث كما يعتبر تبرعه
بالتمليك صريحا بالهبة من الثلث فان اجاز بعض الورثة ورد بعضهم جازت الوصية بقدر
حصة المجيز منهم وبطلت بقدر انصبا الرادين لان لكل واحد منهم ولاية الاجازة والرد في
قدر حصته فتصرف كل واحد منهم في نصيبه صدر عن ولاية شرعية فينفذ ثم انما تعتبر اجازة
من اجاز اذا كان المجيز من اهل الاجازة بان كان بالغا عاقلا فان كان مجنونا او صبيا لا يعقل لا
تعتبر اجازته فان كان عاقلا بالغا لكنه مريض مرض الموت جازت اجازته ثم ان كان الوارث
واحدا كانت اجازته بمنزلة ابتدا الوصية حتي لو كان الموصا له وارثه لا تجوز اجازته الا ان يجيزها
ورثة المريض بعد موته وان كان اجنبيا تجوز اجازته وتعتبر من الثلث ثم وقت الاجازة هو ما
بعد موت الموصي ولا تعتبر الاجازة حال حيوته حتي انهم لو اجازوا في حيوته لهم ان يرجعوا
عن ذلك بعد موته وهذا قول عامة العلما وقال ابن ابي ليلي تجوز اجازتهم بعد موته وحال
حيوته فاذا اجازوا في حيوته فليس لهم ان يرجعوا بعد موته ولا خلاف في انهم اذا اجازوا بعد
موته ليس لهم ان يرجعوا بعد ذلك وجه قول ابن ابي ليلي ان اجازتهم في حال الحيوة لهم صادفت
محلها لان حقهم يتعلق بما له في مرض موته الا انه لا يظهر كون هذا المرض مرض الموت الا بالموت فاذا
اتصل به الموت تبين انه كان مرض الموت فتبين ان حقهم كان متعلقا بماله فتبين انهم اسقطوا
حقهم بالاجازة فجازت اجازتهم ولنا ان حقهم انما يثبت عند الموت لانه انما يعلم بكون المرض مرض
الموت عند الموت فاذا مات الان علم كونه مرض الموت فيثبت حقهم الان الا انهم اذا ثبت حقهم
عند الموت استند الحق الثابت الي اول المرض والاستناد انما يظهر في القايم لا في الماضي واجازتهم
قد مضت لغوا ضايعا لانعدام الحق حال وجودها فلا تلحقها الاجازة والدليل علي ان حق الورثة
لا يثبت في حال المرض بطريق الظهور المحض ان المريض يحل له ان يطا جاريته ولو ثبت الملك عند
الموت بطريق الظهور المحض لتبين انه وطي ملك غيره فتبين انه كان حراما وليس كذلك بالاجماع
علي ان في اثبات الحق في المرض علي طريق الظهور المحض ابطال الحقيقة عند الموت فلا يجوز اعتبار
الحق للحال لابطال الحقيقة عند الموت فكان اعتباره من طريق الاستناد فيظهر في القايم لا
في الماضي ولو اوصي بالف درهم من مال رجل او عبد او شي اخر له فاجازه ذلك الرجل قبل موته
او بعد موته فله ان يرجع عنه ما لم يدفعه الي الموصا له فاذا دفعه اليه جاز لان جوازه ليس
بجواز وصية اذ لا ولاية له علي مال الغير انما جوازها جواز هبة من صاحب المال فلم تكن اجازته
اجازة اسقاط حق بل هو عقد هبة منه لان تصرف الموصي صادف ملك غيره فوقف علي اجازته
فاذا اجازه الغير وقع هبة من جهته لا وصية من الموصي كانه هبة ابتدا فان سلم جازت
الهبة والا فلا بخلاف الوصية بما زاد علي الثلث اذا اجازها الورثة انما تجوز ولا يشترط فيها
التسليم الي الموصا له لان التصرف هناك وقع وصية لمصادفته ملك نفسه فلا يفتقر الي
التسليم وانما يفتقر الي الاجازة فاذا وجدت الاجازة جازت الوصية ونفذت وسوا كان
الموصا به جزوا مسمي كالثلث والنصف او كان جميع المال او كان عينا مشارا اليها بان اوصي

بجوده

يعبد له او بثوب له انه يعتبر في ذلك كله الثلث فان كان يخرج من جميع ماله فهو له وان كان لا
يخرج فله قدر ما يخرج وان لم يكن له مال اخر فله ثلثه والثلثان للورثة وسوا كانت الوصية
واحدة او اجتمعت الوصايا انه ينفذ الكل من الثلث ان امكن تنفيذ الثلث الكل منه وان لم يمكن
وضاق الثلث عن الكل يتضارب فيه ويقدم البعض علي البعض عند وجود سبب التقدم وبيان
هذه الجملة ان الوصايا اذا اجتمعت فالثلث لا يخلوا اما ان كان يسع كل الوصايا واما ان لا يسع الكل
فان كان يسع الكل تنفذ الوصية من الثلث في الكل لان الوصية تعلقت بالكل وامكن تنفيذها في الكل
فتنفذ سوا كانت الوصايا لله تعالي بان كانت الوصية بالقرب من الوصية بالحج الفرض والزكاة
والصوم والصلاة والكفارات والنذر وصدقة الفطر والاضحية وحج التطوع وصوم التطوع
وبنا المساجد واعتاق النسمة وذبح البدنة ونحو ذلك او كانت للعباد كالوصية لزيد وعمرو
وبكر وخالد وكذلك لو كان الثلث لا يسع الكل لكن الورثة اجازت فاما اذا كان الثلث لا يسع
ولم تجز الورثة فالوصايا لا يخلوا اما ان كانت كلها لله تعالي وهي الوصية بالقرب او كان بعضها
لله تعالي والبعض للعباد واما ان كان الكل للعباد فان كان الكل لله تعالي فلا يخلوا اما ان يكون الكل
فرايض او واجبات او نوافل او اجتمع في الوصايا من كل جنس من الفرايض والواجبات والتطوعات
فان كان الكل فرايض متساوية يبدا بما قدمه الموصي لان عند تساويها لا يمكن الترجيح بالذات
فيترجح بالبداة لان البداة دليل اهتمامه بما بدا به اذ الانسان يبدا بالاهم فالاهم عادة
واختلفت الرواية عن ابي يوسف في الحج والزكاة روي عنه انه يبدا بالحج وان اخره الموصي في الذكر وروي
عنه انه يبدا بالزكاة وهو قول محمد وجه الرواية الاولي ان الحج عبادة بدنية والزكاة عبادة مالية
والعبادة البدنية اولي لان النفس انفس واعز من المال فكان تقربا الي الله تعالي باعز الاشياء
وانفسها عنده فكان اقوي فكانت البداة به اولي علي ان الحج عبادة بدنية لها تعلق بالمال والزكاة
عبادة مالية لا تعلق لها بالبدن فكان الحج اقوي فكان اولي بالتقديم وجه الرواية الاخري
ان الحج تمحض لله تعالي والزكاة يتعلق بها حق العبد فيقدم لحاجة العبد وغنا الله تعالي وقالوا
في الحج والزكاة انهما يقدمان علي الكفارات لانهما وجبا بايجاب الله تعالي ابتدا من غير تعلق وجوبهما
بسبب من جهة العبد والكفارات يتعلق وجوبها باسباب توجد من العبد من القتل والظهار
واليمين والواجب ابتدا اقوي فيقدم والكفارات مقدمة علي صدقة الفطر لان صدقة الفطر
واجبة والكفارات فرايض والفرض مقدم علي الواجب ولان هذه الكفارات منصوص عليها
في الكتاب ولا نص في الكتاب علي صدقة الفطر وانما عرفت بالسنة فكان المنصوص عليه في الكتاب
اقوي فكان اولي وصدقة الفطر مقدمة علي الاضحية وان كانت الاضحية ايضا واجبة عندنا
لكن صدقة الفطر متفق علي وجوبها والاضحية وجوبها محل الاجتهاد فالمتفق علي الوجوب اقوي
فكان بالبداة به اولي وكذا صدقة الفطر مقدمة علي كفارة الفطر في رمضان لان وجوب تلك
الكفارة ثبت بخبر الواحد وصدقة الفطر ثبت وجوبها باخبار مشهورة والثابت بالخبر المشهور
اقوي فيقدم وقالوا ان صدقة الفطر تقدم علي المنذور به لانها وجبت بايجاب الله تعالي ابتدا والمنذور
به وجب بايجاب العبد وقد تعلق وجوبه ايضا بسبب باشره العبد فيقدم الصدقة والاشكال
عليه ان صدقة الفطر من الواجبات لا من الفرايض لان وجوبها ما ثبت بدليل مقطوع به بل بدليل
فيه شبهة العدم ولهذا لا يكفر جاحده والمنذور به فرض لان وجوبه ثبت بدليل مقطوع به وهو
النص المفسر من الكتاب قال الله تعالي وليوفوا نذورهم والفرض مقدم علي الواجب ولهذا يكفر
جاحد وجوب الوفا بالنذر وفي كتاب الله تعالي دليل عليه وهو قوله تعالي ومنهم من عاهد الله لين
اتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين فلما اتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون

اجتمعت الوصايا وضاق الثلث

وهو ان يشتري رقبة فيعتق عنه

اذا كان الثلث لا يسع

الحج والزكوة مقدمان علي الكفارات

فاعقبهم نفاقا في قلوبهم الى يوم يلقونه بما اخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون والمنذور به مقدم على الاضحية لانه واجب الوفا بيقين وفي وجوب الاضحية شبهة العدم لكونه محل الاجتهاد والاضحية تقدم على النوافل لانها واجبة عند ابي حنيفة وسنة موكدة عند ابي يوسف ومحمد والشافعي والواجب والسنة الموكدة اولى من النافلة فالظاهر من حال الموصي انه قصد تقديمها على النافلة تحسينا للظن بالمسلم الا انه تركه سهوا فيقدم بدلالة حالة التقديم وان اخره في الذكر على سبيل السهو هذا الذي ذكرنا اذا لم يكن في الوصايا بالقرب اعتاق منجز وهو الاعتاق في مرض الموت او اعتاق معلق بالموت وهو التدبير فان كان يقدم ذلك لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ فكان اولى فيقدم واما الوصية بالاعتاق فان كان اعتاقا واجبا في كفارة فحكمه حكم الكفارات وقد ذكرنا ذلك وان لم يكن واجبا فحكمه حكم ساير الوصايا المتنفل بها من الصدقة على الفقرا وبنا المساجد وحج التطوع ونحو ذلك لان الوصية بالاعتاق لا يلحقها الفسخ كما يلحق ساير الوصايا فكانت الوصية بالاعتاق غير واجب مثل ساير الوصايا فلا يقدم بخلاف الاعتاق المنجز في المرض والمعلق بالموت لانه لا يلحقها الفسخ فكان اقوى فيقدم على ساير الوصايا وان كانت الوصايا بعضها لله تعالى وبعضها للعباد فان اوصى لقوم باعيانهم يتضاربون بوصاياهم في الثلث ثم ما اصاب العباد فهو لهم لا يقدم بعضهم على بعض لما نبين وما كان لله تعالى يجمع ذلك فيبدا منها بالفرايض ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان كان مع الوصايا لله تعالى وصية لواحد معين من العباد فانه يضرب بما اوصى له به مع الوصايا بالقرب ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب فان قال ثلث مالي في الحج والزكاة والكفارات ولزيد فان الثلث يقسم على اربعة اسهم سهم للموصا له وسهم للحج وسهم للزكاة وسهم للكفارات لان كل جهة من هذه الجهات غير الاخرى فيفرد كل جهة بسهم كما لو اوصى بثلث ماله لقوم معينين فان قيل جهات القرب وان اختلفت فالمقصود منها كلها واحد وهو طلب مرضاة الله تعالى وابتغا وجهه فينبغي ان يضرب الموصا له بسهم فالجواب ان المقصود من الكل وان كان واحدا وهو ابتغا وجه الله تعالى وطلب مرضاته لكن الجهة منصوص عليها فيجب اعتبارها كما اذا اوصى بثلث ماله للفقرا والمساكين وابنا السبيل ان كل واحد منهم يضرب بسهمه وان كان المقصود من الكل التقرب الى الله تعالى لكن لما كانت الجهة منصوص عليها اعتبر المنصوص عليه كذا هاهنا هذا اذا كانت الوصايا كلها لله تعالى او بعضها لله تعالى وبعضها للعباد فاما اذا كانت كلها للعباد فانها لا تخلوا من احد وجهين اما ان كانت كلها في الثلث لم يجاوز واحدة منها قدر الثلث واما ان جاوزت فان لم تجاوز بان اوصى لانسان بثلث ماله ولاخر بالربع ولاخر بالسدس فانهم يتضاربون في السدس بقدر حقوقهم فيضرب صاحب الثلث بثلث الثلث وصاحب الربع بربع الثلث وصاحب السدس بسدس الثلث فيضرب كل واحد منهم بقدر فريضته من الثلث فلا يقدم بعضهم على بعض الا اذا كان مع هذه الوصايا احد الاشيا الثلاثة الاعتاق المنجز في المرض او المعلق بالموت في المرض او في الصحة وهو التدبير او البيع بالمحاباة بما لا يتغابن الناس فيه في المرض فيقدم هو على ساير الوصايا التي هي للعباد كما يقدم على الوصايا بالقرب فيبدا بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب اهل الوصايا فيما بقي من الثلث ويكون بينهم على قدر وصاياهم وانما قلنا انه لا يقدم البعض على البعض في غير المواضع المستثناة لان تقديم البعض على البعض يستدعي وجود المرجح ولم يوجد لان الوصايا كلها استوت في سبب الاستحقاق لان سبب الاستحقاق كل واحد منهم مثل صاحبه والاستوا في السبب يوجب الاستوا في الحكم ولا استوا في سبب الاستحقاق في مواضع الاستثنا لان الاعتاق المنجز والمعلق بالموت لا يحتمل الفسخ والمحاباة تستحق بعقد ضمان وهو البيع اذ هو عقد معاوضة فكان المبيع مضمونا بالثمن والوصية تبرع فكانت المحاباة المتعلقة

اذا كان في الوصايا اعتاق منجز او اعتاق معلق يقدم الاعتاق

اذا لم يكن الاعتاق وصيا

اذا كانت الوصايا كلها للعباد

سبب صح

بعقد

بعقد الضمان اقوى فكانت اولى بالتقديم فان اجتمع العتق والمحاباة وضاق الثلث منهما فقد قال ابو حنيفة ان كانت المحاباة قبل العتق يبدا بالمحاباة وان استويا هكذا روى المعلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يبدا بالعتق تقدم او تاخر وجه قولهما ان العتق اقوى من المحاباة لانه لا يحتمل الفسخ والمحاباة تحتمل وفي باب الوصايا يقدم الاقوى فالاقوى اذا كان الثلث لا يسع الكل ولهذا قدم العتق على ساير الوصايا وبه تبين انه لا عبرة في بالتقديم في الذكر فانه يقدم على ساير الوصايا وان كانت مقدمة في الذكر يعتبر للترجيح والترجيح انما يكون بعد الاستوا في ركن العلة ولا استوا هاهنا لما بينا فبطل الترجيح ولابي حنيفة ان المحاباة اقوى من العتق لانها تستحق بعقد ضمان على ما بينا والعتق تبرع محض فلا يزاحمها كان ينبغي ان يقدم على العتق تقدمت في الذكر او تاخرت الا ان مزاحمة العتق اياها حالة التاخر ثبت لضرورة التعارض ولا تعارض حالة التقدم على ما ذكروا واما قولهما ان الاعتاق لا يحتمل الفسخ فبعض المشايخ قالوا ان كل واحد منهما لا يحتمل الفسخ من جهة الموصي فان من باع ماله بالمحاباة في مرض موته لا يملك فسخه كما لو اعتق عبده في مرض موته انه لا يملك فسخه فاستويا بالعدم احتمال الفسخ من جهة الموصي وهو المعتق والبايع فاذا كانت البداة بالمحاباة ترجحت بالبداية لكون البداية لها دليل الاهتمام ولا يمكن ترجيح العتق عند البداية به لان تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق الذي هو تبرع محض فتعارض الوجهان فسقطا والتحقا بالعدم فبقي اصل التعارض بلا ترجيح فتقع المزاحمة بين المحاباة والعتق فيقسم الثلث بينهما وهذا الجواب ضعيف لان البيع بالمحاباة تصرف يحتمل الفسخ في نفسه في الجملة فانه يفسخ بخيار العيب والروية والشرط والاقالة اذ هي فسخ في حق المتعاقدين عند ابي حنيفة ومحمد فكانت المحاباة محتملة للفسخ في الجملة والعتق لا يحتمله راسا فكان اقوى من المحاباة فيجب ان يقدم عليها كما هو مذهبهما ومنهم من قال ان عدم احتمال العتق للفسخ ان كان يقتضي ترجيحه على المحاباة فما ذكرنا من تعلق المحاباة بعقد الضمان يقتضي ترجيحها على العتق فوقع التعارض فترجح المحاباة بالبداية واذا لم يبدا بها فلم يوجد المرجح فبقيت المعارضة فيثبت المزاحمة وهذا ايضا ضعيف لانه لو كان كذلك للزم تقديم العتق على المحاباة اذا بدا بالعتق لوجود المرجح للعتق عند وقوع التعارض ولا يقدم عنده بل يقسم الثلث بينهما ومنهم من قال تعلق المحاباه بعقد الضمان من حيث استحقاقها به اقوى في الدلالة من العتق من حيث عدم احتمال الفسخ بدليل ان الدين مقدم على الاعتاق حتى لو اعتق عبدا مستغرقا بالدين لا ينفذ وان كان الاعتاق لا يحتمل الفسخ والمعارضة محتملة للفسخ لكونها عقد ضمان فلا يعارضها العتق الا عند البداية وعلى الجملة تقرير مذهب ابي حنيفة في هذه المسلة بالاضافة مشكل والله الموفق وفرع ابو حنيفة على هذا فقال اذا اعتق ثم حابا ثم اعتق يقسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة نصفين ثم ما اصاب العتق الاول يقسم بينه وبين العتق الثاني لاستوايهما في القوة ولو حابا ثم اعتق ثم حابا يقسم الثلث بين المحاباتين نصفين ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة يقسم بينها وبين العتق نصفين كما اذا اعتق ثم حابا والله اعلم هذا اذا كان مع الوصايا للعباد عتق او محاباة فان لم يكن يضرب كل واحد منهم بقدر حقه من الثلث حتى لو اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بالسدس ولم تجز الورثة يقسم الثلث بينهما اثلاثا سهمان لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس اصل المسلة من ستة ثلث المال ثلاثة وثلثه مثلاه فذلك ستة فجملة المال تسعة ثلثه وذلك ثلثة

للموصا لهما بالثلث والسدس بينهما اثلاثا وثلثاه للورثة وذلك ستة للورثة فاستقام الثلث
والثلثان وان اجازت الورثة فللموصا بالثلث سهمان وللموصا له بالسدس سهم والباقي وهو
ثلاثة من ستة للورثة على فرايض الله تعالى ولو اوصى لرجل بالثلث ولاخر بالربع ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما على سبعة لصاحب الثلث اربعة ولصاحب الثلث ثلثة اصل المسلة من اثنى
عشر للموصا له بالثلث ثلثها وذلك اربعة وللموصى له بالربع ربعها وذلك ثلثة فذلك سبعة
هو ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك اربعة فيكون كل المال احدا وعشرين الثلث من ذلك
سبعة للموصا له بالثلث اربعة وللموصا له بالربع ثلثة والثلثان وهو اربعة عشر للورثة وان
اجازت الورثة فللموصا له بالثلث ما اوصى له وهو اربعة وللموصا له بالربع ما اوصى له وهو
ثلثة والباقي وهو خمسة من اثنى عشر بين الورثة على فرايض الله تعالى ولو اوصى لرجل بالثلث
ولاخر بالسدس فثلث المال تسعة اصل المسلة من اثنى عشر لصاحب الثلث اربعة ولصاحب
السدس سهمان فذلك تسعة وثلثا المال مثلاه وذلك ثمانية عشر فيكون جملته سبعة
وعشرون سهام الوصية منها تسعة ثلثة واربعة وسهمان وثمانية عشر سهام الورثة هذا
اذا لم يكن في الوصايا ما يزيد على الثلث فان كان بان اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بالنصف فان
اجازت الورثة فلكل واحد منهما ما اوصى له به فالثلث للموصى له بالثلث والنصف للموصا له
بالنصف ثلثة فذلك خمسة والباقي للورثة فان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفين في قول ابي
حنيفة لكل واحد منهما سهم من ستة وعند ابي يوسف ومحمد على خمسة لصاحب النصف ثلثة
ولصاحب الثلث سهمان وان اوصى لرجل بربع ماله ولاخر بنصف ماله فان اجازت الورثة فلكل
واحد منهما ما اوصى له به فالربع للموصا له بالربع والنصف للموصا له بالنصف والربع الباقي
بين الورثة على فرايض الله تعالى لان المانع من الزيادة على الثلث حق الورثة وقد زال باجازتهم
وان ردوا فلا خلاف في ان الوصية بالزيادة على الثلث لم تنفذ وانما نفذت في الثلث لا غير
وانما الخلاف في كيفية قسمة الثلث بينهما فعلى قول ابي حنيفة يقسم الثلث بينهما على سبعة
اسهم للموصا له بالنصف اربعة وللموصا له بالربع ثلثة وعند ابي يوسف ومحمد على ثلاثة
سهمان للموصا له بالنصف وسهم للموصا له بالربع لان الموصا له بالربع لا يضرب الا بالثلث
عنده والموصا له بالربع يضرب له بالربع فيحتاج الى حساب له ثلث وربع واقله اثنى عشر
ثلثها اربعة وربعها ثلثة فيجعل وصيتهما على سبعة وذلك ثلث المال وثلثاه مثلاه وهو
اربعة عشر وجميع المال احد وعشرون سبعة منها للموصا لهما اربعة للموصا له بالنصف
وثلثة للموصا له بالربع وعند ابي يوسف ومحمد يقسم الثلث بينهما على ثلثة اسهم لان الموصا
له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصا له بالربع يضرب بالربع والربع مثلا
النصف فيجعل كل ربع سهما فالنصف يكون سهمين والربع بينهما فيكون ثلثة فيضرب
الثلث بينهما على ثلثة اسهم سهمان للموصا له بالنصف وسهم للموصا له بالربع وهذا بناء على
اصل وهو ان الموصا له باكثر من الثلث لا يضرب في الثلث باكثر من الثلث من غير اجازة
الورثة عند ابي حنيفة الا في خمسة مواضع في العتق في المرض وفي الوصية بالعتق في المرض
وفي المحاباة في المرض وفي الوصية بالمحاباة وفي الوصية بالدراهم المرسلة فانه يضرب في
هذه المواضع بجميع وصيته من غير اجازة الورثة وصورة ذلك في الوصية بالعتق اذا كان
له عبدان لا مال له غيرهما اوصى بعتقهما وقيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان ولم تجز
الورثة عتقا من الثلث وثلث ماله الف درهم فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف
للذي قيمته الفان فيعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة والثلث للذي قيمته الف فيعتق

الاصل

ادص بعتق عبدين له وقيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان

ثلثه ويسعى

ثلثه ويسعى في ثلثيه للورثة وان اجازت الورثة عتقا جميعا وصورة ذلك في المحاباة اذا كان
له عبدان اوصى بان يباع احدهما من فلان والاخر من فلان اخر بيعا بالمحاباة وقيمة احدهما
مثلا الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة واوصى بان يباع احدهما من فلان بمائة والاخر من فلان
بمائة فههنا حصلت المحاباة لاحدهما بالف ولاخر بالف وخمسمائة وذلك كلها وصية لانها
حصلت في حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث او اجازت الورثة جاز وان لم تخرج من الثلث
ولا اجازت الورثة جازت محاباتهما بقدر الثلث وذلك يكون بينهما على قدر وصيتهما يضرب
احدهما فيه بالف والاخر بالف وخمسمائة وصورة ذلك في الدراهم المرسلة اذا اوصى لانسان
بالف ولاخر بالفين وثلث ماله الف فالثلث يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع
وصيته ولا خلاف ايضا في الوصية باقل من الثلث كالربع والسدس ونحو ذلك ان الموصا
له يضرب بجميع وصيته ولا خلاف ايضا في الوصية باقل من الثلث كالربع والسدس ونحو
ذلك ان الموصا له يضرب بجميع وصيته ولا خلاف ايضا في الوصية وجه قولهما ان القسمة
وقعت باسم الزيادة على الثلث من النصف ونحوه فيجب اعتبارها ما امكن الا انه تعذر
اعتبارها في حق الاستحقاق لما فيه من ابطال حق الورثة وانه اضرار بهم فوجب اعتبارها في حق
الضرب وانه ممكن اذ لا ضرر فيه على الورثة ولهذا اعتبرت التسمية في حق الضرب فيما ذكرنا من
المسايل ولابي حنيفة ان الوصية بالزيادة على الثلث عند رد الورثة وصية باطلة من كل وجه
بيقين والضرب بالوصية الباطلة من كل وجه بيقين باطل وانما قلنا ان الوصية بالزيادة وصية
باطلة لانها في قدر الزيادة صادفت حق الورثة الا انها وقعت على الاجازة والرد فاذا ردوا تبين
انها وقعت باطلة وقولنا من كل وجه نعني به استحقاقا وتسمية وهي تسمية النصف والكل فلم تقع
الوصية صحيحة في مخرجها وقولنا بيقين لانها لا تحتمل النفاذ بحال الا ترى انه لو ظهر للميت مال اخر
لا تنفذ هذه الوصية وهي الوصية بالزيادة على الثلث بخلاف المواضع الخمس فان هناك الوصية ما
وقعت باطلة بيقين بل تحتمل التنفيذ في الجملة بان يظهر مال اخر للميت يخرج هذا القدر من الثلث
فتبين ان الوصية ما وقعت بالزيادة على الثلث فلم تقع باطلة بيقين وههنا بخلافه لانه وان
ظهر له مال اخر يدخل ذلك المال في الوصية ولا يخرج من الثلث وهذا القدر يخرج يشكل بالوصية
بعين يزيد قيمتها على الثلث بان اوصى بثلث عبده لرجل وبثلثيه لاخر ولا مال له سواه فردت
الورثة ان صاحب الثلثين لا يضرب بالثلث الزايد عندك وان لم تكن الوصية باطلة بيقين
لجواز ان يظهر له مال اخر فتنفذ تلك الوصية فينبغي ان يضرب الموصا له بالثلثين بالثلث
الزايد ومع هذا لا يضرب عندك فاستشكل العدم بخلاف الوصية من الثلث لان الوصية
هناك وقعت صحيحة في مخرجها من حيث التسمية لان التسمية وقعت بالربع والسدس وكل ذلك
مخارج الوصية فالتسمية صادفت محل التسمية الوصية وانما يظهر الزيادة عند اجتماع
الوصيتين فاذا ردت الورثة فالرد ورد عليهما جميعا فيقسم بينهما على قدر نصيبهما ولو اوصى
لرجل بجميع ماله ثم اوصى لاخر بثلث ماله فاجازت الورثة الوصيتين جميعا فقد روى ابو
يوسف ومحمد عن ابي حنيفة انه قال الموصا له بالجميع ياخذ الثلثين خاصة ويكون الباقي بين
صاحب الجميع وبين صاحب الثلث وقال الحسن بن زياد ليس هذا قول ابي حنيفة ولكن
قول ابي حنيفة ان للموصا له بالثلث ربع المال وللموصا له بجميع المال ثلثة ارباعه وذكر
الكرخي انه ليس في هذه المسلة نص رواية عن ابي حنيفة وانما اختلفوا في قياس قوله
والصحيح ان قول ابي حنيفة فيها ما روى عنه ابو يوسف ومحمد لانه قسمة على اعتبار المنازعة
وما ذكر الحسن اعتبار العول والمضاربة والقسمة على اعتبار العول والمضاربة

بالاقل صح

من اصولهما الا من اصله اعتبار المنازعة في القسمة ووجهه هاهنا ان ما زاد على الثلث يعطي كله للموصا
له بجميع المال لانه لا ينازعه فيه احد واما قدر الثلث فينازعه فيه الموصا له بالثلث فاستوت
منازعتهما فيه اذ لا ترجيح لاحدهما على الاخر فيقسم بينهما نصفين فيكون اصل الحساب من ثلثة
لحاجتنا الى الثلث الثلثان للموصا له بالجميع بلا منازعة والثلث بينهما نصفان الا انه ينكسر
الحساب فيضرب اثنين في ثلثة فتصير فيصير ستة فسلم ثلثاها للموصا له بالجميع بلا منازعة
وثلثها وهو سهمان ينازعه الموصا له بالثلث فيقسم بينهما فحصل للموصا له بالجميع خمسة وللموصا
له بالثلث سهم واما القسمة على طريق العول والمضاربة عندهما هاهنا اي ان كل واحد منهما
يضرب بجميع وصيته فالموصا له بالثلث يضرب بالثلث وهو سهم والموصا له بالجميع يضرب
بكل المال وهو ثلثة اسهم فيجعل المال على اربعة اسهم لصاحب الثلث سهم ولصاحب الجميع ثلثة
هذا اذا اجازت الورثة وان ردت الورثة جازت الوصية من الثلث ثم الثلث بينهما يكون
نصفين في قول ابي حنيفة لان الموصا له باكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث اذا لم تجز
الورثة عنده وعندهما يضرب كل واحد منهما بجميع وصيته ارباعا على ما بينا والله الموفق
هذا اذا اجتمعت الوصايا فيما سوى العين فان اجتمعت في عين مشار اليها بان اوصى لعين واحدة
لاثنين او اكثر او اوصى لكل واحد بجميع العين فقد قال ابو حنيفة رحمه الله تقسم العين بين
اصحاب الوصايا على عددهم فيضرب كل واحد منهم بالقدر الذي حصل له بالقسمة ولا يضرب بجميع
تلك العين وان وقعت التسمية بجميع العين وذلك نحو ان يقول اوصيت بعبدي هذا لفلان
ثم قال وقد اوصيت بعبدي هذا لفلان اخر فالعبد يخرج من ثلث ماله فان العبد يقسم
بينهما نصفين على عددهما وهما اثنان فيضرب كل واحد منهما بنصف العبد ولا يضرب باكثر
من ذلك وكذلك لو اوصى به لثلثة او لاربعة وقال ابو يوسف ومحمد يضرب كل واحد منهما
بجميع وصيته ويتفق الجواب في قدر ما يستحقه كل واحد منهما من العبد في هذه الصورة لكن
بناء على اصلين مختلفين وانما يظهر ثمرة اختلاف الاصلين فيما اذا انضمت الى الوصية
لهما وصية لثالث بان كان له عبد والفا درهم سوى ذلك فاوصى بالعبد لانسان ثم اوصى
به لاخر واوصى لرجل اخر بالف درهم فعند ابي حنيفة يضرب كل واحد من الموصا له بالعبد
بنصف العبد هذا بنصفه وهذا بنصفه ويضرب الموصا له بالف درهم فيقتسمون الثلث
ارباعا وعند ابي يوسف ومحمد يضرب كل واحد من الموصا له بالعبد بجميع العبد والموصا له
بالف يضرب بالف فيقتسمون الثلث اثلاثا بناء على الاصل الذي ذكرنا فيما تقدم ان الموصا له
باكثر من الثلث لا يضرب باكثر من الثلث عنده وعندهما يضرب بجميع وصيته الا انها لا يظهر
في حق الاستحقاق فيظهر في حق الضرب كما في الكل اصحاب الديون واصحاب العول وابو حنيفة يقول
ان الموصا قد ابطل وصية كل واحد منهما في نصف العين وله ولاية الابطال الا ترى ان له ان
يرجع فبطل استحقاق كل واحد منهما بنصف العين فالضرب بالجميع يكون ضربا بوصية باطلة
فكان باطلا بخلاف الغرماء فانه ليس لمن عليه الدين ولاية ابطال حقهم فيضرب كل واحد منهم بكل
حقه وبخلاف اصحاب العول ولانه لم يوجد من جهة الميت سبب يبطل شيئا دونهم فيضربون
بجميع ما يثبت حقهم فيه ولو كان له عبد اخر قيمته الف درهم والفا درهم فاوصى بعبد لفلان
واوصى لرجل اخر بثلث ماله فالثلث وهو قدر الف درهم يكون بينهما نصفان خمسا به للموصا
له بجميع المال وخمسا به للموصا له بالثلث غير ان ما اصابه الموصا له بالجميع يكون في العبد وذلك
خمسة اسداس العبد وما اصاب الموصا له بالثلث يكون بعضه في العبد وهو سدس ما بقي
في العبد وهو عشر العبد والبعض في الدراهم وهو خمس الالفين فيضرب الموصا له بجميع العبد

اجتمعت الوصايا

بخمسة اسداسه وللموصا له بالثلث يضرب بسدس العبد وبخمس الالفين على اصل ابي حنيفة لانه
اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه لان الوصية بثلث المال تناولت العبد
لكونه مالا فاجتمعت في العبد وصيتان فسلم للموصا له بالجميع العبد ثلثاه بلا منازعة والثلث
ينازعه فيه الموصا له بالثلث فيكون اصل الحساب من ثلثة لحاجتنا الى الثلث واقل حساب
يخرج منه الثلث ثلثة فسهمان خليا عن منازعة الموصا له بالثلث فسلم ذلك للموصا له بالجميع
بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فينكسر فيضرب اثنين في ثلثة
فيكون ستة فثلثا الستة وهو اربعة سلم للموصا له بالجميع لانه لا ينازعه فيه وثلثها وهو
سهمان ينازعه فيه الموصا له بالثلث واستوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما
سهم واذا صار العبد وقيمته الف على ستة يصير كل الف من الدراهم على ستة فصار الالفان على
اثني عشر للموصا له بالثلث منهما اربعة فصار له خمسة اسهم اربعة اسهم من الدراهم وسهم من
العبد وللموصا له بالجميع خمسة اسهم كلها في العبد لانه لا وصية له في الدراهم فصارت وصيتهما جميعا
عشرة اسهم فاجعل ثلث المال على عشرة اسهم فالثلثان عشرون سهما فالكل ثلثون سهما والعبد ثلث
المال لان قيمته الف درهم فصار العبد على عشرة اسهم والالفان على عشرين سهما فادفع وصيتهما
من العبد فوصية الموصا له بالجميع خمسة وهو نصف العبد ووصية الموصا له بالثلث سهم وذلك
خمس ما بقي من العبد وادفع وصية الموصا له بالثلث من الدراهم وذلك عشرون سهما اربعة
اسهم وهو خمس الالفين على ما ذكر في الاصل فبقي من العبد اربعة اسهم لا وصية فيها فيدفع الى
الورثة فيكمل لهم الثلثان لان الموصا له بالثلث قد اخذ من الفين اربعة اربعمائة وذلك اربعة
اسهم وحصل للموصا له بالعبد خمسة اسهم من العبد وذلك نصفه وحصل للموصا له بالثلث اربعمائة من
الدراهم وذلك خمسها لانا جعلنا الالفين على عشرين سهما واربعة من عشرين خمسها وحصل له
من العبد سهم وذلك خمس العبد وحصل للورثة عشرون سهما وهي الثلثان ستة عشر سهما
وذلك اربعة اخماسها واربعة اسهم من العبد وذلك خمساه هذا قول ابي حنيفة واما على
قولهما فيقسم على طريق العول والمضاربة فصاحب العبد يضرب بجميع ثلثه وصاحب الثلث يضرب
بالثلث سهم فيحتاج الى حساب له ثلث واقله ثلثة فصاحب العبد يضرب بالجميع وذلك ثلثه
وصاحب الثلث يضرب بالثلث وذلك سهم فصار العبد على اربعة اسهم واذا صار العبد على اربعة
مع العول صار كل الف على ثلثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في الالف فصارت الالفان على ستة
اسهم فللموصا له بالثلث ثلثها وذلك سهمان فيتبين ان وصيتهما ستة اسهم ووصية العبد ثلثة كلها
في العبد ووصية صاحب الثلث ثلثة اسهم سهمان في الدراهم وسهم في العبد فاجعل ذلك ثلث
المال واجعل العبد على ستة اسهم وادفع اليهما وصيتهما من العبد لصاحب العبد ثلثة اسهم ولصاحب
الثلث سهم بقي سهمان فاضلان لا وصية فيهما فادفع ذلك الى الورثة حتى يكمل لهم الثلثان لان صاحب
الثلث قد اخذ سهمين من الدراهم وانتقص نصيب الورثة من الدراهم فيدفع سهمين من العبد
اليهم حتى يكمل لهم الثلثان وقد جعل ثلث المال وهو العبد على ستة اسهم فالثلثان يكون اثني عشر
فادفع وصية صاحب الثلث من ذلك سهمين ثم نضم السهمين من العبد الذي لا وصية فيهما
الى عشرة اسهم حتى يكمل لهم الثلثان فحصل للورثة عشرة اسهم من الدراهم وسهمان من العبد
وللموصا له بالعبد ثلثة اسهم وذلك نصف العبد كله في العبد وللموصا له بالثلث سهم في العبد
وذلك سدس العبد وسدس الالفين وهو سهمان من اثني عشر والله اعلم   ولو كان له عبدان
فبينهما واحدة لا مال له غيرهما فاوصى لرجل باحدهما بعينه ولاخر بثلث ماله فان الثلث يقسم
بينهما على سبعة اسهم وهذه المسالة مبنية على مسئلتين احدهما ان الثلث يقسم هنا على طريق

المنازعة في قول ابي حنيفة وعندهما على طريق العول والثانية ان المذهب عند ابي حنيفة ان الموصى له
باكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث الا في مواضع الاستثناء على ما بينا اذا عرف هذا فنقول التسمية
في هذه المسئلة على طريق المنازعة عند ابي حنيفة لانه اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه ووصية
بثلثه والثلثان فسلم لصاحب الجميع بلا منازعة لانه لا ينازعه فيه صاحب الثلث وذلك سهمان
من ثلثة والثلث وهو سهم استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما نصف سهم فانكسر
فتضرب اثنين في ثلثة فيصير ستة قلنا الستة تسلم لصاحب الجميع بلا منازعة وهو اربعة والثلث
وهو سهمان استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما لكل واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع خمسة اسهم
ولصاحب الثلث سهم فلما صار هذا العبد على ستة اسهم صار العبد الاخر على ستة للموصى له بالثلث منها
سهمان فصار وصية صاحب الثلث ثلثة اسهم سهمان في العبد الذي فيه وصية ووصية صاحب
العبد خمسة اسهم وذلك اكثر من ثلث المال لان جميع المال اثنى عشر فثلثها اربعة والمذهب عند ابي
حنيفة ان الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فيطرح من وصيته سهما فتصير وصيته
اربعة اسهم ووصية الاخر ثلثة اسهم فذلك سبعة اسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك
اربعة وجميع المال احد وعشرون وماله عبدان فتبين ان كل عبد على عشرة ونصف لان كل عبد مقدار
نصف المال فيدفع العبد الموصى به وصيتهما فيه ويدفع اليهما بوصية صاحب الجميع اربعة اسهم في
العبد فيدفع ذلك اليه ووصية صاحب الثلث سهم واحد في العبد فيدفع ذلك اليه فيبقى من العبد
خمسة اسهم ونصف فادفع ذلك الى الورثة يقسم بينهم على فرايض الله تعالى وياخذ من العبد الذي لا
وصية فيه سهمين ويدفع الى الموصى له بالثلث فيبقى من هذا العبد ثمانية ونصف يدفع الى الورثة
فيقسم بينهم على فرايض الله تعالى فصارت كلها سبعة اسهم وهي ثلث المال فحصل للموصى له بالعبد منها
خمسة اسهم وللموصى له بالثلث سهمان وحصل للورثة من العبد الموصى به خمسة ونصف ومن العبد
الذي لا وصية فيه ثمانية ونصف فذلك اربعة عشر وهي ثلثا المال فاستقام الحساب على الثلث والثلثين
واما قول ابي يوسف ومحمد فيقسم على طريق العول فنقول اجتمع في العبد وصيتان وصية بجميعه
ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع وذلك ثلثة اسهم وصاحب الثلث
يضرب بثلثه وهو سهم فصار العبد على اربعة اسهم هو معنى العول فلما صار هذا العبد على اربعة بالعول
يجعل العبد الاخر على ثلثة بغير عول لانه لا حاجة الى العول في ذلك العبد فسهم من ذلك العبد للموصى
له بالثلث فصار وصية صاحب الثلثين سهمين من العبد الذي فيه وصية وسهم من الذي لا وصية فيه
ووصية صاحب العبد ثلثة اسهم فذلك خمسة اسهم فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه وذلك عشرة
والجميع خمسة عشر وماله عبدان فيصير كل عبد على سبعة ونصف فيدفع وصية صاحب العبد من العبد
اليه وذلك ثلثة ووصية صاحب الثلث اليه وذلك سهم يبقى من هذا العبد ثلثة ونصف فيدفع ذلك
الى الورثة ويدفع من العبد الاخر سهم الى الموصى له بالثلث يبقى ستة اسهم ونصف من العبد الذي
فيه الوصية وستة اسهم ونصف من العبد الاخر فاستقامت القسمة على الثلث والثلثين والله الموفق
للصواب

فصل

واما صفة هذا العقد فله صفتان احدهما قبل الوجود والاخرى بعد الوجود
اما التي هي قبل الوجود فهي ان الوصية بالفرايض والواجبات واجبة وبما وراها جايزة ومندوب اليها
ومستحبة في بعض الاحوال وعند بعض الناس لكل واجب وقد بينا ذلك كله في صدر الكتاب واما التي
هي بعد الوجود فهي ان هذا عقد غير لازم في حق الموصي حتى يملك الرجوع عندنا ما دام حيا لان الموجود
قبل موته مجرد ايجاب وانه يحتمل الرجوع في عقد المعاوضة ففي التبرع اولى كما في الهبة والصدقة الا
التدبير المطلق خاصة فانه لازم لا يحتمل الرجوع اصلا وان كان وصية لانه ايجاب مضاف الى الموت ولهذا
يعتبر من الثلث لانه سبب لثبوت العتق والعتق لازم وكذا سببه لانه سبب حكم لازم وكذا التدبير

المقيد

المقيد لا يحتمل الرجوع نصا لكن يحتمله دلالة بالتمليك من غيره لان العتق فيه
مطلق معلق بموت موصوف بصفة وقد لا توجد تلك الصفة فلم يستحكم السبب ثم الرجوع
قد يكون نصا وقد يكون دلالة وقد يكون ضرورة اما النص فهو ان يقول الموصي رجعت
واما الدلالة فقد تكون فعلا وقد تكون قولا وهو ان يفعل في الموصى به فعلا لو فعله في المغصوب
لانقطع به يستدل به على الرجوع او يتكلم بكلام يستدل به على الرجوع وبيان هذه الجملة
اذا فعل في الموصى به فعلا لو فعله في المغصوب لانقطع به ملك المالك كان رجوعا كما اذا
اوصى بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا او قبا او بقطن ثم غزله او بغزل ثم نسجه او بحديد ثم
صنع منها انا او سيفا او سكينا او بفضة ثم صاغ منها حليا ونحو ذلك لان هذه الافعال لما
اوجبت بطلان حكم ثابت في المحل وهو الملك فلان يوجب بطلان مجرد كلام من غير حكم اصلا اولى
ثم وجه الدلالة منها على التفصيل ان كل واحد منها تبديل العين وتصييرها شيا اخر معنى واسما
فكان استهلاكا لها من حيث المعنى فكان دليل الرجوع وصار كالمشتري بشرط الخيار اذا فعل
في البيع ما يدل على بطلان الخيار يبطل خياره والاصل في اعتبار اشارة النبي صلى الله عليه وسلم
بقوله للمخيرة ان وطيك زوجك فلا خيار لك ولو اوصى ثم نقضه فجعله قبا فهو رجوع لان الخياطة
في ثوب غير منقوض دليل الرجوع فمع النقض اولى وان نقضه ولم يخطه لم يذكر في الكتاب واختلف
فيه والاشهر انه ليس برجوع لان العين بعد النقض قايمة تصلح له قبل النقض ولو باع الموصى
به او اعتقه او اخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه كان رجوعا لان هذه التصرفات وقعت صحيحة
لمصادفتها ملك نفسه فاوجبت زوال الملك فلو بقيت الوصية مع وجودها لبقيت في غير ملكه
ولا سبيل اليه ولو باع الموصى به ثم اشتراه او وهبه وسلم ورجع في الهبة لا تعود الوصية لانها
قد بطلت بالبيع والهبة مع التسليم لزوال الملك والعايد بملك جديد غير موصى به فلا يصير
موصى به الا بوصية جديدة ولو اوصى بعبد فغصبه رجل ثم رده بعينه فالوصية على
حالها لان الغصب ليس فعل الموصي والموصى به على حاله فبقيت الوصية الا اذا استهلكه
الغاصب او هلك في يده تبطل الوصية لبطلان محل الوصية وكذا لو اوصى بعبد ثم دبره او كاتبه
او باع نفسه منه كان رجوعا لان التدبير اعتاق من وجه او مباشرة سبب لازم لا يحتمل الفسخ
والنقض وكل ذلك دليل الرجوع والمكاتبة معاوضة الا ان العوض متاخر الى وقت اداء البدل
فكان دليل الرجوع كالبيع وبيع نفس العبد اعتاق فكان رجوعا ولو اوصى بعبد لانسان ثم
اوصى ان يباع من انسان اخر لم يكن رجوعا وكانت الوصية لهما جميعا لانه لا تنافي بين الوصيتين
لان كل واحد منهما تمليك الا ان احدهما تمليك بغير بدل فيكون العبد بينهما نصفه للموصى له
به ونصفه يباع للموصى له بالبيع ولو اوصى ان يعتق عبده ثم اوصى بعد ذلك ان يباع من فلان
او اوصى اولا بالبيع ثم اوصى بالاعتاق كان رجوعا لما بين الوصيتين من التنافي اذ لا يمكن الجمع
بين الاعتاق والبيع فكان الاقدام على الثانية دليل الرجوع عن الاولى وهذا هو الاصل في
جنس هذه المسايل انه اذا اوصى بوصيتين متنافيتين كانت الثانية مبطلة للاولى وهو معنى
الرجوع وان كانتا غير متنافيتين نفذتا جميعا ولو اوصى بشاة ثم ذبحها كان رجوعا لان الملك
في باب الوصية يثبت عند الموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى وقت الموت عادة بل تفسد فكان
الذبح دليل الرجوع ولو اوصى بثوب ثم غسله او بدار ثم جصصها او هدمها لم يكن شي من ذلك رجوعا
لان الغسل ازالة الدرن والوصية لم تتعلق به فلم يكن الغسل تصرفا في الموصى به وتجصيص
الدار ليس تصرفا في الدار بل في البنا لان الدار اسم للعرصة والبنا بمنزلة الصفة فيكون تبعا
للدار والتصرف في البيع لا يدل على الرجوع عن الاصل ونقض البنا تصرف في البنا والبنا صفة

وانها تابعة ولو اوصي لرجل ان يشتري له عبدا بعينه ثم رجع العبد الي الموصي بهبة او صدقة او
وصية او ميراث فالوصية لا تبطل ويجب تنفيذها لان الوصية ما وقعت بثمن العبد بل بعين
العبد وهو مقصود الموصي وانما ذكر الشرا للتوسل به الي ملكه وقد ملكه فتنفذ فيه الوصية
ولو اوصي بشي لانسان ثم اوصي به لاخر فجملة الكلام فيه انه ان اعاد عند الوصية الثانية الوصية
الاولي والموصا له الثاني محل قابل للوصية كان رجوعا وكان اشراكا في الوصية وبيان هذه
الجملة اذا قال اوصيت بثلث مالي لفلان ثم قال اوصيت بثلث مالي لفلان اخر ممن يجوز له
الوصية فالثلث بينهما نصفان وكذا لو قال اوصيت بهذا العبد لفلان وهو يخرج من الثلث
ثم قال اوصيت به لفلان اخر ممن تجوز له الوصية كان العبد بينهما نصفين ولو قال اوصيت
بثلث مالي لفلان او بعبدي هذا لفلان ثم قال الذي اوصيت به لفلان او العبد الذي
اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا للاول وامضا الثاني وانما كان كذلك لان الاصل في
الوصية بشي لانسان ثم الوصية به لاخر هو الاشراك لان فيه عملا بالوصيتين بقدر الامكان
والاصل في تصرف العاقل صيانته عن الابطال ما امكن وفي الحمل علي الرجوع ابطال احدي
الوصيتين من كل وجه وفي الحمل علي الاشراك عملا بكل واحد منهما من وجه فيحمل عليه ما امكن وعند
الاعادة وكون الثاني محلا للوصية لا يمكن الحمل علي الاشراك لانه لما اعاد علم انه اراد نقل
تلك الوصية من الاول الي الثاني ولا تنتقل الا بالرجوع فكان ذلك منه رجوعا هذا اذا قال الوصية
التي اوصيت بها لفلان فهي لفلان وكذا اذا قال الوصية التي اوصيت بها لفلان قد اوصيتها
لفلان فاما اذا قال وقد اوصيت بها لفلان فهذا يكون اشراكا لان الواو للشركة والاجتماع
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي باطلة فهذا رجوع لانه نص علي ابطال الوصية الاولي
وهو من اهل الابطال والمحل قابل للبطلان فتبطل وهو معني الرجوع ولو قال كل وصية اوصيت بها
لفلان فهي حرام وهي ربا لا يكون رجوعا لان الحرمة لا تنافي الوصية فلم يكن دليل الرجوع
ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهي لفلان وارثي كان هذا رجوعا عن وصيته لفلان
ووصية للوارث فتتوقف علي اجازة الورثة لانه نقل الوصية الاولي بعينها الي من يصح النقل اليه
لان الوصية للوارث صحيحة بدليل انها تقف علي اجازة بقية الورثة والباطل لا يحتمل التوقف
واذا انتقلت اليه لم يبق للاول ضرورة وهذا معني الرجوع ثم ان اجازت بقية الورثة
الوصية لهذا الوارث نفذت وصار الموصي به له وان ردوا بطلت ولم يكن للموصا له الاول
لصحة الرجوع لانتقال الوصية منه وصار ميراثا لورثة الموصي كما لو رجع صريحا ولو قال
الوصية التي اوصيت بها لفلان فهي لعمرو بن فلان وعمرو حي يوم قال الموصي هذه المقالة
كان رجوعا عن وصيته لان الوصية لعمرو وقعت صحيحة لانه كان حيا وقت كلام الوصية فصح
النقل اليه فيثبت الرجوع ولو كان عمرو ميتا يوم كلام الوصية لم تصح الوصية لان الميت
ليس بمحل للوصية فلم يصح ايجاب الوصية له فلم يثبت ما في ضمنه وهو الرجوع ولو كان عمرو حيا
يوم كلام الوصية حتي صحت ثم مات عمرو قبل موت الموصي بطلت الوصية لان نفاذها عند
موت الموصي وتعذر تنفيذها عند موته لكون الموصا له ميتا فكان المال كله للورثة
ولو قال الثلث الذي اوصيت به لفلان فهو لعقب عمرو فاذا عمرو حي لكنه مات قبل موت
الموصي فالثلث لعقبه وكان رجوعا عن وصية فلان لان قوله لعقب عمرو وقع صحيحا اذا كان
لعمرو عقب يوم مات الموصي لان عقب الرجل من يعقبه بعد موته وهو ولده فلما مات
عمرو قبل موت فقد صار ولده عقبا له يوم نفاذ النفاذ وهو يوم موت الموصي فصحت الوصية
كما لو اوصي بثلث ماله لولد فلان ولا ولد له يومئذ ثم ولد له يومئذ ولد ثم مات الموصي ان الثلث

يكون له كذا ههنا ثم اذا صح ايجاب الثلث له بطل حق الاول لما قلنا فان مات عقب عمرو بعد موت
عمرو قبل موت الموصي رجع الثلث الي الورثة لان الايجاب لهم قد صح لكونهم عقبا لعمرو فثبت الرجوع
عن الاول ثم بطل استحقاقهم بموتهم قبل موت الموصي فلا يبطل الرجوع ولو مات الموصي في حياة
عمرو فالثلث للموصا له لان الموصي قد مات ولم يثبت للموصا لهم اسم العقب بعد فبطل الايجاب
لهم اصلا فبطل ما كان يثبت في ضمنه وهو الرجوع عن الوصية الاولي ولو اوصي ثم جحد الوصية
ذكر في الاصل انه يكون رجوعا ولم يذكر خلافا فقال المعلي عن ابي يوسف في نوادره فقال قال ابو يوسف
في رجل اوصي بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا اعرف هذه الوصية قال هذا رجوع منه
وكذلك لو قال لم اوص بهذه الوصية قال وسالت محمدا عن ذلك فقال لا يكون الرجوع جحودا
الجحود رجوعا وذكر في الجامع اذا اوصي بثلث ماله لرجل ثم قال بعد ذلك اشهدوا اني لم اوص
لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا رجوعا منه عن وصية ولم يذكر خلافا فيجوز ما ذكر في الاصل
قول ابي يوسف وما ذكر في الجامع قول محمد ويجوز ان يكون في المسلة روايتان وجه ما ذكر
في الجامع ان الرجوع عن الوصية يستدعي سابقة وجود الوصية والجحود انكار وجودها راسا
فلا يتحقق فيه معني الرجوع فلا يمكن ان يجعل رجوعا ولهذا لم يكن جحود النكاح طلاقا ولان انكار
الوصية بعد وجودها يكون كذبا محضا فكان باطلا لا يتعلق به حكم كالاقرار الكذب حتي لو
اقر بجارية كاذبا والمقر له يعلم ذلك لا يثبت الملك حتي لا يحل وطيها وكذا سائر الاقارير الكاذبة
انها باطلة في الحقيقة كذا الانكار الكاذب وجه ما ذكر في الاصل ان معني الرجوع عن الوصية هو
فسخها وابطالها وفسخ العقد كلام يدل علي عدم الرضا بالعقد السابق وبثبوت حكمه والجحود
في معناه لان الجاحد لتصرف من التصرفات غير راض به وبثبوت حكمه فيتحقق فيه معني الفسخ فحصل
معني الرجوع وروي ابن رستم عن محمد لو ان رجلا اوصي بوصايا الي رجل فقيل له انك ستبرا فاخر
الوصية فقال اخرتها فهذا ليس برجوع ولو قيل له اتركها فقال قد تركتها فهذا رجوع لان
الرجوع عن الوصية هو ابطال الوصية والتاخير لا ينبي عن الابطال والترك ينبي عنه الا تري
انه لو قال اخرت الدين كان تاجيلا له لا ابطالا ولو قال تركته كان ابرا روي كثير عن ابي يوسف
في رجل اوصي بثلث ماله لرجل مسمي واخبر الموصي ان ثلث ماله الف او قال هو هذا فاذا ثلث
ماله اكثر من الف فان ابا حنيفة قال له الثلث من جميع ماله والتسمية التي سمي باطلة لا
تنقص الوصية خطاؤه في ماله انما غلط في الحساب ولا يكون رجوعا في الوصية وهذا قول
ابي يوسف لانه لما اوصي بثلث ماله فقد اتي بوصية صحيحة لان صحة الوصية لا تقف علي بيان
مقدار الموصي به فوقعت الوصية صحيحة بدونه ثم بين المقدار وغلط فيه والغلط في قدر
الموصي به لا يقدح في اصل الوصية فبقيت الوصية متعلقة بثلث جميع المال ولانه يحتمل ان يكون
هذا رجوعا عن الزيادة علي القدر المذكور ويحتمل ان يكون غلطا فوقع الشك في بطلان
الوصية فلا تبطل مع الشك علي الاصل المعهود ان الثابت بيقين لا يزول بالشك قال ولو
قال اوصيت بغنمي كلها وهي مائة شاة فاذا هي اكثر من مائة وهي تخرج من الثلث فالوصية جائزة
في جميعها لما ذكرنا انه اوصي بجميع غنمه ثم غلط في العدد قال ولو قال اوصيت له بغنمي وهي
هذه وله غنم غيرها تخرج من الثلث فان هذا في القياس مثل ذلك ولكني ادع القياس في هذا
واجعل له الغنم التي سمي من الثلث لانه جمع بين التسمية والاشارة وكل واحد منهما للتعيين
غير ان الاشارة اقوي لانها تحصر العين وتقطع الشركة فتعلقت الوصية بالمشار اليه فلا يستحق
الموصا له غيره بخلاف ما لو قال اوصيت له بثلث مالي وهو هذا وله مال اخر غيره انه يستحق
ثلث جميع المال لان الاشارة هناك لم تصح لانه قال ثلث مالي والثلث اسم للشايع والمعين

غير الشايع فلغت الاشارة فتعلقت الوصية بالمسمى وهو ثلث المال وهاهنا صحت الاشارة وهو اقوى من التسمية فتعلقت الوصية بالمشار اليه ولو قال اوصيت لفلان برقيقي وهم ثلاثة فاذا هم خمسة جعلت الخمسة كلهم في الثلث لانه اوصى برقيقه كلهم لكنه غلط في عددهم والغلط في العدد لا يمنع استحقاق الكل بالوصية العامة ولو اوصى بثلث ماله لبني عمرو بن حماد وهم سبعة فاذا بنوه خمسة كان الثلث كله لهم لانه جعل الثلث كله لبني عمرو بن حماد ثم وصف بنيه وهم خمسة بانهم سبعة غلطا فيلغوا الغلط ويلحق بالعدم كانه لم يتكلم به لانه لما قال وهم سبعة ولم يكونوا الا خمسة فقد اوصى بخمسة موجودين ولمعدومين ومن جمع بين موجود ومعدوم واوصى لهما يلغوا ذكر المعدوم وتكون الوصية للموجود كما لو قال اوصيت بثلث مالي لعمرو وخالد ابني فلان فاذا احدهما ميت ان الثلث كله للحي منهما كذا هذا وكذلك لو قال لبني فلان وهم خمسة فاذا هم ثلثة او قال وهم سبعة فاذا هم ثلثة او اثنان لما قلنا ولو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان وله ثلث بنين او اثنان كان جميع الثلث لهم لان الثلثة يقال لهم بنون والاثنان في هذا الباب ملحق بالجمع لان الوصية اخت الميراث وهناك الحقت اثنتان بالثلث في حق استحقاق الثلثين كذا هذا ولو كان لفلان ابن واحد استحق نصف الثلث لانه جعل الثلث للبنين والواحد لا ينطلق عليه اسم البنين لغة ولا له حكم الجماعة في باب الوصية والميراث فلا يستحق الكل وانما صرف اليه نصف الثلث لان اقل من يستحق كمال الثلث في هذا الباب اثنان ولو كان معه اخر لصرف اليهما كمال الثلث فاذا كان وحده يصرف اليه نصف الثلث ولو قال قد اوصيت بثلث فلان لابني فلان كما يقال جاني اخوك عمرو وحماد فاذا ليس له الا عمرو كان جميع الثلث له لانه جعل عمروا وحمادا بدلين عن قوله ابني فلان كما يقال جاني اخوك عمرو والبدل عند اهل النحو هو الاعراض عن الاول والاخذ بالثاني فكان المعتبر هو الثاني والاول يلغوا كما اذا قلت جاني اخوك زيد نصير كانك قلت جاني زيد واعتمدت عليه واعرضت عن قولك اخوك الى هذا ذهب الايمة من اهل النحو وهو قول سيبويه واذا كان كذلك صار الموصي معتمدا على قوله عمرو وحماد معرضا عن قوله ابني فلان فصار كانه قال اوصيت بثلث مالي لعمرو وحماد وحماد ليس بموجود ولو كان كذلك تصرف الثلث كله الى عمرو كذا هاهنا والاشكال على هذا ان قوله عمرو وحماد كما يصلح ان يكون بدلا عن قوله ابني فلان يصلح ان يكون عطف بيان والمعتبر في عطف البيان المذكور اولا والثاني يذكر لازالة الجهالة عن الاول كما في قول القايل جاني اخوك زيدا اذا كان في اخوته كثرة كان زيدا مذكورا بطريق عطف البيان لازالة الجهالة المتمكنة في قوله اخوك لكثرة الاخوة بمنزلة النعت واذا كان المعتبر هو المذكور اولا وهو قوله ابني فلان فاذا لم يكن لفلان الا ابن واحد وعمرو فينبغي ان لا يكون الا نصف الثلث والجواب نعم هذا الكلام يصلح لهما جميعا لكن الحمل على ما قلنا اولى لان فيه تصحيح جميع تصرفه وهو تمليكه جميع الثلث وانه اوصى بتمليك جميع الثلث وفي الحمل على عطف البيان اثبات تمليك النصف فكان ما قلناه اولى على ان من شرط عطف البيان ان يكون الثاني معلوما كما في قول القايل جاني اخوك زيد كان زيد معلوما فزال به وصف الجهالة المعترضة في قوله اخوك بسبب كثرة الاخوة وفي مسلتنا الثاني ليس بمعلوم لان اسم حماد ليس له مسمى موجود ليكون معلوما فيحصل به ازالة الجهالة فتعذر حمله على عطف البيان فيجعل بدلا ضرورة ولو قال اوصيت لبني فلان وهم خمسة ولفلان بن فلان بثلث مالي فاذا بنوا فلان ثلثة فان لبني فلان ثلثة ارباع الثلث ولفلان بن فلان ربع الثلث لما ذكرنا ان قوله وهم خمسة اذا كانوا ثلثة فيبقى قوله اوصيت بثلث مالي فلان ولفلان بن فلان فيكون الثلث بينهم ارباعا لحصول الوصية لاربعة فيكون بينهم ارباعا لاستوا كل سهم

فيها ولو قال اوصيت لبني فلان وهم ثلثة بثلث مالي فاذا بنوا فلان خمسة فالثلث لثلاثة منهم لان قوله لبني فلان اسم عام وقوله وهم ثلثة تخصيص اي اوصيت لثلاثة من بني فلان فصح الايصا لثلاثة منهم غير معينين وهذه لا تمنع صحة الوصية لانها محصورة مستدركة ومثل هذه الجهالة لا يمنع صحة الوصية لان تنفيذها ممكن كما لو اوصى لاولاد فلان وكما لو اوصى بثلث ماله وهو مجهول لا يدري كم يكون عند موت الموصي بخلاف ما اذا اوصى لواحد من عرض الناس حيث لم يصح لان تلك الجهالة غير مستدركة وكذا لو اوصى لقبيلة لا يحصون لانه لا يمكن حصرها والخيار في تعيين الثلثة من بنيه الى ورثة الموصي لانهم قايمون مقامه والبيان كان اليه لانه هو المبهم فلما مات عجز عن البيان بنفسه فقام من يخلفه مقامه بخلاف ما اذا اوصى لمواليه حيث لم تصح ولم تقم الورثة مقامه لان هناك تختلف المقصود من الوصية ولا تقف على مقصود الموصي انه اراد به زيادة في الانعام او الشكر والمجازاة احد من الورثة فلا يمكنهم التعيين وهاهنا الامر بخلافه واستشهد محمد رحمه الله لصحة هذه الوصية فقال الا ترى ان رجلا لو قال اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلثة فلان وفلان وفلان فاذا بنوا فلان غير الذين سماهم ان الوصية جايزة لمن سمى لانه خص البعض فكذا هاهنا اوضح محمد رحمه الله جواز تخصيص ثلثة معينين وانه ايضا صحيح ولو قال قد اوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلاثة ولفلان ابن فلان فاذا بنوا فلان خمسة فلفلان بن فلان ربع الثلث لان قوله وهم ثلثة صحيح لما ذكرنا انه تخصيص العام فصار موصيا بثلث ماله لثلثة من بني فلان ولفلان بن فلان فكان فلانا رابعهم فكان له ربع الثلث وثلاثة ارباعه لثلاثة من بني فلان ولو اوصى لرجل بماية ولرجل اخر بماية ثم قال قد اشركتك معهما فله ثلث كل ماية لان الشركة تقتضي التساوي وقد اضافها اليهما فيقتضي ان يستوي كل واحد منهما ولا يتحقق المساواة الا بان ياخذ من كل واحد منهما ثلث ما في يده فيكون لكل واحد ثلثا الماية فتحصل المساواة وان اوصى لرجل باربعماية ولاخر بمايتين ثم قال لاخر قد اشركتك معهما فله نصف ما اوصى لكل واحد منهما لان تحقيق المشاركة بينهم على سبيل الجملة غير ممكن في هذه الصورة لاختلاف الانصبا فيحقق التساوي على طريق الانفراد تحقيقا لمقتضى الشركة بقدر الامكان وكذا لو اوصى لاثنين لكل واحد جارية ثم اشرك فيهما ثالثا كان له نصف كل واحدة منهما لما ذكرنا ان اثبات الاستوا على سبيل الاجتماع غير ممكن ولو قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او مجلس اخر فاجازت الورثة فله ثلث المال لان الموصي اثبت الثلث فيثبت وهو يتضمن السدس فيثبت المتضمن بثبوت المتضمن فيصير كانه اعاد الاول زيادة ولو قال سدس مالي وصية سدس مالي لفلان وانما هو سدس واحد لان الاصل ان المعرفة اذا كورت كان المراد بالثاني هو الاول والسدس هاهنا ذكره معرفا لاضافته اياه الى المال المعرف بالاضافة الى ضمير المتكلم والله اعلم وعلى هذا يخرج ما اذا اوصى بخاتم لفلان وبفصه لفلان اخر وجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلوا اما ان كانت الوصيتان في كلام متصل واما ان كانتا في كلام منفصل فان كانتا في كلام متصل فالحلقة للموصا له بالخاتم والفص للموصا له بالفص بلا خلاف وان كانتا في كلام منفصل فكذلك في قول ابي يوسف وقيل انه قول ابي حنيفة ايضا وقال محمد الحلقة للموصا له بالخاتم والفص بينهما وجه قوله ان الوصية بالخاتم تناولت الحلقة والفص والوصية لاخر بالفص لم يتبين ان الفص لم يدخل واذا كان كذلك بقي الفص داخلا في الوصية بالخاتم فاذا اوصى بالفص لاخر فقد اجتمع في الفص وصيتان فيشتركان فيه وتسلم الحلقة للاول ولابي يوسف ان اسم الخاتم يتناول الفص الذي فيه اما بطريق التضمن لانه جزء من اجزا

الخاتم بمنزلة اسم الانسان انه يتناول جميع اجزايه بطريق التبعية واما بطريق التبعية لكن
عند الاطلاق فاذا افرد البعض بالوصية لاخر تبين انه لم يتناوله حيث لم يجعله منصوصا
عليه او مقصودا بالوصية فبطلت التبعية لان الثابت نصا فوق الثابت ضمنا وتبعا والاصل
في الوصايا انه يقدم الاقوى فالاقوى وصار هذا كما اذا اوصى بعبده لانسان وبخدمته لاخر
ان الرقبة تكون للموصى له الاول والخدمة للموصى له الثاني لما قلنا كذا هنا وبهذا تبين ان هذا
ليس نظير اللفظ العام اذا ورد عليه التخصيص لان اللفظ العام يتناول كل فرد من افراد العموم
بحروفه فيصير كل فرد من افراده منصوصا عليه وههنا كل جزء من اجزا الخاتم لا يصير منصوصا
عليه بذكر الخاتم الا ترى ان كل جزء من اجزا الخاتم لا يسمى خاتما كما لا يسمى كل جزء من اجزا الانسان
انسانا فلم يكن هذا نظير اللفظ العام فلا يستقيم قياسه عليه مع ما ان المذهب الصحيح في العام
انه يحتمل التخصيص بدليل متصل ومنفصل والبيان المتاخر لا يكون نسخا لا محالة بل هو قد
يكون نسخا وقد يكون تخصيصا على ما عرف في اصول الفقه على ان الوصية بالخاتم ان تناولت
الحلقة والفص لكنه لما اوصى بالفص لاخر فقد رجع عن وصيته بالفص للاول والوصية
عقد غير لازم ما دام الموصي حيا فيحتمل الرجوع الا ترى انه الرجوع عن كل ما اوصى به ففي البعض
اولى فيجعل رجوعا في الوصية بالفص للموصى له بالخاتم وعلى هذا اذا اوصى بهذه الامة لفلان وبما
في بطنها لاخر او اوصى بهذه الدار لفلان وببناها لاخر او اوصى بهذه القوصرة لفلان وبالتمر الذي
فيها لفلان لاخر انه ان كان موصولا كان لكل واحد منهما ما اوصى له به بالاجماع وان كان موصولا
فعلى الاختلاف الذي ذكرنا ولو اوصى بهذا العبد لفلان وبخدمته لفلان اخر او اوصى بهذه الدار
لفلان وبسكناها لفلان اخر او بهذه الشجرة لفلان وبثمرتها لاخر او بهذه الشاة لفلان وبصوفها
لاخر فلكل واحد ما سمي له بلا خلاف سوا كان موصولا او مفصولا لان اسم العبد لا يتناول
الخدمة واسم الدار لا يتناول السكنى واسم الشجرة لا يتناول الثمر لا بطريق العموم ولا بطريق
التضمن لان هذه الاشيا ليست من اجزا العين الا ان الحكم متى ثبت في العين يثبت فيها بطريق
التبعية لكن اذا لم يفرد التبع بالوصية فاذا افردت صارت مقصودة بالوصية فلم تبق
تابعة فيكون لكل واحد منهما ما اوصى له به او نجعل الوصية الثانية رجوعا عن الوصية بالخدمة
والسكنى والثمر والوصية تقبل الرجوع وهذه المسايل حجة ابي يوسف في المسلة الاولى ولو
ابتدا بالتبع في هذه المسايل ثم ثنى بالاصل بان اوصى بخدمة العبد لانسان ثم بالعبد لاخر او
اوصى بسكنى هذه الدار لانسان ثم بالدار لاخر او بالثمر لانسان ثم بالشجرة لاخر فان ذكر
موصولا فلكل واحد منهما ما اوصى له به وان ذكر مفصولا فالاصل للموصى له بالاصل والتبع بينهما
نصفان لان الوصية الثانية تناولت الاصل والتبع فقد اجتمع في التبع وصيتان فيشتركان
فيه ويسلم الاصل لصاحب الاصل وهذا حجة محمد في المسلة المتقدمة ولو اوصى بعبده لانسان
ثم اوصى بخدمته لاخر ثم اوصى له بالعبد بعدما اوصى له بالخدمة او اوصى بخاتمه لانسان ثم
اوصى بفصه لاخر ثم اوصى له بالخاتم بعدما اوصى له بالفص او اوصى بجارية لانسان ثم اوصى بولدها
لاخر ثم اوصى له بالجارية بعدما اوصى له بولدها فالاصل والتبع بينهما نصفان نصف العبد لهذا
ونصفه للاخر ولهذا نصف خدمته وللاخر نصف خدمته وكذا في الجارية مع ولدها والخاتم
مع الفص لان الوصية لاحدهما بالاصل وصية بالتبع وبطل حكم الوصية بالتبع بانفراده وصار
كانه اوصى لكل واحد بالاصل والتبع نصا ولو كان كذلك لاشتركا في الاصل والتبع كذا هذا
وان كان اوصى للثاني بنصف العبد يقسم العبد بينهما اثلاثا وكان للثاني نصف الخدمة لانه
اوصى له بنصف العبد بطلت وصيته في خدمة ذلك النصف لدخولها تحت الوصية بنصف العبد

تبقت وصيته بالخدمة في النصف الاخر وذكر ابن سماعة ان ابا يوسف رجع عن هذا وقال
اذا اوصى بالعبد لرجل واوصى بخدمته لاخر ثم اوصى برقبة العبد ايضا لصاحب الخدمة فان
العبد بينهما والخدمة كلها للموصى له بالخدمة لان افراده بالوصية بالخدمة وقع صحيحا فلا يبطل
بالوصية بالرقبة فصار الموصى له الثاني موصى له بالرقبة والخدمة على الانفراد فيستحق نصف
الرقبة لمساواته صاحبه في الوصية بها وينفرد بالوصية بالخدمة وقال لو اوصى لرجل بامة
تخرج من الثلث واوصى لاخر بما في بطنها واوصى بها ايضا للذي اوصى له بما في البطن فالامة بينهما
نصفان والولد كله للذي اوصى به له خاصة لا يشركه فيه صاحبه لما ذكرنا انهما تساويا في استحقاق
الرقبة وانفرد صاحب الولد بالوصية به خاصة ولو اوصى بالدار لرجل واوصى ببيت فيها بعينه
لاخر كان البيت بينهما بالحصص وكذا لو اوصى بالف درهم بعينها لرجل واوصى بماية منها لرجل
اخر كانت تسعماية لصاحب الالف والماية بينهما نصفان لان اسم الدار يتناول البيوت
التي فيها بطريق الاصالة لا بطريق التبعية وكذا اسم الالف يتناول كل ماية منها بطريق الاصالة
فكان كل واحد منهما اصلا في كونه موصى به فيكون بينهما وهذا مما لا خلاف فيه وانما الخلاف
في كيفية القسمة فعند ابي حنيفة على طريق المنازعة وعند ابي يوسف على طريق المضاربة فيقسم
على احد عشر لصاحب الماية جزء من احد عشر في الماية ولصاحب الالف عشرة اجزا في جميع الالف
وكذلك الدار والبيت ولو اوصى ببيت بعينه لرجل وببنايه لاخر كان البنا بينهما بالحصص
لان البيت لا يسمى بيتا بدون البنا فكان وصية الاول متناولة للبنا بطريق الاصالة فيشارك
الموصى له بالبنا فيه بخلاف الوصية بدار لانسان وببناها لاخر انهما لا يشتركان في البنا بل
تكون العرصة للموصى له بالدار والبنا للاخر لان اسم الدار لا يتناول البنا بطريق الاصالة بل
بطريق التبعية ان الدار اسم للعرصة في اللغة والبنا فيها تبع بدليل انها تسمى دارا بعد زوال البنا
فكان دخول البنا في الوصية بالدار من طريق التبعية فكانت العرصة للاول والبنا للثاني
والله اعلم واما الرجوع الثابت من طريق الضرورة فنوعان احدهما ان يتصل بالعين الموصى
به زيادة لا يمكن تسليم العين بدونها كما اذا اوصى بسويق ثم لته بالسمن لان الموصى به
اتصل بما ليس بموصى به بحيث لا يمكن تسليمه بدونه لتعذر التمييز بينهما فيثبت الرجوع
ضرورة وكذا اذا اوصى بدار ثم بنا فيها او اوصى بقطن ثم حشا به جبة او اوصى ببطانة ثم
بطنها او بظهارة ثم ظهر بها لانه لا يمكن تسليم الموصى به الا بتسليم ما اتصل به ولا يمكن تسليمه
الا بالنقض ولا سبيل الى التكليف بالنقض لانه تصرف في ملك نفسه فجعل رجوعا من طريق
الضرورة ويمكن اثبات الرجوع في هذه المسايل من طريق الدلالة ايضا لان اتصال الموصى به
بغيره حصل بصنع الموصي فكان تعذر التسليم مضافا الى فعله فكان رجوعا منه دلالة
والثاني ان يتغير الموصى به بحيث يزول معناه واسمه سوا كان التغيير الى الزيادة او الى
النقصان كما اذا اوصى لانسان بكفرى هذا النخل ثم لم يمت الموصي حتى صار بسرا او اوصى له بهذا
البسر ثم صار رطبا او اوصى بهذا العنب فصار زبيبا او بهذا السنبل فصار حنطة او بهذا
القصيل فصار شعيرا او بالحنطة المبذورة في الارض فنبتت وصارت بقلا او بالبيضة
فصارت فرخا او نحو ذلك ثم مات الموصي بطلت الوصية لان الموصى به صار شيا اخر لزوال
معناه واسمه فتعذر تنفيذ الوصية فيما اوصى به فيثبت الرجوع ضرورة هذا اذا تغير
الموصى قبل موت الموصي فاما اذا تغير بعد موته فحكمه يذكر في بيان ما تبطل به الوصية ان شا
الله تعالى ولو اوصى برطب هذا النخل فصار بسرا فالقياس ان تبطل الوصية لتغير الموصى به
وهو الرطب من الرطوبة الى اليبوسة وزوال اسمه وفي الاستحسان لا تبطل لان معنى الذات

لم يتغير من كل وجه بل بقي من وجه الا تري ان غاصبا لو غصب رطب انسان فصار تمرا في يده لا ينقطع حق المالك بل يكون له الخيار ان شا اخذه تمرا وان شا ضمنه رطبا مثل رطبه

فصل

واما بيان حكم الوصية فالوصية في الاصل نوعان وصية بالمال و وصية بفعل متعلق لا يتحقق بدون المال اما الوصية بالمال فحكمها ثبوت الملك في المال الموصي به للموصا له والمال قد يكون عينا وقد يكون منفعة ويتعلق بالملك في كل واحد منهما احكام اما ملك العين فحكم مطلق ملكه وحكم ساير الاعيان المملوكة بالاسباب الموضوعة لها سوا كالبيع والهبة والصدقة ونحوها فيملك الموصا له التصرف فيها بالانتفاع بعينها والتمليك من غيره بيعا وهبة ووصية لانه ملك بسبب مطلق فيظهر في الاحكام كلها ويظهر في الزوايد المتصلة والمنفصلة الحادثة بعد موت الموصي سوا حدثت بعد القبول الموصا له او قبل قبوله بان حدثت ثم قبل الوصية اما بعد القبول فظاهر لانها حدثت بعد ملك الاصل وملك الاصل يوجب ملك الزيادة واما قبل القبول فلان الملك بعد القبول يثبت من وقت الموت لان الكلام السابق صار سببا لثبوت الملك في الاصل وقت الموت لكونه مضافا الي وقت الموت فصار سببا عند الموت فاذا قبل يثبت الملك فيه من ذلك الوقت لوجود السبب في ذلك الوقت كالجارية المبيعة في بيع بشرط الخيار للمشتري اذا ولدت في مدة الخيار ثم اجاز المشتري البيع انه يملك الولد لما قلنا كذا هذا وكانت الزوايد للموصا له موصا بها حتي يعتبر خروجها من الثلث لان الملك فيها بواسطة ملك الاصل مضاف الي الكلام السابق كانها كانت موجودة في ذلك الوقت وهل يكون موصا بها بعد القبول قبل القسمة لم يذكر في الاصل واختلف فيه قال بعضهم لا يكون حتي لا يعتبر فيها الثلث ويكون من جميع المال كما لو حدثت بعد القسمة لانها حدثت بعد ملك الاصل وقال عامتهم تكون لان ملك الاصل وان ثبت لكنه لم يتاكد بدليل انه لو هلك ثلث التركة قبل القسمة وصارت الجارية بحيث لا تخرج من ثلث المال كانت له الجارية بقدر ثلث الباقي ويستوي فيه ذكر من الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل او في معني المتولد كالولد والارش والعقر وما لم يكن متولدا من الاصل اصلا كالكسب والغلة فرق بين الوصية وبين البيع حيث الحق الكسب والغلة بالولد في الوصية ولم يلحقها في البيع والفرق ان الكسب والغلة بدل المنفعة والمنفعة تملك بالوصية مقصودا فكذا بدلها بخلاف البيع ثم اذا صارت الزوايد موصا بها حتي يعتبر خروجها من الثلث فان كانت الزيادة مع الجارية الجارية مع الزيادة يخرجان من الثلث يعطيان الموصا له وان كانا لا يخرجان جميعا من الثلث فعند ابي حنيفة يعطي الموصا له الجارية اولا من الثلث فان فضل من الثلث شي يعطي من الزيادة بقدر ما فضل وعند ابي يوسف ومحمد يعطي الثلث منهما جميعا بالحصص وجه قولهما ان الزيادة اذا صارت موصا بها صارت كالموجودة عند العقد فيعطي الثلث منهما جميعا اكثر ما في الباب ان فيه تغيير حكم العقد في الاصل بسبب الزيادة لكن هذا جايز كما في الزيادة المتصلة ولابي حنيفة ان القبول بانقسام الثلث علي الاصل والزيادة اضرارا بالموصا له من غير ضرورة وهذا لا يجوز بيان ذلك ان حكم الوصية في الاصل قبل حدوث الزيادة كان سلامة كل الجارية للموصا له وبعد الانقسام لا تسلم الجارية له بل تصير مشتركة والشركة في الاعيان عيب خصوصا في الجواري فيتضرر الموصا له ولا ضرورة الي الحاق هذا الضرر به لامكان تنفيذ الوصية في الاصل بدون الزيادة بخلاف الزيادة المنفصلة فان هناك ضرورة لتعذر تنفيذ الوصية في الاصل بدون الزيادة لعدم امكان التمييز فمست الضرورة الي التنفيذ فيهما من الثلث واما الزوايد الحادثة قبل موت الموصي فلا يملكها الموصا له لانها حدثت قبل ملك الاصل وقبل انعقاد سبب الملك لان الكلام السابق انما يصير سببا عند الموت فاذا مات الموصا ملكها الورثة والله سبحانه وتعالي

الموفق

الموفق واما ملك المنفعة بالوصية اليها مقصودا فيتعلق به احكام مختلفة فنذكرها فنقول وبالله التوفيق ان الملك في المنفعة يثبت موقتا لا مطلقا فان كانت الوصية موقتة الي مدة تنتهي بانتهاء المدة وتعود ملك المنفعة الي الموصا له بالرقبة ان كان قد اوصي بالرقبة الي انسان وان لم يكن تعود الي ورثة الموصي وان كانت مطلقة تثبت الي وقت موت الموصا له بالمنفعة ثم تنتقل الي الموصا له بالمنفعة بالرقبة ان كان هناك موصا له بالرقبة وان لم يكن تنتقل الي ورثة الموصي وليس للموصا له بالخدمة والسكني ان يواجر العبد او الدار من غيره عندنا وعند الشافعي ذلك وجه قوله ان الموصا له بالمنفعة قد ملك المنفعة فهو كالمستاجر له ان يواجر من غيره كذا هذا ولهذا ملك الاعارة كذا الاجارة ولنا ان الثابت له للموصي له بالسكني والخدمة ملك المنفعة بغير عوض فلا يحتمل التمليك بعوض كالملك الثابت للمستعير بالاعارة حتي لا يملك الاجارة كذا هنا ولو اوصي بغلة الدار والعبد فاراد ان يسكن بنفسه او يستخدم العبد بنفسه هل له ذلك لم يذكر في الاصل واختلف فيه المشايخ قال ابو بكر الاسكاف له ذلك وقال ابو بكر الاعمش ليس له ذلك وهو الصحيح لانه اوصي له بالغلة لا بالسكني والخدمة وليس له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون اهل الموصا له في غير الكوفة فله ان يخرجه الي اهله ليخدمه هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية بالخدمة تقع علي الخدمة المعهودة المتعارفة وهي الخدمة عند اهله فكان ذلك مادونا فيه دلالة ولان لصاحب الرقبة حق الحفظ والصيانة وانما يمكنه اذا كانت الخدمة بحضرته هذا اذا كان العبد يخرج من الثلث فان كان لا يخرج من الثلث فليس له ان يخرجه الي مصر اخر لانه اذا لم يكن له مال اخر سواه يخدم الموصا له يوما والورثة يومين فيكون كالعبد المشترك فلا يملك اخراجه لما في الاخراج من ابطال حق الورثة وما وهب للعبد او تصدق به عليه او اكتسبه فهو لصاحب الرقبة لان ذلك مال العبد والعبد في الحقيقة لصاحب الرقبة فكان كسبه له قال رسول الله صلي الله عليه وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبايع الا ان يشترطه المبتاع ولو كان مكان العبد امة فولدت ولدا فهو لصاحب الرقبة لانه متولد من الرقبة والرقبة له ولانه اوصي له بخدمة شخص واحد فلا يستحق خدمة شخصين ونفقة العبد وكسوته علي صاحب الخدمة ان كان العبد كبيرا لان منفعته له فكانت النفقة والكسوة عليه اذ الخراج بالضمان ولهذا كانت نفقة العبد المستعار علي المستعير كذا هذا بخلاف العبد الرهن ان نفقته علي الراهن لا علي المرتهن لان منفعته للراهن الا تري انه لو هلك يسقط عنه من الدين بقدره وكذا له ان يفتكه في اي وقت شا فينتفع به وان كان العبد صغيرا يخرج من الثلث فنفقته علي صاحب الرقبة الي ان يدرك الخدمة ويصير من اهلها لانه لا منفعة لصاحب الخدمة للحال ومنفعة النما والزيادة لصاحب النفقة عليه حتي يبلغ الخدمة فاذا بلغ الخدمة فنفقته علي صاحب الخدمة لان المنفعة تحصل له وعلي هذا اذا اوصي بغلة نخله ابدا الرجل ولاخر برقبتها ولم تدرك او لم تحمل فالنفقة في سقيها والقيام عليها علي صاحب الرقبة فاذا اثمرت فالنفقة علي صاحب الغلة لانها اذا لم تدرك او لم تحمل فصاحب الغلة لا ينتفع بها فلا يكون عليه نفقتها وكانت علي صاحب الرقبة لاصلاح ملكه الي ان يثمر فاذا اثمرت فقد صارت منتفعا بها في حق صاحب الغلة فكانت عليه نفقتها فان حملت عاما واحدا ثم حالت ولم تحمل شيا فالقياس ان لا يكون عليه نفقتها في العام الذي حالت عليه لانه لا ينتفع بها فيه وفي الاستحسان عليه نفقتها لان بانعدام حملها عاما لا تعد منقطعة المنفعة لان من الاشجار ما لا يحمل كل عام ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونما وكذا الاشجار لا يخرج الا في بعض فصول السنة ولا يعد ذلك انقطاع النفع بل يعد نفعا ونما حتي كانت نفقتها علي الموصا له بالغلة فكذا هذا فان لم ينفق الموصا له بالغلة وانفق صاحب الرقبة عليها حتي حملت فانه يستوفي نفقته

الرقبة فكانت صح

من ذلك الحمل وما يبقي من الحمل فهو لصاحب الغلة لانه فعل ذلك مضطرا لاصلاح ملك نفسه ودفع الفساد
عن ماله فلم يكن الفساد متبرعا فله ان يرجع فيما حملت لانه انما حصل منه الفايدة بسبب نفقته
ولو هلكت الغلة قبل ان تصل الي صاحب الغلة ليس له ان يرجع عليه بما انفق لان هذا ليس بدين
واجب عليه وانما هو شي يفتي به ولا يقضي ولو جنا العبد جناية فالفدا علي صاحب الخدمة لان منفعة
الرقبة له فكان الفدا عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان وصار كعبد الرهن اذا جني
جناية ان الفدا علي المرتهن لانه هو المنتفع به بحبسه بدينه او يقال ان الفدا علي صاحب الرقبة
لان الجناية حصلت من الرقبة حقيقة والرقبة له ولكن يقال لصاحب الخدمة ان حقك يفوت
لو فدا صاحب الرقبة او دفع فان اردت ان تحيي حقك فافد وهكذا يقال للمرتهن في العبد الرهن
اذا جني لان الرقبة للراهن فاذا فدا صاحب الخدمة فقد طهر عن الجناية فتكون الخدمة علي حالها
وان ابي ان يفدي يقال لصاحب الرقبة ادفعه او افده لان الرقبة له واي شي اختاره بطل حق
صاحب الخدمة في الخدمة اما اذا دفع فلا شك فيه بطل ملك الموصا له بالخدمة بالدفع فلا
يستحق الخدمه علي ملك غيره وكذلك اذا فدا لانه يصير كالمشتري منهم الرقبة فيتجدد الملك
فيبطل حكم الملك الاول فيه فان مات صاحب الخدمة وقد فدا قبل ذلك بطلت وصيته لما
ان المنفعة بالوصية بمنزلة ملك المستعير والعارية تبطل بموت المستعير لان المعير
ملك المنفعة منه لا من غيره كذا ههنا ويقال لصاحب الفدا والي ورثته الكفي الذي فدي
لانه تبين ان الفدا كان عليه لا علي صاحب الخدمة لانه انما التزم ذلك علي ظن ان منفعة
الرقبة اليه ومتي ظهر انه مصروف علي غيره فتبين انه تحمل عن غيره وهو صاحب الرقبة احيا
لملكه وهو مضطر فيه فيرجع عليه وليس لصاحب الرقبة ان ينتفع به ما لم يدفع اليهم ما دفع
صاحب الخدمة من الفدا فان ابي صاحب الرقبة دفع ذلك الفدا الي ورثة صاحب الخدمة بيع
العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عنقه لان هذا الدين وجب بسبب كان في رقبته فصار
كساير الديون ولو لم يجن العبد ولكن قتله رجل خطا فعلي عاقلة القاتل قيمته يشتري بها عبد
يخدم صاحب الخدمة لان البدل يقوم مقام المبدل كالعبد الرهن اذا قتل في يد المرتهن وغرم
القاتل قيمته يكون رهنا مكانه بخلاف العبد المستاجر اذا قتل وغرم القاتل القيمة انه لا يشتري
بها عبد اخر حتي يستعمله المستاجر لان القاتل يغرم القيمة دراهم او دنانير والدراهم والدنانير
لا يجوز استيناف عقد الاجارة عليها فلا يبقي عليها العقد فتبطل ويجوز استيناف عقد الوصية
علي الدراهم والدنانير فجاز ان يبقي عليها فيشتري بها عبد اخر يقوم مقام الاول وان كان القتل
عمدا فلا قصاص علي القاتل الا ان يجتمع علي صاحب الرقبة وصاحب الخدمة لان لصاحب الرقبة ملكا
ولصاحب الخدمة حق يشبه الملك فصار كعبد بين شريكين قتل عمدا انه لا ينفرد احدهما باستيفا
القصاص كذا هذا فان اختلفا في ذلك بان طلب احدهما القصاص ولم يطلب الاخر القصاص سقط القصاص
للشبهة وصار مالا فصار بمعني الخطا فيشتري به عبد الخدمة كما لو كان القتل خطا ولو فقا رجل
عينيه او قطع يديه دفع اليه العبد واخذ قيمته صحيحا واشتري به عبدا مكانه لان فقا العينين
وقطع اليدين بمنزلة استهلاكه الا انه مما يصلح خراجا بضمان فيضمن قيمته ويأخذ خراجا
بضمانه ثم يفعل بالقيمة ما وصفنا وهو ان يشتري بها عبدا يخدمه ولو قطعت يده او فقئت
عينه او شج موضحة فادي الفاعل ارش ذلك فهذا علي وجهين اما ان كانت الجناية تنقص الخدمة
واما ان كانت لا تنقص فان كانت تنقص فان اتفق الموصا له بالرقبة والموصا له بالخدمة علي ان
يشتريا بالارش عبدا بان كان الارش يبلغ قيمة عبد حتي يبلغ الموصا له بالخدمة مع العبد الاول
فعلا ذلك وجاز وان اتفقا علي ان يباع هذا العبد ويضم قيمته الي ذلك الارش فاشتريا بهما عبدا اخر

جاز ايضا لان الجناية اذا كانت تنقص كان لكل واحد منهما حق في ذلك الارش فكان لهما ان يتفقا
علي احد هذين الشيين وان اختلفا ولم يتفقا فلا يباع العبد الموصا به لان لكل واحد منهما حق فلا
يباع الا برضاهما ويشتري بالارش عبد يخدمه حتي يقوم مقامه مقام الجزء الفايت فان لم يوجد
عبد يوقف ذلك حتي يصطلحا عليه فان اصطلحا علي ان يقسماه نصفين جاز لان الحق لهما فاذا
اقتسماه جاز ذلك وان لم يصطلحا لا يقضي القاضي بشي ولكن يوقف ذلك المال وان كانت الجناية
لا تنقص الخدمة فوصيته علي حالها والارش لصاحب الرقبة لان الارش بدل لجزء من اجزاء الرقبة
فيكون لمالك الرقبة ولو كان لرجل ثلثة اعبد فاوصي برقبة احدهم لرجل واوصي بخدمة اخر
لرجل اخر ولا مال لهم غيرهم وقيمة الذي اوصي به خمسماية وقيمة الذي اوصي برقبته ثلاثماية وقيمة
الباقي الف درهم فالثلث بينهما علي ثمانية اسهم والاصل ان الوصية بالخدمة تعتبر من الثلث
كالوصية بالرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس الرقبة عن الوارث فيعتبر من الثلث
واذا عرف هذا فجميع مال الميت الف وثمانماية درهم وثلثها ستماية وجميع سهام الوصايا ثمانماية
فازدادت سهام الوصايا علي ثلث المال مايتين وذلك بالنسبة الي سهام الوصايا ربعها فينتقص
من وصية كل واحد منهما مثل ربعها وينفذ في ثلثة ارباعها فيكون ثلثة ارباع وصيتهما
وثلث المال سوا فاما قيمة العبد الموصي برقبته فثلثماية فينتقص منه ربعها وذلك
خمسة وسبعون وتنفذ الوصية في ثلثة ارباعها وذلك مايتان وخمسة وعشرون
وقيمة الموصي بخدمته خمسماية فينتقص منها ربعها وذلك ماية وخمسة وعشرون وتنفذ
الوصية في ثلثة ارباعها وذلك ثلثماية وخمسة وسبعون من العبد الموصي برقبته وبقي مايتان
وخمسة وعشرون من العبد الموصي بخدمته تضم الي العبد الباقي وقيمته الف درهم
فصار الفا ومايتين وذلك ثلثا المال فاستقام علي الثلث والثلثين فاذا نفذت الوصية
في ثلثة ارباع العبد الموصي بخدمته يخدم الموصا له ثلثة ايام والورثة يوما واحدا فان مات
صاحب الخدمة استكمل صاحب الرقبة عبده كله لان وصية صاحب الخدمة قد بطلت بموته
وبقيت وصية صاحب الرقبة وهي تخرج من الثلث فيكون له وكذلك ان مات العبد الذي
كان يخدمه كان العبد الاخر كله لصاحب الرقبة لان التوزيع والتقسيم انما كان بينهما لثبوت
حقهما فاذا ذهب احدهما صار كله اوصي له وحده فتعتبر من الثلث وهي تخرج من الثلث
ولو كانت قيمة العبيد سوا كان لصاحب الخدمة نصف خدمة العبد ولصاحب الرقبة
نصف رقبة الاخر لان قيمة العبد خمسماية وقيمة العبدين اللذين اوصي بهما الف درهم
قيمة كل واحد خمسماية فصار ثلث ماله خمسماية فيقسم الثلث بينهما فصح من وصية كل واحد
نصفها فيكون لصاحب الرقبة نصف الرقبة وللموصا له بالخدمة نصف الخدمة يخدمه يوما
والورثة يوما وانما يضرب صاحب الخدمة كما يضرب صاحب الرقبة لما ذكرنا انه اوصي بحبس
الرقبة عن الوارث فكانه اوصي بالتمليك لانقطاع حق الورثة فهي بالوصية والتمليك سوا
ولو اوصي بالعبيد كلهم لصاحب الرقبة وبخدمة احدهم لصاحب الخدمة لم يضرب صاحب
الرقاب الا بقيمة واحد منهم ويضرب الاخر بخدمة الاخر فيكون كالباب الذي قبله وهذا
قول ابي حنيفة لان الموصا له بالرقاب في الحكم كانه اوصي له برقبتين لان العبد الذي اوصي
بخدمته لغيره هو ممنوع لانه مشغول بحق غيره فما دام مشغولا جعل كانه لم يوص له به
ومن اصل ابي حنيفة ان الموصا له باكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالموصي له بالعبدين
ههنا لا يضرب الا بالثلث وهو عبد واحد والموصا له بالخدمة يضرب ايضا بعبد
واحد فيصير الثلث بينهما نصفين لكل واحد منهما نصف الرقبة فالذي اوصي له بالعبدين

له نصف العبد في العبدين لان حقه في العبدين فيكون له من كل عبد ربعه والموصا له بالخدمة
نصف العبد الذي اوصي له بخدمته يخدم للموصا له يوما وللورثة يوما كما في الفصل الاول واما
علي قولهما الموصا له بالرقاب يضرب بالعبدين والموصا له بخدمة العبد يضرب بعبد واحد
فيصير الثلث بينهما اثلاثا سهمان لصاحب الرقاب وسهم لصاحب الخدمة فلما صار الثلث علي
ثلثة صار الثلثان علي ستة والجميع تسعة كل عبد ثلثة اسهم وللموصا له بالرقاب سهمان في
العبدين من كل رقبة سهم وللموصا له بالخدمة سهم في العبد الذي له بخدمته يخدم العبد
الموصا به للموصا له بالخدمة يوما وللورثة يومين تحصل له ثلثة اسهم وللورثة ستة اسهم
ولو كانوا يخرجون من الثلث كان لصاحب الرقبة ما اوصي له به ولصاحب الخدمة ما اوصي له به
لان كل واحد منهما يصل الي تمام حقه ولو لم يكن له مال غيرهم فاوصي بثلث كل عبد منهم لفلان
واوصي بخدمة احدهم لفلان فانه يقسم الثلث بينهما علي خمسة اسهم لصاحب الخدمة ثلثة
اخماس الثلث في خدمة ذلك العبد يخدمه ثلثة ايام ويخدم الورثة يومين فيكون للاخر
خمس الثلث في العبدين الباقيين في كل واحد منهما خمس رقبة وجه ذلك ان الموصا له بالرقاب
لاحق له في العبد الذي اوصي بخدمته ما دام الموصي له باقيا فصار كانه اوصي بخدمة احدهم
لرجل وبثلث العبدين الاخرين لاخر فاجعل كل ثلث سهما فيضرب صاحب الرقبة بثلث كل عبد
وصاحب الخدمة بالجميع وذلك ثلثة اسهم فاجعل ثلث المال علي خمسة فيقسم بينهما لصاحب الرقبة
سهمان في كل عبد من العبدين سهم ولصاحب الخدمة ثلثة اسهم في العبد الموصا له بخدمته
فيخدمه ثلثة ايام وللورثة يومين فجميع ما حصل للموصا لهما خمسة اسهم سهمان للموصا له
بالرقبة وثلثة اسهم للموصا له بالخدمة وجميع ما حصل للورثة عشرة اسهم ثمانية اسهم في العبدين
في كل عبد اربعة وسهمان من العبد الموصا له بالخدمة فاستقام علي الثلث والثلثين ولو كان
اوصي بثلث ماله لصاحب الرقاب وبخدمة احدهم بعينه لصاحب الخدمة ولا مال له غيرهم
قسم الثلث بينهما نصفين ووجه ذلك ان العبد الموصا بخدمته اجتمع فيه وصيتان وصية
بجميعه ووصية بثلثه لانه اوصي بثلث ماله وخدمة العبد مال الا تري ان من اوصي لاخر بخدمة
عبده اعتبر ذلك من الثلث بخلاف ما ذكرنا في المسلة انه اذا اوصي له بثلث الرقاب ان الموصا له
بالرقاب لاحق له في العبد الذي اوصي بخدمته ما دام الموصا له باقيا لانه اوصي له بالرقبة والخدمة
ليست من الرقبة في شي وهاهنا اوصي بالمال والخدمة مال فكذلك قلنا انه اذا اجتمع في العبد الموصا
بخدمته وصيتان وصية بجميعه ووصية بثلثه فالثلثان لصاحب الخدمة بلا منازعة والثلث
بينهما نصفان فيجعل العبد علي ستة اسهم هو اربعة اسهم خلت عن صاحب الثلث وسلمت لصاحب
الخدمة خمسة اسهم ولصاحب الثلث سهم فاذا صار هذا العبد علي ستة اسهم صار العبدان
الاخران علي اثني عشر فثلثها اربعة ضمه الي ستة فيصير عشرة فهذه جملة وصاياهم هذا ثلث المال
وثلثاه مثلاه عشرون وجميع المال ثلثون فيتبين ان كل عبد عشرة فالعبد الموصي بخدمته صار
عشرة يخدم الموصا له بخدمته خمسة ايام وللورثة اربعة ايام ويخدم صاحب الثلث يوما
ولصاحب الثلث من العبدين الاخرين اربعة اسهم فتصير الوصية عشرة ستة في العبد
الموصي بخدمته واربعة اسهم في العبدين الباقيين وللورثة عشرون في كل عبد من الباقيين
ثمانية واربعة من العبد الموصي بالخدمة فاستقام علي الثلث والثلثين وهذا قول ابي حنيفة
رحمه الله واما قولهما فانما يسلكان مسلك العول فالعبد الذي اوصي بخدمته اجتمع فيه وصيتان
وصية بجميعه ووصية بثلثه ومخرج الثلث ثلثة فصاحب الجميع يضرب بالجميع ثلثة وصاحب
الثلث يضرب بالثلث سهم فصار هذا العبد علي اربعة صار العبدان الاخران كل واحد منهما

علي ثلثة

علي ثلثة بغير عول لانه لا حاجة الي العول في ذلك فالثلث بينهما سهمان ضمه الي اربعة فيصير ستة
فاجعل هذا ثلث المال وثلثاه مثلاه اثني عشر والجميع ثمانية عشر فتبين ان العبد الموصا بخدمته
صار ستة يخدم صاحب الخدمة ثلثة ايام وللاخر يوما وللورثة يومين وللموصا له بالثلث
من العبدين الاخرين سهمان فصارت الوصية ستة اربعة اسهم في الموصا له بخدمته وسهمان
في العبدين وللورثة اثني عشر سهمان في العبد الموصا بخدمته وعشرة اسهم في العبدين فاستقام
علي الثلث والثلثين ولو اوصي بخدمة عبده لرجل وبغلته لاخر وهو يخرج من الثلث فانه يخدم صاحب
الخدمة شهرا وعليه طعامه ولصاحب الغلة شهرا وعليه طعامه وكسوته عليهما نصفان وانما
كان كذلك لانه اوصي لكل واحد واحد منهما بجميع الرقبة لان الوصية بالخدمة وصية بحبس
الرقبة لانه لا يمكن الاستخدام الا بعد حبسها والوصية بالغلة ايضا وصية بالرقبة لانه لا يمكن
استغلاله الا بعد حبس الرقبة فقد اوصي لكل واحد منهما بجميع الرقبة وحظهما سوا فيخدم
هذا شهرا ويستغله الاخر شهرا لان العبد مما لا يمكن قسمته بالاجزا فيقسم بالايام وطعامه
مدة الخدمة علي صاحب الخدمة لانه هو الذي ينتفع به دون صاحب الغلة والنفقة علي من
تحصل له المنفعة وفي مدة الغلة علي صاحب الغلة لان منفعته في تلك المدة تحصل له واما الكسوة
فعليهما جميعا لان الكسوة لا تتقدر بهذه المدة لانها تبقي اكثر من هذه المدة ولا يتجدد الحاجة
اليها بانقضا هذا القدر من المدة كما يتجدد الي الطعام في كل وقت وهما فيه سوا فكانت الكسوة
عليهما لهذا المعني فان جني العبد جناية قيل لهما افدياه لان منفعته لهما وان ابيا الفدا
ففداه الورثة بطلت وصيتهما فيخاطبان به كما يخاطب به المرتهن في العبد المرهون فان
فدياه كانا علي حالهما وان ابيا ففداه الورثة بطلت وصيتهما لانه لما ابيا الفدا فقد رضيا
بهلاك الرقبة فبطل حقهما والله اعلم ولو اوصي لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم ولاخر
بثلث ماله ولا مال له غير العبد فان ثلث المال بينهما نصفين في قول ابي حنيفة لانه اوصي للموصا له
بالغلة بجميع الرقبة اذ لا يمكن استيفا ذلك من غلته في كل شهر الا بحبس الرقبة والمذهب
عند ابي حنيفة ان الموصا له باكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فالثلث يكون بينهما لكل واحد
منهما السدس ويخرج الحساب من ستة فالثلث وذلك سهمان يكون بينهما سهم لصاحب
الثلث يعطي له من الرقبة وسهم لصاحب الغلة يستغل وحسبت غلته عليه وينفق عليه منها كل
شهر درهما لانه هكذا اوصي واربعة اسهم من الرقبة للورثة فان مات الموصا له بالغلة وقد
بقي من الغلة شي رد ذلك الي صاحب الرقبة وكذلك ما حبس له من الرقبة يرد علي صاحب الرقبة
لانه بطلت وصيته بموته فيرجع ذلك الي صاحب الرقبة وعلي قولهما يقسم الثلث بينهما علي اربعة
صاحب الغلة يضرب بالجميع ثلثة وصاحب الثلث يضرب بالثلث سهم ولو اوصي لرجل بغلة
دار ولاخر بعبد ولاخر بثوب فهذه المسلة علي وجهين اما ان تخرج هذه الاشيا كلها من
الثلث او لا تخرج من الثلث فان كانت تخرج من الثلث اخذ كل واحد ما اوصي له به لانه اوصي
بالجميع والوصية بغلة الدار وصية بحبس رقبتها علي ما بينا وان كانت لا تخرج من الثلث
لكن الورثة ان اجازوا فكذلك وان لم تجز الورثة ضرب كل واحد منهم بقدر حقه الا ان تكون
لم وصية احدهم تزيد علي الثلث فلا يضرب بالزيادة علي قول ابي حنيفة رحمه الله تعالي
واذا مات صاحب الغلة بطلت وصيته وقسم الثلث بين ما بقي منهم لما ذكرنا ولو اوصي
بغلة دار لرجل وبسكناها لاخر وبرقبتها لاخر وهي الثلث فهدمها رجل بعد موت الموصي غرم
قيمة ما هدمه من بنائها ثم تبني مساكن كما كانت فتواجر فياخذ غلتها صاحب الغلة ويسكنها
الاخر لان الوصية بالغلة والسكني لا تبطل بهدم الدار لقيام القيمة مقام الدار كما قلنا في العبد

الموصي بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل ان الوصية لا تبطل ويشتري بقيمته عبدا اخر يخدمه
وكذا البستان اذا اوصي بغلته لرجل وبرقبته لاخر فقطع رجل نخلة او شجرة يغرم قيمتها ويشتري
بها اشجارا مثلها فتغرس فاذا اوصي لرجل بثلث ماله ولاخر بغلة دار وقيمة الدار الف درهم وله
الفا درهم سوي ذلك ولصاحب الغلة نصف غلة الدار ولصاحب الثلث نصف الثلث فيما بقي
من المال فالدار خمس ذلك في الدار واربعة اخماسه في المال ووجه ذلك ان يقول الوصية بثلث
المال وصية بثلث الغلة ايضا لان الغلة مال الميت يقضي منه ديونه واذا كان كذلك فالدار
تخرج من ثلث ماله لان قيمة الدار الف درهم وله الفا درهم سوي ذلك فقد اجتمع في الدار
وصيتان وصية بجميعها ووصية بثلثها فيجعل الدار علي ثلثة وتقسم بينهما علي طريق المنازعة
فصاحب الثلث لا يدعي اكثر من الثلث وهو سهم واحد والثلثان سهمان لصاحب الغلة وهو
صاحب الجميع بلا منازعة لان الوصية بالغلة وصية بجميع الدار علي ما ذكرنا انه يحبس جميع الدار
لاجله واستوت منازعتهما في سهم واحد فكان سهما فانكسر علي سهمين فاضرب سهمين في
ثلثة فيصير ستة فصاحب الثلث لا يدعي اكثر من سهمين واربعة اسهم خلت عن دعواه وسلمت
لصاحب الجميع وهو صاحب الغلة بلا منازعة واستوت منازعتهما في سهمين فيقسم بينهما
لكل واحد منهما سهم واذا صارت الدار وهي الثلث علي ستة والالفان اثني عشر فلصاحب
الثلث من ذلك الثلث اربعة اسهم فضمها الي ستة فتصير سهام الوصايا عشرة وجملة ذلك
ثلثون فنقول ثلث المال عشرة فنقسمها بينهم لصاحب الغلة خمسة اسهم كلها في الدار
ولصاحب الثلث خمسة اسهم اربعة في الالفين وسهم في الدار فهذا معني قوله في الاصل لصاحب
نصف غلة الدار وذلك خمسة لانا جعلنا الدار علي عشرة ولصاحب الثلث نصف الثلث خمسة
اربعة اخماسه في المال وخمس ذلك في الدار وهذا قول ابي حنيفة وعلي قولهما تقسم الدار
علي طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب الثلث يضرب بالثلث وتخرج الثلث ثلثة
صاحب الجمع يضرب بالجميع ثلثة وصاحب الثلث يضرب بسهم فاجعل الدار علي اربعة اسهم واذا
صارت الدار علي اربعة اسهم مع العول صار كل الف من الفين علي ثلثة من غير عول فالالفان
تصير ستة اسهم فللموصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك سهمان ضم ذلك الي اربعة اسهم فيصير
ستة فاجعل هذا ثلث المال والثلثان اثني عشر والجميع ثمانية عشر فللموصى له بثلث
المال ثلث الالفين وذلك اربعة اسهم من اثني عشر وذلك ثلثا الثلث لانا جعلنا الثلث
علي ستة اسهم واربعة اسهم من ستة ثلثاه وهذا معني قوله في الاصل وان شيت قلت ثلثا
ذلك في ثلث المال وقال ايضا وثلثه في الدار لانك جعلت الدار علي ثلثة قبل العول وللموصى
له بالثلث سهم من الدار وذلك ثلث الدار فان مات صاحب الغلة فلصاحب الثلث ثلث
الدار والمال لانه لما مات الموصى له بالغلة بطلت وصيته وصار كانه لم يوص له بشي
وانما اوصي لصاحب الثلث بثلث المال والدار فيكون له ذلك وان استحقت الدار
وصية صاحب الغلة واخذ صاحب الثلث ثلث المال لانه لا يملك استغلالها بعد
استحقاقها ولو لم يستحق ولكنها انهدمت قيل لصاحب الغلة ابن نصيبك فيها
ويبني صاحب الثلث نصيبه والورثة نصيبهم لان ذلك مشترك بينهم فيبني كل واحد
نصيبه وان ابي ان يبني لم يجبر علي ذلك لان الانسان لا يجبر علي اصلاح نفسه حقه
ولم يمنع الاخران ان يبني نصيبه من ذلك ويواجره ويسكنه لان الذي امتنع من البنا
رضي ببطلان حق نفسه فلا يبطل ذلك بوجب ذلك بطلان حق صاحبه وليس هذا
كالسفل اذا كان لرجل وعلوه لاخر فانهدما وابي صاحب السفل ان يبني سفله انه يقال

يبني صح

لصاحب

لصاحب العلو ابن سفله من مالك ثم ابن عليه العلو فاذا اراد صاحب السفل ان ينتفع بالسفل فامنعه
حتى يدفع اليك قيمة السفل لان هناك لا يمكن بنا العلو الا بعد بنا السفل فكان لصاحب
العلو ان يبني سفله حتي يمكنه بنا العلو عليه فاما هاهنا فيمكن ان يقسم عرصة الدار فيبني
كل واحد منهم في نصيبه ولو اوصي لرجل بسكني دار او بغلتها فادعاها رجل واقام البينة انها له فشهد
الموصي له بالغلة او السكني انه اقر بها للميت لم تجز شهادته لانه يجر بشهادته الي نفسه مغنما
لانه لو قبلت شهادته سلمت له الوصية ولا شهادة لجار المغنم علي لسان رسول الله صلي الله
عليه وسلم وكذا اذا شهد للميت بمال او بقتل خطا لا تقبل شهادته لانه مهما كثر مال الميت
كثرت وصيته فكان يوجب بشهادته جار المغنم الي نفسه فلا تقبل ولو اوصي لرجل بثلث غلة
بستانه ابدا ولا مال له غيره فقاسم الورثة البستان فاغل احد النصيبين ولم يغل
الاخر فانهم يشتركون فيما خرج من الغلة لان قسمته وقعت باطلة لان الموصى له بالغلة
لا يملك غلة البستان والقسمة فيما لا يملك له باطلة والثمر غير موجودة وانما حدثت
بعد ذلك وقسمة المعدوم باطلة وللورثة ان يبيعوا ثلثي البستان فيكون المشتري شريك
صاحب الغلة اراد به انه يبيع ثلثي البستان مشاعا لان الثلث مشغول بحق صاحب الغلة
والورثة ممنوعين عن ذلك الثلث مادام الموصى له حيا واذا كان هكذا فلا يجوز البيع الا في
مقدار نصيبهم وروي عن ابي يوسف انه قال لا يجوز بيع نصيبهم لان فيه اضرارا بالموصى له
لانه ينقص الغلة ويعيب ولو اوصي بغلة بستانه الذي فيه لرجل واوصي له بغلته ابدا ايضا
ثم مات الموصي ولا مال له غيره والغلة القايمة للحال تساوي مائة درهم والبستان
يساوي ثلثمائة فللموصى له ثلث الغلة التي فيه وثلث ما يخرج من الغلة فيما يستقبل ابدا
لانه اوصي له هكذا لانه اوصي له بالغلة القايمة للحال وبالغلة التي تحدث له فيعتبر
في كل واحد منهما ثلثه ولا يسلم اليه كل الغلة القايمة في الحال وان كان يخرج من ثلث
ماله لانه اوصي له ايضا بثلث ما يخرج من بستانه فيما يستقبل واذا ضمت تلك الوصية
الي هذه الوصية زادت الوصية علي الثلث ولو اوصي بعشرين درهما من غلته كل سنة
فاغل سنة قليلا وسنة كثيرا فله ثلث الغلة يحبس وينفق عليه كل سنة عشرون
درهما لان الوصية بعشرين درهما من غلته وصية بجميع الغلة لجواز ان يطول عمره
فيستوفي ذلك كله فلذلك جاز في ثلثه ويحبس غلته حتي ينفق كل سنة عشرون درهما
الي ان يموت ولو اوصي ان ينفق عليه اربعة كل شهر من عرض ماله وعلي اخر خمسة كل شهر
من غلة بستانه ولا مال له غير البستان فثلث غلة البستان بينهما نصفين يباع
سدس غلة البستان لكل واحد منهما فيوقف ثمنه علي يد الوصي او علي يد ثقة ان لم يكن هناك
وصي وينفق علي كل واحد منهما وكذلك الوصية بانفاق درهم ولا عبرة بالاقل والاكثر لجواز
ان يعيش صاحب الاقل اكثر مما يعيش صاحب الاكثر فيباع سدس الغلة لكل واحد منهما
ويوقف ثمنه وينفق علي كل واحد منهما ما سمي له لانه اوصي لاحدهما ان ينفق عليه من عرض
ماله والبستان ماله ولا يسلم المال اليهما بل يوضع علي يد الوصي فان لم يكن له وصي
فالقاضي يضعه علي يد ثقة عدل لانه امر بالانفاق عليهما ولم يوص بدفع المال اليهما
فان ماتا وقد بقي شي من المال وعلي ورثة الموصي لان وصيته قد بطلت بموته
فيعود الي الورثة وكذلك لو قال ينفق علي فلان اربعة وعلي فلان وفلان خمسة
حبس السدس علي المنفرد والسدس الاخر علي المجموعين لانه اضاف الاربعة الي شخص
واحد واضاف الخمسة الي شخصين لانه جمعهما في الوصية فصار كانه اوصي بالخمسة

بان ينفق على فلان اربعة وعلى فلان خمسة وكذلك يقسم السدس بينهم سدسه يوقف للمنفرد
وسدسه للمجموعين ولو اوصى بغلة بستانه لرجل وبنصف غلته لاخر وهو ثلث ماله قسم
ثلث الغلة بينهما نصفين كل سنة لان الوصية بالزيادة على السدس الثلث لا يجوز فيصير كانه
لكل واحد منهما بالثلث فيكون الثلث بينهما لاستوائهما ولو كان البستان يخرج من ثلث ماله
فانه يقسم غلة البستان بينهما على طريق المنازعة على قول ابي حنيفة لان صاحب النصف
لا يدعي الا النصف فالنصف خلا عن دعواه فسلم لصاحب الجميع بلا منازعة والنصف
الاخر استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين فيحتاج الى حساب له نصف ولنصفه
نصف وذلك اربعة صاحب النصف لا يدعي اكثر من سهمين فسهمان خليا عن دعواه وسهمان
لصاحب الجميع بلا منازعة وسهمان اخران استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما لكل
واحد منهما سهم فصار لصاحب الجميع ثلثة اسهم ولصاحب النصف سهم وعلى قولهما يقسم
على طريق العول فصاحب الجميع يضرب بالجميع وصاحب النصف يضرب بالنصف والحساب
الذي له نصف سهمان فصاحب الجميع يضرب بسهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد
فيقسم بينهما اثلاثا فسهمان لصاحب الجميع وسهم لصاحب النصف ولو اوصى لرجل بغلة
بستانه وقيمته الف درهم ولاخر بقيمة عبده وقيمته خمسماية وله سوى ذلك ثلثماية
فالثلث بينهما على احد عشر سهما في قول ابي حنيفة لصاحب العبد خمسة اسهم في العبد
ولصاحب البستان ستة اسهم في غلته لان جميع ماله الف درهم وثمانماية والثلث من ذلك
ستماية ووصية صاحب البستان الف درهم وذلك اكثر من الثلث ومن مذهب ابي
حنيفة ان الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب الا بالثلث فاطرح ما زاد على ستماية
لان ذلك زيادة على الثلث فصاحب البستان يضرب بستماية وصاحب العبد يضرب
بخمسماية فاجعل ثلث المال وهو ستماية على احد عشر سهما لصاحب البستان وهو ستة
اسهم ولصاحب العبد وهو خمسة اسهم فما اصاب صاحب البستان كان في البستان
في غلته وما اصاب صاحب العبد كان في العبد وهذا قول ابي حنيفة وعلى قولهما
صاحب البستان يضرب بجميع البستان وهو الف وصاحب العبد بخمسماية فيقسم
ثلث المال بينهما اثلاثا على طريق العول ولو اوصى لرجل بغلة ارضه وليس فيها نخل ولا
شجر ولا مال له غيرها فانها تؤجر فتكون ثلث تلك الغلة له ولو كان فيها شجر اعطي ثلث ما
يخرج منها لان اسم الغلة يقع على الثمرة وعلى الاجرة فان كان فيها ثمر انصرفت الوصية الى ما
يخرج منها لان الغلة في الحقيقة اسم لما يخرج اذا كان في الارض اشجار وان لم يكن فيها اشجار
فالوصية بالغلة وصية بالدراهم والدنانير وذلك هي الاجرة فان قيل ان لم يكن شجر
فينبغي ان يزرعها فيستوفي زرعها فالجواب انه لو زرع لحصل له ملك الخارج ببذره والموصى
به غلة ارضه لا غلة بذره ولو اوصى لرجل بغلة ارضه ولاخر برقبتها وهي تخرج من الثلث
فباعها صاحب الرقبة وسلم صاحب الغلة المبيع جاز وبطلت وصية صاحب الغلة ولاحق
له في الثمن اما جواز الوصية بالغلة فلما ذكرنا واما جواز بيع الرقبة لصاحب الرقبة من
صاحبها اذا سلم صاحب الغلة المبيع فلان ملك الرقبة لصاحب الرقبة وهو انه يقتضي النفاذ
الا ان حق صاحب الغلة يتعلق به فاذا اجاز فقد رضي بابطال حقه فزال المانع فنفذ
وبطل وصية صاحب الغلة لانه انما اوصى له بالغلة في ملك الموصى له بالرقبة وقد زال
ملكه عن الرقبة ولا حق له في الثمن لان الثمن بدل الرقبة ولا ملك له في الرقبة ولو اوصى له
بغلة بستانه فاغل البستان سنتين قبل موت الموصي ثم مات الموصي لم يكن للموصى له

من تلك

من تلك الغلة شيء انما له الغلة التي فيه يوم يموت لما ذكرنا ان الوصية ايجاب الملك عند
الموت فيكون له الثمرة التي فيه يوم يموت وما يحدث بعد الموت لا ما كان قبل الموت
فان اشترى الموصى له البستان من الورثة بعد موته جاز الشرا وبطلت الوصية لانه ملك
العين بالشرا فاستغنى عن ملكها بالوصية كمن استعار شيا ثم اشتراه انه تبطل الاعارة
وكمن تزوج امة انسان ثم اشتراها يبطل النكاح كذا هذا • وكذلك لو اعطوه شيا من
الغلة على ان يبرا من الغلة وكذلك سكنى الدار وخدمة العبد اذا صالحوه منه
على شي جاز وتبطل الوصية لان له حقا وقد اسقط حقه بعوض فجاز كالخلع والطلاق
على مال والله اعلم • واما الوصية بامر متعلق بالمال فالوصية بالعتق والوصية

الوصية بالعتق

بالاعتاق والوصية بالانفاق والوصية بالقرب من الفرايض والواجبات والنوافل
اما الوصية بالعتق فحكمها ثبوت العتق بعد موت الموصي بلا فصل كما اذا قال
وهو مريض او صحيح انت حر بعد موتي او قال دبرتك او انت مدبر او ان مت من
مرضي هذا او في سفري هذا فانت حر فمات من مرضه ذلك او في سفره ذلك يعتق
من غير الحاجة الى اعتاق احد لان معنى ذلك انت حر بعد موتي او بعد موتي من هذا
المرض او في هذا السفر ويعتبر في ذلك كله الثلث فان كان العبد يخرج كله من ثلث
ماله يعتق كله ولو لم يخرج يعتق منه بقدر ما يخرج من الثلث وان لم يكن له مال سواه
يعتق ثلثه ويسعى في الثلثين للورثة لان هذا كله وصية فلا تنفذ فيما زاد على الثلث
الا باجازة الورثة على ما بينا فيما تقدم • واما الوصية بالاعتاق فحكمها وجوب

الوصية بالاعتاق

الاعتاق بعد موت الموصي ولا يعتق من غير اعتاق من الوارث او الوصي او القاضي
والاصل فيه ان كل عتق تاخر عن موت الموصي ولو بساعة لا يثبت من غير اعتاق كما اذا
قال هو حر بعد موتي او بساعة او باقل او باكثر لان غرض الموصي هو عتق العبد
بعد الموت والعتق لا بد له من الاعتاق ولا يمكن جعل الموصي معتقا بعد الموت فكان
امرا بالاعتاق دلالة فيعتق الوارث او الوصي او القاضي • واما الوصية باعتاق

النسمة اسم لرقبة تشترى للعتق

نسمة وهو ان يوصي ان يشترى رقبة فيعتق عنه والنسمة اسم لرقبة تشترى للعتق
فحكمها وجوب الشرا والاعتاق ويعتبر من الثلث • ولو اوصى ان يعتق عنه نسمة
بماية درهم فلم يبلغ ثلث ماله ماية درهم لم يعتق عنه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف

اوصى ان يحج عنه

ومحمد يعتق عنه بالثلث ولو اوصى ان يحج بماية وثلث ماله لا يبلغ ماية فانه يحج عنه من
حيث يبلغ بالاجماع وجه قولهما ان تنفيذ الوصية واجب ما امكن والتقدير بالماية
لا يقتضي التنفيذ لانه يحتمل انه انما قدرها منه ان ثلث ماله لا يبلغ ذلك او رجا
اجازة فاذا لم يبلغ ذلك او لم تجز الورثة يجب تنفيذها فيما دون ذلك كما في الوصية
بالحج ولابي حنيفة انه اوصى بعتق عبد يشترى بماية فلو نفذنا الوصية في عبد يشترى
بخمسين كان ذلك تنفيذ الوصية لغير من اوصى له وهذا لان الوصية فيها للعبد لحقيقة
في الحقيقة هو الموصى له وقد جعل الوصية بعبد موصوف بانه يشترى بماية والمشترى
بما هو دون الماية غير المشترى بماية فلا يمكن تنفيذ الوصية له بخلاف الوصية بالحج
فانها وصية بالوصول الى البيت وانه يحصل بالحج عنه من حيث يبلغ وعلى هذا اذا اوصى
ان يعتق عنه نسمة بجميع ماله فلم يجز ذلك الورثة لم يشتر به شي والوصية باطلة في
قول ابي حنيفة وعندهما يشترى بالثلث وهذا بنا على المسلة الاولى وقد ذكرنا
وجه القولين والله الموفق • واما الوصية بالانفاق على فلان واوصى بالقرب فحكمها

وجوب فعل ما دخل تحت الوصية لانه هكذا اوصى و يعتبر ذلك كله من الثلث

فصل واما بيان ما تبطل به الوصية فالوصية تبطل بالنص على الابطال وبدلالة الابطال و بالضرورة اما النص فنحو ان يقول ابطلت الوصية التي اوصيتها لفلان او فسختها او نقضتها فتبطل الا التدبير خاصة فانه لا يبطل بالتنصيص على الابطال مطلقا كان التدبير او مقيدا الا ان المقيد منه يبطل بدلالة الابطال بالتمليك على ما ذكرنا وكذا اذا قال رجعت لان الوصية الرجوع عن الوصية ابطالها في الحقيقة واما الدلالة والضرورة فعلى نحو ما ذكرنا في الرجوع وقد ذكرنا ما يكون رجوعا عن الوصية وما لا يكون فيما تقدم و تبطل بجنون الموصي جنونا مطبقا لان الوصية عقد جائز كالوكالة فيكون لبقايه حكم الانشا كالوكالة فيعتبر اهلية العاقد الى وقت الموت كما يعتبر اهلية الامر في باب الوكالة والجنون المطبق هو ان يمتد شهرا عند ابي يوسف وعند محمد سنة وقد ذكرنا ذلك في كتاب الوكالة ولو اغمي عليه لا تبطل لان الاغما لا يزيل العقل ولهذا لم تبطل الوكالة بالاغما وتبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي لان العقد وقع له لا لغيره فلا يمكن ابقاوه على غيره وتبطل بهلاك الموصى به اذا كان عينا مشارا اليها لبطلان محل الوصية اعني محل حكمه ويستحيل ثبوت حكم التصرف او بقاوه بدون وجود محله او بقايه كما اذا اوصى بهذه الجارية او بهذه الشاة فهلكت الجارية او الشاة وهل تبطل الوصية باستثنا كل الموصى به في كلام متصل اختلف فيه قال ابو حنيفة و ابو يوسف لا تبطل ويبطل الاستثنا وللموصى له جميع ما اوصي له به وقال محمد يصح الاستثنا وتبطل الوصية ولا خلاف ان استثنا الكل من الكل في باب الاقرار باطل ويلزم المقر جميع ما اقر به وجه قوله ان الاستثنا ها هنا رجوع عما اوصى به والوصية محتملة للرجوع فيحمل على الرجوع وبهذا فارقت الاقرار لان الاقرار بالمال مما لا يحتمل الرجوع فيبطل الاستثنا ويبقى المقر به على حاله ولهما ان هذا ليس باستثنا ولا رجوع فيبطل راسا وتبقى الوصية صحيحة وبيان ذلك ان الاستثنا تكلم بالباقي بعد الثنيا او استخراج بعض الجملة الملفوظة ولا يوجد ذلك في استثنا الكل من الكل والرجوع فسخ الوصية وابطالها ولا يتصور ذلك في الكلام المتصل ولهذا شرطنا لجواز الفسخ في الاحكام الشرعية ان يكون النص الناسخ متراخيا عن المنسوخ والله اعلم بالصواب

كتاب الكفالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع في بيان ركن الكفالة وفي بيان شرايط الركن وفي بيان حكم الكفالة وفي بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة وفي بيان الرجوع بعد الخروج انه هل يرجع اما لا اما الركن فهو الايجاب والقبول الايجاب من الكفيل والقبول من الطالب وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاخر وفي قوله الاول الركن هو الايجاب فحسب فاما القبول فليس بشرط وبه اخذ الشافعي لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي بجنازة رجل من الانصار فقال هل على صاحبكم دين فقيل نعم درهمان او ديناران فامتنع من الصلاة عليها فقال علي او ابو قتادة رضي الله عنهما هما علي يا رسول الله فصلى عليها ولم ينقل قبول الطالب ولان الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الاصيل شرعا لا تمليك الا ترى انه يحتمل الجهالة والتعليق بالشرط والتمليك لا يحتمل ذلك ومعنى الضم والالتزام يتم بايجاب الكفيل فاشبه النذر والدليل عليه ان المريض اذا قال لورثته اضمنوا عني ما علي من الدين للغرما وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جايز ويلزمهم واي فرق بين المريض والصحيح ولهما ان الكفالة ليست بالتزام محض بل فيها معنى التمليك لما نذكر والتمليك لا يتم الا بالايجاب

والقبول كالبيع والجواب عن مسلة المريض نذكره من بعد ان شا الله تعالى واذا عرف ان ركن الكفالة والقبول والايجاب فالايجاب من الكفيل بان يقول انا كفيل او ضمين او زعيم او غريم او قبيل او حميل او لك قبلي او لك عندي اما لفظ الكفالة والضمان فصريحان وكذلك الزعامة بمعنى الكفالة والغرامة بمعنى الضمان قال النبي صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم اي الكفيل ضامن وكذلك القبالة بمعنى الكفالة ايضا يقال قبلت به اقبل قبالة وتقبلت به اي كفلت قال الله تعالى او تاتي بالله والملايكة قبيلا اي كفيلا يكفلون بما يقول والحميل بمعنى المحمول فعيل بمعنى المفعول كالقتيل بمعنى المقتول وانه ينبي عن تحمل الضمان وقوله علي كلمة ايجاب وكذا قوله الي قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا فالي وعلي وقوله قبلي ينبي عن القبالة وهي الكفالة على ما ذكرنا وقوله عندي ان كان مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة لان قوله عندي يحتمل اليد ويحتمل الذمة لان كلمة قرب وحضرة وذلك يوجد فيهما جميعا فعند الاطلاق يحمل على اليد لانه ادنى وعند قرينة الدين يحمل على الذمة اي في ذمتي لان الدين لا يحتمله الا الذمة واما القبول من الطالب فهو ان يقول قبلت او رضيت او هويت وما يدل على هذا المعنى ثم ركن الكفالة في الاصل لا يخلو من اربعة اقسام اما ان يكون مطلقا او مقيدا بوصف او معلقا بشرط او مضافا الى وقت فان كان مطلقا فلا شك في جوازه اذا استجمع شرايط الجواز وهي ما نذكر غير انه ان كان الدين على الاصيل حالا كانت الكفالة حالة وان كان الدين عليه موجلا كانت الكفالة موجلة لان الكفالة بمضمون على الاصيل فيتقيد بصفة المضمون واما المقيد فلا يخلو اما ان كان مقيدا بوصف التاجيل او بوصف الحلول فان كانت الكفالة موجلة فان كان التاجيل الى وقت معلوم بان كفل الى شهر او سنة جاز ثم ان كان الدين على الاصيل موجلا على الاصيل الى اجل مثله يتاجل اليه في حق الكفيل ايضا وان سمى الكفيل اجلا ازيد من ذلك او انقص جاز لان المطالبة حق الطالب فله ان يتبرع على كل واحد منهما بتاخير حقه وان كان الدين عليه حالا جاز التاجيل الى الاجل المذكور ويكون ذلك تاجيلا في حقهما جميعا في ظاهر الرواية وروى بن سماعة عن محمد انه يكون تاجيلا في حق الكفيل خاصة وجه ظاهر الرواية هذه الرواية ان الطالب خص الكفيل بالتاجيل فيختص به كما اذا كفل حالا او مطلقا ثم اخر عنه بعد الكفالة وجه ظاهر الرواية ان التاجيل في نفس العقد يجعل الاجل صفة للدين والدين واحد وهو على الاصيل فيصير موجلا عليه بخلاف ما اذا كان بعد العقد لان التاخير المتاخر عن العقد تاخير المطالبة وقد خص به الكفيل فلا يتعدى الى الاصيل ولو كان الدين على الاصيل موجلا الى سنة فيكفل به الى سنة او مطلقا ثم مات الاصيل قبل تمام السنة يحل الدين في مال الكفيل وهو على الاصيل الى اجله لان المبطل للاجل وجد في حق احدهما دون الاخر وان كان التاجيل الى وقت مجهول فان كان يشبه اجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوها فكفل الى هذه الاوقات جاز عند اصحابنا وعند الشافعي لا يجوز وجه قوله ان هذا عقد الى اجل مجهول فلا يصح ولنا ان هذه جهالة فاحشة فتحملها الكفالة وهذا لا يجوز لان الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها بل لافضايها الى المنازعة بالتقدم والتاخر وجهالة التقدم والتاخر لا تفضي الى المنازعة في باب الكفالة لانه يسامح في هذا العقد ما لا يسامح في غيره لامكان استيفا الحق من جهة الاصيل بخلاف البيع ولان الكفالة جوازها بالعرف والكفالة الى هذه الاجال متعارفة ولو كانت الكفالة حالة فاخر الى هذه الاوقات جاز ايضا لما ذكرنا وان كان لا يشبه اجال الناس

نحو المطر ومبوب الريح فالاجل باطل والكفالة صحيحة لان هذه جهالة فاحشة فلا تحتملها الكفالة فلا يصح التاجيل فيبطل وبقيت الكفالة صحيحة وكذا لو كان على رجل دين فاجله الطالب الى هذه الاوقات جاز وان كان ثمن بيع ولا يوجب ذلك فساد البيع لان تاخير الدين ابتدا بمنزلة التاخير في الكفالة وذا لا يوثر في البيع فكذا هذا هذا اذا كانت الكفالة موجلة فاما اذا كانت حالة بان شرط الطالب الحلول على الكفيل جاز سوا كان الدين على الاصيل حالا او موجلا لما ذكرنا ان المطالبة حق المكفول له فيملك التصرف فيه بالتعجيل والتاجيل ولو كفل حالا ثم اخر الطالب بعد ذلك يتاخر في حق الكفيل اذا قبل التاخير دون الاصيل بخلاف ما اذا كان التاجيل في العقد لما ذكرنا من الفرق ولو كان الدين على الاصيل حالا فاخره الطالب الى مدة وقبله المطلوب جاز التاخير ويكون تاخيرا في حق الكفيل هذا اذا كانت الكفالة مقيدة بوصف فاما اذا كانت معلقة بشرط فان كان المذكور شرطا مستقيما لظهور الحق او لوجوبه او وسيلة الى الادا في الجملة جاز بان قال ان استحق المبيع فانا كفيل لان استحقاق المبيع سبب لظهور الحق وكذا اذا قال اذا قدم زيد فانا كفيل لان قدومه وسيلة الى الادا في الجملة لجواز ان يكون مكفولا عنه او يكون مضاربه وان لم يكن سببا لظهور الحق ولا لوجوبه ولا وسيلة الى الادا في الجملة لا يجوز بان قال ان جا المطر او ان هبت الريح او ان دخل زيد الدار فانا كفيل لان الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا فالاصل ان لا يجوز تعليقها بالشرط الا شرطا للحق به تعلق بالظهور او التوسل اليه في الجملة فيكون ملايما للعقد فيجوز ولان الكفالة جوازها بالعرف والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره ولو قال ان قتلك فلان او ان شجك فلان او ان غصبك فلان او ان بايعت فلانا فانا ضامن لذلك جاز لان هذه الافعال اسباب لوجوب الضمان ولو قال ان غصبك فلان ضيعتك فانا ضامن لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد جاز بنا على ان غصب العقار لا يتحقق عند ابي حنيفة وعند محمد يتحقق ولو قال من قتلك من الناس او من غصبك من الناس او من شجك من الناس او من بايعت من الناس لم يجز لا من قبل التعليق بالشرط بل لان المضمون عنه مجهول وجهالة المضمون عنه تمنع صحة الكفالة ولو قال ضمنت لك ما على فلان ان توى جاز لان هذا شرط ملايم للعقد لانه موكد لمعنى التوسل الى ما هو المقصود من العقد وكذا لو قال ان خرج من المصر ولم يعطك فانا ضامن لما ذكرنا ولو شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بعينه جاز لان هذا تاجيل الكفالة بالنفس الى وقت معلوم فيصح كالكفالة بالمال وكذا ساير انواع الكفالات لان في التعلق بالشرط والتاجيل والاضافة الى الوقت سوا لان الكل في معنى الكفالة على السوا ولو قال كفلت لك مالك على فلان حالا على انك متى طلبته فلي اجل شهر جاز واذا طلبه منه فله اجل شهر ثم اذا مضى الشهر فله ان ياخذه متى جاز ولو شرط ذلك بعد تمام الكفالة بالمال حالا لم يجز وله ان يطالبه متى شا والفرق ان الموجود هاهنا كفالتان حالة مطلقة والثانية موجلة الى شهر معلقة بشرط الطلب فاذا وجد الشرط ثبت التاجيل الى شهر فاذا مضى الشهر انتهى حكم التاجيل فياخذه بالكفالة الحالة وكذلك الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس فكل ذلك جايز لان هذا شرط ملايم للعقد محقق لما شرع وهو الوصول الى الحق من جهة الكفيل او الاصيل فاذا لم يوجد الشرط لزمه المال وكذا اذا ادى لا يبرا عن الكفالة بالنفس لجواز ان يدعي عليه مالا اخر فيلزمه تسليم وكذا اذا قال فعليه ما عليه وعليه الف لكنه لم يسم لان جهالة قدر المكفول به لا يمنع صحة الكفالة ويلزمه جميع الالف لانه اضاف الكفالة الى ما عليه والالف عليه وكذا لو كفل للمراة بصداقها ان لم يواف بالزوج وصداقها وصيف فالوصف لازم للكفيل لان الكفالة بالوصيف كفالة بمضمون على الاصيل وهو الزوج لان الحيوان يثبت دينا في الذمة بدلا عما ليس بمال فيلزم الكفيل ولو كفل بنفس رجل وقال ان لم اوافك به غدا فعلي الف درهم ولم يقل الالف التي عليه او الالف التي ادعيت والمطلوب ينكر فالمال لازم للكفيل عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يلزمه وجه قول محمد ان هذا ايجاب المال معلقا بالخطر ابتدا لانه لم يوجد الاضافة الى الواجب ووجوب المال ابتدا لا يتعلق بالخطر واما الكفالة بمال ثابت فيتعلق بالخطر ولم يوجد وجه قولهما ان مطلق الالف ينصرف الى الالف المعهودة

وهي الالف

الالف المضمونة معها ان في الصرف الى ابتدا الايجاب فساد العقد وفي الصرف الى ما عليه صحته فالصرف الى ما فيه صحته اولى ولو كفل بنفسه على ان يوافي به اذا دعا به فان لم يفعل فعليه الالف التي عليه جاز لانه كفل بالنفس مطلقا وعلق الكفالة بالمال بشرط عدم الموافاة بالنفس عند طلب الموافاة وهذا شرط ملايم للعقد لما ذكرنا فاذا طلب منه المكفول له تسليم النفس فان سلم مكانه بري لانه اتى بما التزم وان لم يسلم فعليه المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة بالنفس عند الطلب ولو قال ائتني به عشيه او غدوة وقال الكفيل انا ائتيك به اذا دعاه بعد غد فان لم يات به في الوقت الذي طلب المكفول له فعليه المال لوجود شرط اللزوم وان اخر المطالبة الى ما بعد غد كما قال الكفيل فاتى به فهو بري من المال لانه بالتا خير ابطل الطلب الاول فلم يبق التسليم واجبا عليه وصار كانه طلب منه من الابتدا التسليم بعد غد وقد وجد فيبرا من المال ولو كفل بالمال وقال ان وافيتك به غدا فانا بري فوفاه من الغد يبرا من المال في رواية وفي رواية لا يبرا وجه الرواية الاخيرة ان قوله ان وافيتك به غدا فانا بري فوافاه من الغد تعليق البراة عن المال بشرط موافاة النفس والبراة لا تحتمل التعليق بالشرط لان فيها معنى التمليك والتمليكات لا يصح تعليقها بالشروط وجه الرواية الاولى ان هذا تعليق البراة بشرط الموافاة بل هو جعل الموافاة غاية للكفالة بالمال والشرط قد يذكر بمعنى الغاية لما بينهما من المشابهة والاول اشبه والله اعلم ولو شرط في الكفالة بالنفس ان يسلمه اليه في مجلس القاضي جاز لان هذا شرط مفيد ويكون التسليم في المصر او في مكان يقدر على احضاره مجلس القاضي تسليما الى القاضي على ما نذكر ولو شرط ان يسلمه اليه في مصر معين يصح التقييد بالمصر بالاجماع الا انه لا يصح التعيين عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح على ما نذكر ولو شرط ان يدفعه اليه عند الامير لا يتقيد به حتى لو دفعه اليه عند القاضي او عزل الامير وولي غيره فدفعه اليه عند الثاني جاز لان التقيد مفيد ولو كفل بنفسه فان لم يواف به فعليه ما يدعيه الطالب فادعى الطالب الفا فان لم يكن عليه بينة لا يلزم الكفيل لانه لا يلزم بنفس الدعوى شي فقد اضاف الزامه ما ليس بسبب للزوم وكذا اذا اقر بها المطلوب لان اقراره حجة عليه لا على غيره فلا يصدق على الكفيل ولو قامت البينة عليها او اقر بها الكفيل فعليه الالف لان البينة سبب لظهور الحق وكذا اقرار الانسان على نفسه صحيح فيواخذ به ولو كفل بنفسه على انه ان لم يواف به الى شهر فعليه ما عليه فمات الكفيل قبل الشهر وعليه دين ثم مضى الشهر قبل ان يدفع ورثة الكفيل المكفول به الى الطالب فالمال لازم للكفيل ويضرب الطالب مع الغرما اما لزوم المال فلان الحكم عند الشرط يثبت مضافا الى السبب السابق وهو اهل عند مباشرة السبب ولهذا لو كفل وهو صحيح ثم مرض يعتبر الكفالة من جميع المال لا من الثلث واما الضرب مع الغرما فلاستوا الدينين وكذا لو مات المكفول به ثم مات الكفيل لانه اذا مات فقد عجز الكفيل عن تسليم نفسه فوجد شرط اللزوم المال بالسبب السابق هذا اذا كانت الكفالة معلقة بالشرط فاما اذا كانت مضافة الى الوقت بان ضمن ما ذاب له على فلان او ما قضي له عليه او ما داين فلانا او اقرضه او ما استهلك من ماله او ما غصبه او ثمن ما بايعه صحت هذه الكفالة لانها اضيفت الى سبب الضمان وان لم يكن الضمان ثابتا في الحال والكفالة ان كان فيها معنى التمليك فليس بتمليك محض فجاز ان يحتمل الاضافة ولو قال كلما بايعت فلانا فثمنه علي او ما بايعت او الذي بايعت يواخذ الكفيل بجميع ما بايعه ولو قال ان بايعت او اذا بايعت او متى ما بايعت يواخذ بثمن اول المبايعة ولا يواخذ بثمن اول ما بايعه بعدها لان كلمة كل لعموم الاسما وكذلك

كلمة ما والذي للعموم وقد دخلت على المبايعة فتقتضي تكرار المبايعة ولم يوجد مثل هذه الدلالة
في قوله ان بايعت ونظايره

فصل

وانما شرايط الكفالة فانواع بعضها
يرجع الى الكفيل وبعضها يرجع الى الاصيل وبعضها يرجع الى المكفول له وبعضها
يرجع الى المكفول به ثم منها ما هو شرط الانعقاد ومنها ما هو شرط النفاذ اما ما
يرجع الى الكفيل فانواع منها العقل ومنها البلوغ وانهما من شرايط الانعقاد لهذا
التصرف فلا تنعقد كفالة الصبي والمجنون لانها عقد تبرع فلا تنعقد ممن ليس من اهل
التبرع الا ان الاب او الوصي لو استدان دينا في نفقة اليتيم وامر اليتيم ان يضمن المال
عنه جاز ولو امره ان يكفل النفس عنه لم يجز لان ضمان الدين قد لزمه من غير شرط فالشرط
لا يزيده الا تاكيدا فلم يكن متبرعا فاما ضمان النفس وهو تسليم نفس الاب او الوصي فلم
يكن عليه فكان متبرعا به فلم يجز ومنها الحرية وهي شرط نفاذ التصرف فلا يجوز كفالة
العبد محجورا كان او ماذونا في التجارة لانها تبرع والعبد لا يملك التبرع بدون اذن مولاه
ولكنها تنعقد حتى يواخذ بها بعد العتاق لان امتناع النفاذ ما كان لانعدام الاهلية بل
بحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الاهلية فلا يحتمل النفاذ
بالبلوغ ولو اذن له المولى بالكفالة فان كان عليه دين لم يجز لان اذنه بالتبرع لم يصح وان
لم يكن عليه دين جازت كفالته ويباع رقبته في الكفالة بالدين الا ان يفديه المولى ولا
يجوز كفالة المكاتب عن الاجنبي لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم على لسان صاحب
الشرع صلوات الله عليه وسلامه وسوا اذن له المولى او لم ياذن لان اذن المولى لم يصح في
حقه وصح في حق القن ولكنه ينعقد حتى يطالب به بعد العتاق ولو كفل المكاتب والماذون
عن المولى جاز لانهما يملكان التبرع عليه واما صحة بدن الكفيل فليست بشرط لصحة الكفالة
فتصح كفالة المريض لكن من الثلث لانها تبرع واما الذي يرجع الى الاصيل فنوعان احدهما
ان يكون قادرا على تسليم المكفول به اما بنفسه واما بنايبه عند ابي حنيفة رحمه الله
فلا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس عنده وعند ابي يوسف ومحمد تصح وجه
قولهما ان الموت لا ينافي بقا الدين لانه مال حكمي فلا يفتقر نفاذه الى القدرة ولهذا بقي اذا
مات مليا حتى تصح الكفالة بالدين وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلسا واذا مات عن كفيل
تصح الكفالة عنه بالدين وكذا تصح الابرا عنه والتبرع وجه قول ابي حنيفة ان
الدين عبارة عن الفعل والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا تصح كما اذا
كفل عن انسان بدين ولا دين عليه واذا مات مليا فهو قادر بنايبه وكذا اذا مات
عن كفيل لانه قام مقامه في قضا دينه واما الابرا او التبرع فهما في الحقيقة ابرا عن المواخذة
بسبب المماطلة في قضا الدين والتبرع بتخليص الميت عن المواخذة بسبب التقصير بواسطة
ارضا الخصم بهبة هذا القدر منه فاما ان يكون ابرا عن الدين وتبرعا بقضايه حقيقة فلا
على ما عرف في الخلافيات والثاني ان يكون معلوما بان كفل بما على فلان فاما اذا قال
على احد من الناس او بعين او بنفس او بفعل فلا يجوز لان المضمون عليه مجهول ولان الكفالة
جوازها بالعرف والكفالة على هذا الوجه غير معروفة فاما حرية الاصيل وعقله وبلوغه
فليست بشرط لجواز الكفالة لان الكفالة بمضمون على الاصيل مقدور الاستيفا من
الكفيل وقد وجد اما العبد فلان الدين واجب عليه ومطالب به في الجملة فاشبه الكفالة
بالدين الموجل واما الصبي والمجنون فلان الدين في ذمتهما والولي مطالب به في الحال ويطالبان
ايضا في الجملة وهو ما بعد البلوغ والافاقة فتجوز الكفالة عن العبد وان كان محجورا وعن

الصبي

الصبي والمجنون الا ان الكفيل لا يملك الرجوع عليهم بما ادى وان كانت الكفالة باذنهم لما نذكر
في موضعه ان شا الله تعالى وكذا لا يشترط حضرته فتجوز الكفالة عن غايب ومحبوس لان الحاجة
الى الكفالة في الغالب في مثل هذه الاحوال فكانت الكفالة فيها اجوز ما يكون والله اعلم واما
الذي يرجع الى المكفول له فانواع منها ان يكون معلوما حتى لو كفل لاحد من الناس لم يصح لان
المكفول له اذا كان مجهولا لا يحصل ما شرع له وهو التوثق ومنها ان يكون في مجلس العقد
وانه شرط الانعقاد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا لم يقبل عنه حاضر في المجلس حتى ان من
كفل لغايب عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا يجوز عندهما اذا لم يقبل عنه حاضر وعن ابي يوسف
روايتان وظاهر اطلاق محمد في الاصل انها جايزة على قوله الاخر يدل على ان المجلس عنده ليس بشرط
اصلا لا شرط النفاذ ولا شرط الانعقاد لان محمدا رحمه الله انما يطلق الجواز على النافذ فاما
الموقوف فيسميه باطلا الا ان يجيز وهذا الاطلاق صحيح لان الجايز هو النافذ في اللغة يقال
جاز السهم اذا نفذ وجه قول ابي يوسف الاخر ما ذكرنا في صدر الكتاب ان معنى
هذا العقد لغة وشرعا هو الضم والالتزام وانه يتم بايجاب الكفيل فكان ايجابه كل العقد
والدليل عليه مسلة المريض ولهما ما ذكرنا ان فيه معنى التمليك ايضا والتمليك لا يقوم
الا بالايجاب والقبول فكان الايجاب وحده شطر العقد فلا يقف على غايب عن المجلس كالبيع مهما
امكن العمل بالشبهين فنقول لشبه الالتزام يحتمل الجهالة والحد التعليق بالشرط والاضافة
الى الوقت ولشبه التمليك لا يقف على غايب عن المجلس اعتبارا للشبهين بقدر الامكان
واما مسلة المريض فقد قال بعض مشايخنا ان جواز الضمان هناك بطريق الايصا بالقضا
عنه بعد موته لا بطريق الكفالة ويكون قوله اضمنوا عني ايصا منهم اليهم بالقضا عنه حتى
لو مات ولم يترك شيا لا يلزم الورثة شي فعلى هذا لا يلزم وبعضهم اجازوه على سبيل
الكفالة ووجهه ما اشار اليه ابو حنيفة في الاصل وقال هو بمنزلة المعبر عن غرمايه
وشرح هذه الاشارة والله اعلم ان المريض مرض الموت يتعلق بالدين بماله ويصير بمنزلة
الاجنبي عنه حتى لا ينفذ منه التصرف المبطل لحق الغريم ولو قال لو اجنبي للورثة اضمنوا
لغرما فلان عنه فقالوا ضمنا يكتفى به فكذا المريض ومنها وهو تفريع على مذهبهما ان يكون
عاقلا فلا يصح قبول المجنون والصبي الذي لا يعقل لانهما ليسا من اهل القبول ولا يجوز
قبول وليهما عنه لان القبول يعتبر ممن وقع له الايجاب ومن وقع له الايجاب ليس من اهل
القبول ومن قبل لم يقع الايجاب له فلا يعتبر قبوله واما حرية المكفول له فليست بشرط
لان العبد من اهل القبول والله اعلم واما الذي يرجع الى المكفول به فنوعان احدهما ان
يكون المكفول به مضمونا على الاصيل سوا كان دينا او عينا او نفسا او فعلا ليس بدين ولا عين
ولا نفس عند اصحابنا الا انه تشترط في الكفالة بالعين ان تكون مضمونة بنفسها وجملة
الكلام فيه ان المكفول به اربعة انواع عين ودين ونفس وفعل ليس بدين ولا عين ولا
نفس اما العين فنوعان عين هي امانة وعين هي مضمونة اما العين التي هي امانة
فلا تصح الكفالة بها سوا كانت امانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال الشركات والمضاربات
او كانت امانة واجبة التسليم كالعارية والمستاجر في يد الاجر لانه اضاف الكفالة
الى عينها وعينها ليست بمضمونة ولو كفل بتسليم المعار المستعار والمستاجر عن المستعير
والمستاجر للاجر جاز لانهما مضمونا التسليم عليهما فالكفالة اضيفت الى المضمون على الاصيل
وهو فعل التسليم فصحت واما العين المضمونة فنوعان احدهما مضمونة بنفسها كالمغصوب
والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشرا والثاني مضمونة بغيرها كالمبيع قبل

القبض والرهن ويصح الكفالة بالنوع الاول لانه كفالة بمضمون بنفسه الا ترى انه يجب رد عينه
حال قيامه ورد مثله او قيمته حال هلاكه فيصير مضمونا على الكفيل على هذا الوجه ايضا ۞ ولا
يصح بالنوع الثاني لان المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لا بنفسه الا ترى انه اذا هلك في يد البايع
لا يجب عليه شي ولكن يسقط الثمن عن المشتري ۞ وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين الا
ترى انه اذا هلك لا يجب على المرتهن شي ولكن يسقط الدين على الراهن بقدره ۞ واما الفعل
فهو فعل التسليم في الجملة ۞ فيجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن لان المبيع مضمون التسليم على
البايع والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضا الدين فكان المكفول له به مضمونا
على الاصيل وهو فعل التسليم فصحت الكفالة به لكنه اذا هلك لا شي على الكفيل لانه لم يبق
مضمونا على الاصيل فلا يبق على الكفيل ۞ ولو استاجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل فان كانت
الدابة بعينها لم يجز الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت لان في الوجه الاول الواجب
على الاجر فعل تسليم الدابة دون الحمل فلم يكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون على الاصيل
فلم يجز وفي الوجه الثاني الواجب عليه فعل الحمل دون تسليم الدابة فكانت الكفالة بالحمل
كفالة بفعل هو مضمون على الاصيل فجازت ۞ وعلى هذا اذا كفل بنفس من عليه الحق جاز عند
اصحابنا لان الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وفعل التسليم مضمون على الاصيل فقد كفل
بمضمون على الاصيل فجازت ۞ وكذا اذا كفل براسه او بوجهه او برقبته او بروحه او بنصفه
والاصل فيه انه اذا اضاف الكفالة الى جزء جامع كالراس والرقبة ونحوها جازت لان هذه
الاعضا يعبر بها عن جملة البدن فكان ذكرها ذكرا للبدن كما في باب الطلاق والعتاق وكذا
اذا اضافها الى جزء شايع كالنصف والثلث ونحوهما جازت لان حكم الكفالة بالنفس ثبوت
ولاية المطالبة بتسليم النفس والنفس في حق وجوب التسليم لا يتجزى وذكر بعض ما لا
يتجزى شرعا ذكر لكله كما في الطلاق والعتاق ۞ واذا اضافها الى اليد والرجل ونحوهما
من الاجزا المعينة لا يجوز لان هذه الاعضا لا يعبر بها عن جميع البدن وهي في حكم الكفالة
متجزية فلا يكون ذكرها ذكرا لجميع البدن كما في الطلاق والعتاق ۞ ولو قال في الكفالة
بالنفس هو علي جاز لان هذا صريح في التزام تسليم النفس وكذا اذا قال انا ضامن لوجهه
لان الوجه جزء جامع ۞ ولو قال انا ضامن لمعرفته لا يصح لان المعرفة لا يحتمل ان يكون مضمونة
على الاصيل ولو قال للطالب انا ضامن لك لا يصح لان المضمون غير معلوم اصلا ۞ ثم ما ذكرنا
من الكفالة بالعين والنفس والفعل انها صحيحة وما ذكرنا من التفريعات عليها مذهب
اصحابنا ۞ وقال الشافعي انها غير صحيحة ۞ وجه قوله ان الكفالة اضيفت الى غير
محلها فلا يصح ۞ ودلالة ذلك ان الكفالة التزام الدين فكان محلها الدين ولم يوجد وله
والتصرف المضاف الى غير محله باطل ولان القدرة على تسليم المكفول به شرط جواز الكفا
والقدرة على الاعتاق لا يتحقق ۞ ولنا قوله تعالى ولمن جا به حمل بعير وانا به زعيم اخبر
تعالى عن الكفالة بالعين عن الامم السالفة والمعبر والحكيم اذا حكى عن منكر غيره ولهذا حكم
لم يعرف له مخالف من غير الصحابة والتابعين الى زمن الشافعي فكان الانكار خروجا عن
الاجماع فكان باطلا ۞ ولما ذكرنا ان هذه كفالة اضيفت الى مضمون على الاصيل مقدور
الاستيفا من الكفيل فيصح اصله الكفالة بالدين ۞ وقوله الكفالة التزام الدين ممنوع بل
هي التزام المطالبة على الاصيل وقد يكون ذلك دينا وقد يكون عينا والدين مقدور التسليم
في حق الاصيل كالدين ۞ عبد مقر بالرق في يد رجل ياخذ المولى كفيلا بنفسه فابق فهو
باطل لانه كفل بما ليس بمضمون وكذا لو كفل بعد اباقه لما قلنا ۞ وكذا لو ادعى رجل على

[انسان]

انسان انه عبده وانكر المدعى عليه وزعم انه حر فكفل رجل بنفسه حتى لو اقام البينة على انه عبده
فمات المدعى عليه لا شي على الاصيل ولو كان المدعا في يد ثالث فقال انا ضامن كل قيمة هذا ان
استحقيته صحت الكفالة حتى لو اقام البينة انه عبده فمات المدعا فالكفيل ضامن كل قيمته لان
باقامة البينة تبين انه كفل بمضمون ۞ صبي في يد رجل يدعي انه ابنه وادعى رجل اخر انه عبده
فضمن له انسان فاقام المدعي البينة وقد مات الصبي فالكفيل ضامن لما ذكرنا انه لما قامت
البينة تبين انه كفل بمضمون ۞ وعن محمد فيمن ادعى على انسان انه غصب عبدا فقبل ان يقيم
البينة قال رجل انا ضامن بالعبد الذي يدعي فهو ضامن حتى ياتي بالعبد فيقيم البينة عليه
لانه كفل بمضمون على الاصيل وهو احضاره مجلس القاضي فان هلك واستحقه نفسه فهو ضامن
لقيمته لانه تبين انه كفل بمضمون بعين مضمون بنفسه ۞ وان ادعى انه غصب الف
درهم واستهلكها او عبدا ومات في يده فقال رجل خله فانا ضامن للمال او لقيمة العبد
فهو ضامن ياخذ به من ساعته ولا يقف على اقامة البينة لانه بقوله انا ضامن لقيمة العبد
اقر بكون القيمة واجبة على الاصيل فقد كفل بمضمون على الاصيل فلا يقف على البينة بخلاف
الفصل الاول لان هناك ما عرف وجوب القيمة باقراره بل باقامة البينة فيتوقف عليها والله
اعلم ۞ ويجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها وحد القذف والسرقة
اذا بذلها المطلوب فاعطاه بها كفيلا بلا خلاف بين اصحابنا هو الصحيح لانه كفالة بمضمون على
الاصيل مقدور الاستيفا من الكفيل فيصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين ۞ وانما
الخلاف في انه اذا امتنع من اعطا الكفيل هل يجبره القاضي عليه ۞ قال ابو حنيفة رحمه
الله لا يجبره ۞ وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يجبره ۞ وجه قولهما ان نفس
من عليه القصاص والحد مضمون التسليم عند الطلب كنفس من عليه الدين ثم تصح
الكفالة بنفس من عليه الدين ويجبر عليها عند الطلب فكذا هذا ۞ ولابي حنيفة رحمه
الله ان الكفالة شرعت وثيقة والحدود مبناها على الدرء فلا يناسبها التوثق بالجبر على
الكفالة ۞ ولا يلزمه الحبس في الحدود والقصاص قبل تزكية الشهود والحبس يتوثق
لان الحبس للتهمة لا للتوثق لان شهادة شاهدين او شاهد واحد لا يخلو عن ايراث تهمة
فكان الحبس لاجل التهمة دون التوثق ۞ ويجوز الجبر على اعطا الكفيل في التعزير لانه لا
يحتال لدرءه لكونه حق العبد واما الدين فيصح الكفالة به بلا خلاف لانه مضمون
على الاصيل مقدور الاستيفا من الكفيل ليكون العقد مفيدا فلا يجوز الكفالة بالحدود
والقصاص لتعذر الاستيفا من الكفيل فلا يفيد الكفالة فائدتها ۞ وهاهنا شرط ثالث
لكنه يخص الدين وهو ان يكون لازما فلا يصح الكفالة عن المكاتب لمولاه ببدل الكتابة
لانه ليس بدين لازم لان المكاتب يملك اسقاط الدين عن نفسه بالتعجيز بابا الكسب
فلو اجزنا الكفالة ببدل الكتابة لكان لا يخلو اما ان يملك الكفيل اسقاطه عن نفسه
كما يملك الاصيل ۞ واما ان لا يملك فان ملك لا يفيد الكفالة وان لم يملك فلم يكن هذا
التزام ما على الاصيل فلا يتحقق التصرف كفالة ۞ ولانا لو اجزنا هذه الكفالة لكان الدين
على الكفيل الزم منه على الاصيل لان المكاتب اذا مات عاجزا بطل عنه الدين ولو مات
الكفيل عاجزا مفلسا لم يبطل عنه الدين فكان الحق على الكفيل الزم منه على الاصيل
وهذا خلاف ما توجبه الاصول ولان الكفالة جوازها بالعرف فلا يجوز فيما لا عرف فيه
ولا عرف في الكفالة ببدل الكتابة ۞ وكذا لا يجوز الكفالة عن المكاتب لمولاه بساير
الديون سوى دين الكتابة لان غيره من الديون انما وجب للمولى عليه بسببه الا ترى انه

[حاشية: نفسه]

[حاشية: والنوع الثاني ان يكون ... مقدور ... الكفيل ... الاستيفا من الكفيل ...]

لولا لزوم الكتابة عليه لما وجب عليه دين اخر فكان دين الكتابة اصلا لوجوب دين اخر عليه فلما لم
يجز الكفالة بالاصل فلان لا يجوز بالفرع اولى ۞ ولا يجوز الكفالة ببدل السعاية عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما يجوز بناء على ان المستسعى بمنزلة المكاتب عنده ۞ وعندهما بمنزلة حر عليه
دين ۞ واما كون المكفول به معلوم الذات في انواع الكفالات او معلوم القدر فليس بشرط
حتى لو كفل باحد شيئين غير عين ۞ بان كفل بنفس رجل او بما عليه وهو الف جاز وعليهما
اخذ بما ايهما شا لان هذه جهالة مقدور الرفع بالبيان فلا يمنع جواز الكفالة ۞ وكذا اذا
كفل بنفس رجل او بما عليه او بنفس رجل اخر او بما عليه جاز ويبرا بدفع واحد منهما الى الطالب
ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه او بما يدركه في هذا البيع جاز لان جهالة قدر المكفول به
لا يمنع صحة الكفالة قال الله تعالى ولمن جا به حمل بعير وانا به زعيم اجاز الكفالة بحمل البعير مع
ان الحمل يحتمل الزيادة والنقصان ۞ ولو ضمن رجل بالعهدة فضمانه باطل عند ابي حنيفة وعندهما
صحيح ۞ وجه قولهما ان ضمان العهدة في متعارف الناس ضمان الدرك وهو ضمان الثمن
عند استحقاق المبيع وذلك جايز بلا خلاف عند اصحابنا ۞ ولابي حنيفة ان العهدة يحتمل الدرك
ويحتمل الصحيفة وهو الصك واحدهما وهو الصك غير مضمون على الاصيل فدارت العهدة
بين ان يكون بمضمون وغير مضمون فلا يصح مع الشك فلم يكن عدم الصحة عنده لجهالة المكفول
به بل لوقوع الشك في وجود شرط الجواز وهو كونه مضمونا على الاصيل وضمان الدرك هو
ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ۞ واذا استحق المبيع خاصم المشتري البايع اولا فاذا قضي عليه
بالثمن ويكون قضا على الكفيل وان يا خذ من ايهما شا ۞ وليس له ان يخاصم الكفيل اولا في
ظاهر الرواية ۞ وروي عن ابي يوسف انه الكفيل يكون خصما ۞ هذا اذا كان المبيع ما سوى
العبد فان كان عبدا فظهر انه حر بالبينة فللمشتري ان يخاصم ايهما شا بالاجماع ۞ ولو انفسخ
البيع بينهما بما سوى الاستحقاق بالرد بالعيب او بخيار الشرط او بخيار الروية لا يواخذ به الكفيل
لان ذلك ليس من الدرك ولو اخذ المشتري رهنا بالدرك لا يصح بخلاف الكفالة بالدرك
والفرق عرف في موضعه ۞ ولو بنا المشتري في الدار بنا ثم استحقت الدار ونقض عليه البنا
فللمشتري ان يرجع عليه بالثمن وبقيمة بنايه مبنيا اذا سلم النقض الى البايع وان لم يسلم
لا يرجع عليه الا بالثمن خاصة في ظاهر الرواية ۞ وروي عن ابي يوسف انه يرجع عليه بالثمن
وبقيمة البنا والتاليف ولو سلم النقض الى البايع وقضي عليه بالثمن وقيمة البنا مبنيا له ان ياخذ
ايهما شا بالثمن ويا خذ البايع بقيمة البنا خاصة في ظاهر الرواية وذكر الطحاوي انه ياخذ ايهما
شا بهما جميعا ان شا اخذهما من البايع وان شا اخذهما من الكفيل بالدرك ثم يرجع الكفيل
على البايع ان كانت الكفالة بامره ۞ جعل الطحاوي قيمة البنا بمنزلة الثمن وهو غير سديد لان
المفهوم من الدرك ضمان الثمن في متعارف الناس فلا يكون قيمة البنا داخلة تحت الكفالة بالدرك
وكذلك لو كان المبيع جارية فاستولدها المشتري ثم استحقها رجل واخذ منه قيمة الجارية وقيمة
الولد والعقر فان المشتري يا خذ الثمن من ايهما شا ولا يواخذ الكفيل بقيمة الولد وللمشتري
ان يا خذ قيمة الولد من البايع خاصة لانه لم يدخل تحت الكفالة بالدرك والله اعلم ۞ ولو
كفل بما له على فلان فقامت البينة عليه بالف ضمنها الكفيل لانه تبين انه كفل بمضمون على
الاصيل وان لم يقم البينة فالقول قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يقر به اما القول قوله
في المقر به لانه مال لزمه بالتزامه فيصدق بالقدر الملتزم كما اذا اقر على نفسه بمال مجهول
واما اليمين فلانه منكر للزيادة والقول قول المنكر مع يمينه في الشرع ۞ ولو اقر المكفول
عنه باكثر مما اقر به لم يصدق على كفيله لان اقرار الانسان حجة في حق نفسه لا في حق غيره

الكفالة صح

لانه مقر في حق نفسه مدعي في حق غيره ولا يظهر صدق المدعي الا بحجة

فصل

واما بيان حكم الكفالة فنقول وبالله التوفيق للكفالة حكمان احدهما ثبوت ولاية مطالبة الكفيل
بما على الاصيل عند عامة مشايخنا رحمهم الله ويطرد هذا الحكم في ساير انواع الكفالات
لان الكل في احتمال هذا الحكم على السواء وانما يختلف محل الحكم من الدين والعين والفعل
فيطالب الكفيل بالدين بدين واجب على الاصيل لا عليه فالدين على واحد والمطالب
اثنان غير ان الكفيل ان كان واحدا يكفل الدين وان كان به كفيلان والدين الف يطالب كل
واحد منهما بخمس مايه اذا لم يكفل كل واحد منهما عن صاحبه لانهما استويا في الكفالة
والمكفول به يحتمل الانقسام فيقسم عليهما في حق المطالبة كما في الشرا ويطالب الكفيل
بالنفس باحضار المكفول بنفسه ان لم يكن غايبا وان كان غايبا يوجل الكفيل الى مدة يمكنه
احضاره فيها فان لم يحضره في المدة ولم يظهر عجزه للقاضي حبسه الى ان يظهر عجزه له فاذا
علم القاضي ذلك بشهادة الشهود او غيرها اطلقه وانظره الى حال المقدرة على احضاره لانه
بمنزلة المفلس لكن لا يحول بين الطالب وبين الكفيل بل يلازمه ويطالب الكفيل بالعين بتسليم
عينها ان كانت قايمة ومثلها او قيمتها ان كانت هالكة ويطالب الكفيل بتسليم العين وبالفعل
بهما ۞ وقال بعض مشايخنا ان حكم الكفالة بالدين وجوب اصل الدين على الكفيل والمطالبة
مرتبة عليه فيطالب الكفيل بدين واجب عليه لا على الاصيل كما يطالب الاصيل بدين عليه
لا على الكفيل فيتعدد الدين حسب تعدد المطالبة وبه اخذ الشافعي وزعم ان هذا
يمنع من صحة الكفالة بالاعيان المضمونة والنفس والفعل لان هذا الحكم لا يتحقق في
الكفالة بغير الدين وهو مخطي في زعمه لان الكفالات انواع ولكل نوع حكم على حدة
فانعدام حكم نوع اخر فاما براة الاصيل فليس حكم الكفالة عند عامة العلما والطالب
بالخيار ان شا طالب الاصيل وان شا طالب الكفيل الا اذا كانت الكفالة بشرط براة
الاصيل لانها حوالة معنى او كانت مقيدة بما عليه من الدين لانها في معنى الحوالة ۞ وقال
ابن ابي ليلى ان الكفالة توجب براة الاصيل والصحيح قول العامة لان الكفالة تنبي عن
الضم وهو ضم ذمة الى ذمة في حق المطالبة بما على الاصيل او في حق اصل الدين
والبراة تنافي الضم ولان الكفالة لو كانت مبريا لكانت حوالة وهما متغايران لان تغاير
الاسامي دليل تغاير المعاني في الاصل وايهما اختار مطالبته لا يبرا الاخر بل يملك مطالبته
فرقوا بين هذا وبين غاصب الغاصب ان للمالك اختيار تضمين ايهما شا واذا اختار تضمين
احدهما فقد ملك المضمون لا يملك اختيار الاخر ۞ ووجه الفرق ان المضمونات
تملك عند اختيار الضمان فاذا اختار تضمين احدهما فقد ملك المضمون فلا يملك الرجوع
عنه هذا المعنى هاهنا معدوم لان اختيار الطالب مطالبة احدهما بالمضمون لا يتضمن
ملك المضمون فهو الفرق وكذا فرقوا بين هذا وبين العبد المشترك بين اثنين اعتقه
احدهما وهو موسر حتى ثبت للشريك الساكت اختيار تضمين المعتق واستسعا العبد
فاختيار احدهما يبطل اختيار الاخر لانه لما اختار الضمان صار نصيبه منقولا الى المعتق
عند اختياره لان المضمونات تملك عند اختيار الضمان فلو اختار الاستسعا يسعى
وهو رقيق عنده وانما العتق كله باداء السعاية وبينهما تنافي ولا تنافي هاهنا لان الطالب
لا يملك المضمون باختيار المطالبة فيملك مطالبة الاخر ۞ والثاني ثبوت ولاية
مطالبة الكفيل للاصيل اذا كانت الكفالة بالنفس يطالبه الكفيل بتسليم عينها ان كانت
قايمة وتسليم مثلها او قيمتها ان كانت هالكة اذا طولب به وان كانت بفعل التسليم

الدين الف وبه كفيلان

واجب صح

الطالب بالخيار

لانه مقر

والحمل يطالبه بهما ان كانت بالدين يطالبه بالخلاص اذا طولب فكلما طولب الكفيل طالب
هو الكفيل عنه بالخلاص وان حبس كان له ان يحبس المكفول عنه لانه هو الذي اوقعه
في هذه العهدة فكان عليه تخليصه منها وان كانت الكفالة بغير كفالته امره فليس للكفيل
حق ملازمة الاصيل اذا لوزم ولا حق الحبس اذا حبس وليس له ان يطالب بالمال قبل
ان يودي هو وان كانت الكفالة بامره لان ولاية المطالبة انما تثبت بحكم القرض بحكم
القرض او التمليك على ما نذكر وكل ذلك يقف على الادا ولم يوجد بخلاف الوكيل ان له
ولاية مطالبة الموكل بالثمن بعد الشرا قبل ان يودي هو من مال نفسه لان هناك
الثمن يقابل المبيع والملك في المبيع كما وقع وقع للموكل فكان الثمن عليه فكان له ان يطالبه به
وهاهنا المطالبة بسبب القرض او التمليك ولم يوجد

فصل

واما بيان ما يخرج به الكفيل عن الكفالة فنقول وبالله التوفيق اما الكفيل بالمال
فانما يخرج عن الكفالة باحد امرين احدهما ادا المال الى الطالب او ما هو في معنى الادا
سوا كان الادا من الكفيل او من الاصيل لان حق المطالبة للتوسل الى الادا فاذا وجد
فقد حصل المقصود فينتهي حكم العقد ولهذا اذا وهب الطالب المال من الكفيل او من
الاصيل لان الهبة بمنزلة الادا لما ذكرنا وكذا اذا تصدق به على الكفيل وعلى الاصيل
لان التصدق تمليك كالهبة فكان هو وادا المال سوا كالهبة والثاني الابرا وما هو في معناه
ابرا الطالب الكفيل والاصيل خرج عن الكفالة غير انه اذا ابرا الكفيل لا يبرا الاصيل
واذا ابرا الاصيل يبرا الكفيل لان الدين على الاصيل لا على الكفيل انما عليه حق المطالبة
ضرورة لان المطالبة بالدين ولا دين محال فاما ابرا الكفيل فابرا عن المطالبة لا عن الدين اذ لا دين
عليه وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط اصل الدين عن الاصيل لكنه يخرج
الكفيل عن الكفالة لان حكم الكفالة حق المطالبة فاذا سقط ينتهي الى ان ابرا الاصيل يرتد بالرد
وكذا الهبة منه والتصدق عليه وابرا الكفيل لا يرتد بالرد والهبة منه والتصدق عليه يرتد
بالرد والفرق بين هذه الجملة نعرف في موضعين واذا ارتدت هذه التصرفات برد الاصيل
عاد الدين الى ذمته وهل يعود المطالبة بالدين الى الاصيل الكفيل اختلف المشايخ فيه ولو
الاصيل او وهب منه بعد موته فردوا ورثته يرتد عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد
لا يرتد وجه قوله ان هذا بمنزلة ما لو ابراه حال حيوته ثم مات قبل الرد وهناك
لا ترد الورثة كذا هاهنا ولهما ان ابراه بعد موته ابرا الورثة لانهم يطالبون بدينه من ماله
بعد موته وابرا الورثة يرتد بردهم بخلاف حالة الحيوة لانهم لا يطالبون بدينه بوجه فانقضى
حكم الابرا عليه فلا يرتد برد الورثة وكذا لو قال الطالب للكفيل بريت الي من المال لان هذا
اقرار بالقبض والاستيفا لانه جعل نفسه غاية لبراته والبراة التي هي غايتها نفسه هي براة
القبض والاستيفا برآ جميعا لان استيفا الدين يوجب براتهما جميعا ويرجع الكفيل على
الاصيل اذا كانت الكفالة بامره لما ذكرنا ولو قال بريت من المال ولم يقل الي فكذلك
عند ابي يوسف وهذا وقوله بريت الي سوا عنده وعند محمد يبرا الكفيل دون الاصيل وهذا
وقوله ابراتك سوا عنده وجه قول محمد ان البراة من المال قد يكون بالادا وقد
يكون بالابرا فلا يحمل على الادا الا بدليل زايد وقد وجد ذلك في الاول وهو قوله الي لان ذلك
ينبي عن معنى الادا اليه لما ذكرنا ولم يوجد هاهنا فيحمل على الابرا لان البراة حكم الابرا في الاصل
وجه قول ابي يوسف ان البراة المضافة الى المال يستعمل في الادا عرفا وعادة فيحمل
عليه ولا يجوز تعليق البراة من الكفالة بشرط لان في الابراة فيها معنى التمليك والتمليك

580

لا يحتمل التعليق بالشرط ولو احال الكفيل الطالب بمال الكفالة على رجل وقبله الطالب والمحتال
عليه خرج عن الكفالة عند اصحابنا الثلثة وكذا اذا احاله المطلوب بمال المطلوب الكفالة على رجل
وقبله لان الحوالة مبرية عن الدين والمطالبة جميعا عند عامة مشايخنا وعند بعضهم مبرية
عن المطالبة وابرا الكفيل والاصيل يخرج لما ذكرنا وعند زفر لا يخرج الكفيل عن الكفالة بالحوالة
لان الحوالة عنده ليست بمبرية اصلا وسنذكره في كتاب الحوالة ان شا الله تعالى وكذا الكفيل يخرج
عن الكفالة بالصلح كما يخرج بالحوالة بان صالح الكفيل الطالب على بعض المدعى لان الصلح على جنس
المدعا اسقاط بعض الجنس فكان في معنى الابرا وعلى خلاف الجنس معاوضة فكان في معنى الابرا
وكل ذلك يخرج عن الكفالة غير ان في حالين يبرا الاصيل والكفيل جميعا وفي حال يبرا الكفيل
دون الاصيل اما الحالان اللذان يبرآن فيهما الكفيل والاصيل جميعا احدهما ان يقول الكفيل
للطالب صالحتك من الالف على خمس مائة على اني والمكفول عنه بريان من الخمس المائة
الباقية ويكون الطالب في الخمس مائة التي وقع عليها الصلح بالخيار ان شا اخذها من الكفيل
ثم الكفيل يرجع بها على الاصيل وان شا اخذها من الاصيل والثانية ان يقول صالحتك
على خمس مائة مطلقا عن شرط البراة المضافة الى الكفيل ابرا عن الدين والدين واحد فاذا
سقط عن الاصيل سقط مطالبته للكفيل واما الحال التي يبرا الكفيل فيها دون الاصيل فهي
ان يقول الكفيل للطالب صالحتك على اني بري من الخمس مائة وقد بينا الفرق فيما تقدم
والطالب بالخيار ان شا اخذ جميع دينه من الاصيل وان شا اخذ من الكفيل خمس مائة ومن
الاصيل خمس مائة ثم يرجع الكفيل على الاصيل بما ادى ان كان الصلح بامره واما الكفيل
بالنفس فيخرج عن الكفالة بثلثة اشيا احدها تسليم النفس الى الطالب وهو التخلية بينه
وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على احضاره مجلس القاضي لان التسليم في مثل هذا
الموضع يحصل المقصود من العقد وهو امكان استيفا الحق بالرافعة الى القاضي واذا حصل
المقصود ينتهي حكمه فيخرج عن الكفالة ولو سلم في صحرا او برية لا يخرج لانه لا يحصل
المقصود ولو سلمه في السوق او في المصر سوا اطلق الكفالة او قيدها بالتسليم في
مجلس القاضي اما اذا اطلق فظاهر لانه يتقيد بمكان يقدر على احضاره مجلس القاضي
بدلالة العرف وكذا اذا قيد لان التسليم في هذه الامكنة تسليم في مجلس القاضي
بواسطة وعندهما لا يخرج عنها الا ان سلمه في المصر المشروط وجه قولهما
ان التقييد بالمصر مفيد لجواز ان يكون للطالب بينة يقدر على اقامتها فيه دون غيره
فكان التعيين مفيدا فيتقيد به وجه قول ابي حنيفة ما ذكرنا ان المقصود
من تسليم النفس هو الوصول الى الحق بالرافعة الى القاضي وهذا الغرض ممكن الاستيفا
من كل قاضي فلا يصح التعيين ولو سلم في السواد في مكان لا قاضي فيه لا يخرج من الكفالة
لان التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة الى المقصود فكان وجوده وعدمه بمنزلة
واحدة ولو شرط ان يدفع اليه عند الامير فدفع اليه عند القاضي خرج عن الكفالة
وكذا اذا عزل الامير وولي غيره فدفعه اليه عند الثاني لان التسليم عند كل من ذلك
يحصل المقصود فلم يكن التقييد مفيدا فلا يتقيد ولو كفل جماعة بنفس رجل كفالة
واحدة فاحضره احدهم برئوا جميعا وان كانت الكفالة متفرقة لم يبرا الباقون
وجه الفرق ان الداخل تحت الكفالة الواحدة فعل واحد وهو الاحضار وقد
حصل ذلك بواحد والداخل تحت الكفالات المتفرقة افعال متفرقة فلا يحصل باحضار
واحد الابراءة فيبرا دون الباقين وليس هذا كما اذا كفل جماعة بمال واحد كفالة

واحدة او متفرقه فادي احدهم بري الباقون لان الدين سقط عن الاصيل باداء المال فلا يبقى على
الكفيل الا مر والله اعلم ۞ ولو كفل رجل بنفس رجل فان لم يواف به غدا فعليه ما عليه وكذا فلقي
الرجل الطالب فخاصمه الطالب ولازمه فالمال على الكفيل وان لازمه الي اخر اليوم لانه لم يوجد
من الكفيل الموافاه به ۞ ولو قال الرجل للطالب قد دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برى
الكفيل من المال سوا كانت الكفالة بالنفس بامره او بغير امره لانه اقام نفسه مقام الكفيل
في التسليم عنه فصح التسليم كمن تبرع بقضا دين غيره غيران هناك لا يجبر على القبول
وهاهنا يجبر على القبول ووجه الفرق ان انعدام الجبر على القبول في باب المال للتحرز عن
لحوق المنة المطلوبة من جهة المتبرع لان نفسه ربما لا تطاوعه تحمل المنة فيتضرر به وهذا
المعنى هاهنا منعدم لان تسليم نفسه واجب عليه ولا منه في ادا الواجب سوا كانت النفس
بامرة او بغير امره لان نفسه مضمون التسليم في الحالين والله اعلم ۞ والثاني الابرا اذا
ابرا الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة لان حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة
بتسليم النفس وقد اسقط المطالبة عنه بالابرا فينتهي الحق ضرورة ولا يكون هذا ابرا
للاصيل لانه اسقط المطالبة دون الاصيل واذا ابرا الاصيل بريا جميعا لان الكفالة
بمضمون على الاصيل وقد بطل الضمان بالابرا فينتهي حكم الكفالة ۞ والثالث موت
المكفول بنفسه لان الكفالة بمضمون على الاصيل وقد سقط الضمان عنه فتسقط عن الكفيل
واما الكفيل بالاعيان المضمونة بنفسها ان كانت قايمة والافعال المضمونه فيخرج عن الكفالة
باحد امرين احدهما تسليم العين المضمونة بنفسها ان كانت قايمة وتسليم مثلها او قيمتها ان
كانت هالكة وتحصيل الفعل المضمون وهو التسليم والحمل والثاني الابرا فلا تخرج بموت
الغاصب والبايع والمكاري لان نفس هولا غير مكفول بها حتى يسقط بموتهم والله اعلم

فصل

واما رجوع الكفيل فجملة الكلام في الرجوع في موضعين ۞ احدهما
في شرايط ولاية الرجوع ۞ وفي بيان ما يرجع به ۞ اما الشرايط فانواع ۞ منها ان يكون
الكفالة بامر المكفول عنه لان معنى الاستقراض لا يتحقق بدونه ولو كفل بغير امره لا يرجع
عليه عند عامة العلما ۞ وقال مالك يرجع والصحيح قول العامة لان الكفالة بغير
امر المكفول عنه تبرع بقضا دين الغير فلا يحتمل الرجوع ۞ ومنها ان يكون باذن صحيح وهو
اذن من يجوز اقراره على نفسه بالدين حتى انه لو كفل عن الصبي المحجور باذنه فادي لا يرجع لان
اذنه بالكفالة لم يصح لانه من المكفول عنه استقراض واستقراض الصبي لا يتعلق به الضمان
واما العبد المحجور فاذنه بالكفالة صحيح في حق نفسه حتى يرجع عليه بعد العتاق لكن لا يصح في
حق المولي فلا يواخذ به في الحال ۞ ومنها اضافة المال اليه ۞ بان يقول اضمن عني ولو
قال اضمن كذا ولم يضف الي نفسه لا يرجع لانه اذا لم يضف اليه فالكفالة لم تصح امرا صالة
اياه فلا يرجع عليه ۞ ومنها اداء المال الي الطالب او ما هو في معنى الادا اليه فلا يملك الرجوع
قبل الادا لان معنى الاقراض والتمليك لا يتحقق الا بالادا فلا يملك الرجوع قبله ۞ ومنها
ان لا يكون للاصيل على الكفيل دين مثله فاما اذا كان فلا يرجع لانه اذا ادي الدين التقا
الدينان قصاصا اذ لو ثبت للكفيل حق الرجوع على الاصيل لثبت للاصيل ان يرجع عليه ايضا
فلا فلا نقد كا فيسقطان جميعا ۞ ولو وهب صاحب الدين للكفيل المال يرجع على الاصيل كما
اذا ملكه بالادا ۞ واذا وهب الدين من الاصيل بري الكفيل لان هذا واداء المال سوا
لانه لما وهبه منه فقد ملك ما في ذمته كما اذا ادي ۞ ولو مات الطالب فورثه الكفيل رجع
على الاصيل ۞ ولو ورثه الاصيل برا الكفيل لان الارث من اسباب الملك فيملكه الاصيل

المال صح

ومتى ملكه بري فبرا الكفيل كما اذا ادي ولو ادي الطالب الكفيل لا يرجع على الاصيل لان الابرا
اسقاط وهو في حق الكفيل اسقاط المطالبة لا غير ولهذا لا يوجب ابرا الكفيل براة الاصيل فلم يكن
فيه معنى تمليك الدين اصلا فلا يرجع ۞ ولو ابرا الكفيل المكفول عنه مما ضمنه بامره قبل ادايه
او وهب منه جاز حتى لو اداه الكفيل بعد ذلك لا يرجع عليه لان سبب وجوب الحق له على
الاصيل وهو العقد باذنه موجودا والابرا عن الحق بعد وجود سبب الوجوب قبل الوجوب جايز
كالابرا عن الاجرة قبل مضي مدة الاجارة ۞ ولو لم يود الكفيل ما كفل به حتى عجل الاصيل لمن
كفل عنه ودفع الي الكفيل ينظر ان دفعه على وجه القضا يجوز لان ولاية الرجوع على الاصيل
ان لم تكن ثابتة له في الحال لكنها تثبت بعد الادا فاشبه الدين الموجل اذا عجله المطلوب
قبل حل الاجل انه يقبل منه ويكون قضا كذا هذا ۞ وبري الاصيل من دين الكفيل ولكن لا
يبرا من دين المكفول له وله ان يطالب ايهما شا فان اخذ من الاصيل كان له ان يرجع على
الكفيل بما ادي لانه تبين انه لم يكن قضا ۞ وان كان الكفيل يتصرف في ذلك المعجل وربح
هل يطيب له الربح ينظر ان كان الدين دراهم او دنانير بالاجماع لانهما لا يتعينان في عقود
المعاوضات فحصل التمليك باذن صاحبها فيطيب له الربح ۞ وان كان الدين مكيلا و
موزونا مما يتعين في العقد يطيب له الربح عند ابي يوسف ومحمد ايضا ۞ وعن ابي حنيفة
ثلث روايات ذكر في كتاب البيوع انه طاب له الربح ولم يذكر الخلاف ۞ وفي رواية قال
يتصدق وفي رواية قال احب الي ان يرد الربح على المكفول عنه ۞ هذا اذا دفعه على
وجه القضا ۞ فاما اذا دفعه اليه على وجه الرسالة ليودي الدين مما دفعه اليه لا على وجه
القضا فتصرف فيه الكفيل وربح لا يطيب له الربح سوا كان الدين دراهم او دنانير او غيرهما
من المكيل او الموزون عند ابي حنيفة ومحمد ۞ وعند ابي يوسف يطيب وهو كاختلافهم في
المودع والغاصب اذا تصرف في الوديعة والمغصوب وربح فيهما انه لا يطيب له الربح عندهما
وعند ابي يوسف يطيب والمسلة تاتي في موضعها ان شا الله تعالى ۞ ولو قال الطالب
للكفيل بريت الي من المال يرجع على الاصيل بالاجماع لان هذا اقرار بالقبض والاستيفا لما
نذكر وفي قوله بريت من المال اختلاف نذكره بعد هذا ان شا الله تعالى ۞ ولو كفل رجلان
لرجل عن رجل بامره بالف درهم حتى ثبت للطالب ولاية مطالبة كل واحد منهما بخمس مايه
فادي احدهما شيا من مال الكفالة فاراد ان يرجع على صاحبه ۞ فهو لا يخلوا اما ان كفل
واحد منهما عن صاحبه بما عليه وقت العقد او بعده او كفل واحد منهما عن صاحبه بما
عليه دون الاخر او لم يكفل واحد منهما عن صاحبه اصلا فان لم يكفل واحد منهما عن صاحبه
اصلا لا يرجع على صاحبه بشي مما ادي لانه ادي عن نفسه لا عن صاحبه بما عليه ولم يكفل عنه
صاحبه بما عليه فالقول قوله فيما ادي انه من كفالة صاحبه او من كفالة نفسه لانه لزمه
المطالبه بالمال من وجهين احدهما من جهة كفالة نفسه عن الاصيل ۞ والثاني من جهة
الكفالة عن صاحبه وليس احد الوجهين اولي من الاخر فكان له ولاية الادا عن ايهما شا
والثاني من جهة الكفالة فاذا قال اديته عن كفالة صاحبي يصدق ويرجع عليه لانه
كفل عنه بامره وكذا اذا قال اديته عن كفالة الاصيل يقبل منه ويرجع عليه لانه كفل
عنه بامره سوا قال ذلك بعد ادا المال الي الطالب او قال ابتدا اني اودي عن كفالة
صاحبي ۞ وان كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما ادي كل واحد منهما يكون عن
نفسه الي هذا القدر فلا يرجع على شريكه ۞ وكذا اذا قال ابتدا اني اودي عن شريكي
لا عن نفسي لا يقبل منه ويكون عن نفسه الي هذا القدر ولا يرجع على شريكه ما لم يزد

عجل الاصيل لمن كفل عنه

المودي على خمس مائة لان المودي الى خمس مائة له معارض والزيادة لا معارض لها فاذا زاد على خمس مائة يرجع بالزيادة ان شاء على شريكه وان شاء على الاصيل • وكذا اذا اشترى رجلان من رجل عبدا بالف درهم وكفل كل واحد منهما عن صاحبه بحصته من الثمن فما ادى احد مما يقع عن نفسه ولا يرجع على شريكه حتى يزيد على النصف لما ذكرنا • وكذلك المتفاوضان اذا افترقا وعليهما دين فلصاحب الدين ان يطالب كل واحد منهما وايهما ادى شيا لا يرجع على شريكه حتى يزيد المودي على النصف لما ذكرنا • هذا اذا كفل كل واحد منهما كفالة واحدة ولم يكفل كل واحد جميع المال فاما اذا كفل واحد منهما كفالة متفرقة بجميع المال عن المطلوب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بما عليه فما ادى احدهما شيا يرجع به على الكفيل الاصيل ان شا وان شا يرجع بنصفه على شريكه لان حق المطالبة بجميع المال لزم كل واحد منهما من وجهي الكفالة عن نفسه والكفالة عن صاحبه على السوا فيقع المودي بنصفه عن نفسه ونصفه عن شريكه لتساويهما في الكفالتين بالمودا واذا وقع نصف المودا عن صاحبه فيرجع عليه ليستويا به في الادا كما استويا في الكفالة بالمودا بخلاف الفصل الاول لان هناك كل واحد منهما اصيل في نصف المال بالكفالة عن نفسه كفيل عن صاحبه بالكفالة عنه فيكون مودبا عن نفسه الى النصف وهاهنا بخلافه على ما مر • واما بيان ما يرجع به الكفيل • فنقول وبالله التوفيق ان الكفيل يرجع بما كفل لا بما ادى حتى لو كفل عن رجل بدراهم صحاح جياد فاعطاه مكسرة او زيوفا وتجوز به الطالب يرجع عليه بالصحاح الجياد لانه بالادا ملك ما في ذمة الاصيل ويرجع بالمملوك وهو الصحاح الجياد وليس هذا كالمامور بادا الدين انه يرجع بالمودا لا بالدين لانه بالادا ما ملك الدين بل اقرض المود من الامر فيرجع عليه بما اقرضه وكذا لو اعطاه بالدراهم دنانير او شيا من المكيل او الموزون فانه يرجع عليه بما كفل لا بما ادى بما ذكرنا بخلاف ما اذا صالح من الالف على خمس مائة انه يرجع بالخمس مائة لا بالالف لانه بادا الخمس مائة ما ملك ما في ذمة الاصيل وهو الالف لانه لا يمكن ايقاع الصلح تمليكا هاهنا لانه يودي الى الربوا فيقع اسقاطا لبعض الحق والساقط لا يحتمل الرجوع به • وعن محمد فيمن كفل بخمسة دنانير فصالح الطالب الكفيل على ثلثة ولم يقل اصالحك على ان تبريني فالصلح وقع على الكفيل والاصيل وبريا جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلثة دنانير • ولو قال اصالحك على ثلثة على ان تبريني فهذا براة عن الكفيل خاصة ويرجع الطالب على المطلوب به بدينارين لان في الفصل الاول ايقاع الصلح على ثلثة تصرف في نفس الحق باسقاط بعضه فكان الصلح واقعا عليهما جميعا فيبران جميعا ويرجع الكفيل على الاصيل بثلثة دنانير لانه ملك هذا القدر بالادا فيرجع به عليه • واما في الفصل الثاني فاضافة الصلح الى ثلثة مقرونا بشرط الابرا المضاف الى الكفيل ابرا الكفيل عن المطالبة بدينارين وابرا الكفيل لا يوجب ابرا الاصيل فيبرى الكفيل وبقي الديناران على الاصيل فياخذ الطالب بهما والله اعلم •

كتاب الحوالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع • في بيان ركن الحوالة • وفي بيان شرايط الركن • وفي بيان حكم الحوالة • وفي بيان ما يخرج به المحتال عليه عن الحوالة • وفي بيان الرجوع بعد الخروج • اما ركن الحوالة فهو الايجاب والقبول الايجاب من المحيل والقبول من المحتال عليه والمحتال له جميعا • فالايجاب ان يقول المحيل للطالب احلتك على فلان بكذا والقبول من المحتال عليه والمحتال ان يقول كل واحد منهما قبلت او رضيت او نحو ذلك مما يدل على الرضى والقبول وهذا عند اصحابنا وقال الشافعي ان لم يكن للمحتال على المحتال عليه دين فكذلك فاما اذا كان له عليه دين فيتم بايجاب المحيل وقبول المحتال • وجه قوله ان المحيل في هذه الصورة مستوفي حق نفسه بيد الطالب فلا يقف على قبول من عليه الحق كما اذا وكله بالقبض وليس هو كالمحتال له لان الحوالة تصرف عليه بنقل حقه من ذمة الى ذمة مع اختلاف الذمم فلا يصح من غير رضى صاحب الحق • ولنا ان الحوالة تصرف على المحتال عليه بنقل الحق الى ذمته فلا يتم الا بقبوله ورضاه بخلاف التوكيل بقبض الدين لانه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب اليه ابتدا بل هو تصرف بادا الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه ولان الناس في اقتضا الديون والمطالبة بها على التفاوت بعضهم اسهل مطالبة واقتضا وبعضهم اصعب فلا بد من قبوله ليكون لزوم ضرر الصعوبة مضافا الى التزامه

فصل

واما الشرايط فانواع • بعضها يرجع الى المحيل • وبعضها يرجع الى المحتال له • وبعضها يرجع الى المحتال عليه • وبعضها يرجع الى المحتال به • اما الذي يرجع الى المحيل فانواع • منها ان يكون عاقلا فلا تصح حوالة المجنون والصبي الذي لا يعقل لان العقل من شرايط اهلية التصرفات كلها • ومنها ان يكون بالغا وهو شرط النفاذ دون الانعقاد فتنعقد حوالة الصبي العاقل موقوفا نفاذه على اجازة وليه لان الحوالة ابرا بحالها وفيها معنى المعاوضة بما لها خصوصا اذا كانت مقيدة فتنعقد من الصبي كالبيع ونحوه • واما حرية المحيل فليست بشرط لصحة الحوالة حتى تصح حوالة العبد ماذونا كان في التجارة او محجورا لانها ليست تبرع بالتزام شي كالكفالة فيملكها العبد غير انه ان كان ماذونا في التجارة رجع عليه المحتال عليه للحال اذا ادى ولم يكن للعبد دين مثله ويتعلق برقبته وان كان محجورا يرجع عليه بعد العتق • وكذا الصحة ليست بشرط لصحة الحوالة لانها من قبل المحيل ليست بتبرع فتصح من المريض • ومنها رضى المحيل حتى لو كان مكرها في الحوالة لا تصح لان الحوالة ابرا فيها معنى التمليك فيفسده الاكراه كسائر التمليكات • واما الذي يرجع الى المحتال له فانواع ايضا • منها العقل لما ذكرنا ولان قبوله ركن وغير العاقل لا يكون من اهل القبول • ومنها البلوغ وانه شرط النفاذ دون الانعقاد فينعقد احتياله موقوفا على اجازة وليه ان كان الثاني املى من الاول • وكذا الوصي اذا احتال بمال اليتيم لا يصح الا بهذه الشريطة لانه منهي عن قربان ماله الا على وجه الاحسن قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن • ومنها الرضى حتى لو احتال مكرها لا يصح لما ذكرنا • ومنها مجلس الحوالة وهو شرط الانعقاد عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف شرط النفاذ حتى ان المحتال له لو كان غايبا عن المجلس فبلغه الخبر فاجاز لا ينفذ عندهما وعند ابي يوسف ينفذ والصحيح قولهما لان قبوله من احد الاركان الثلثة فكان كلامهما بدونه شطر العقد فلا يقف على غايب عن المجلس كما في البيع • واما الذي يرجع الى المحتال عليه فانواع ايضا • منها العقل فلا يصح من المجنون والصبي الذي لا يعقل قبول الحوالة اصلا لما ذكرنا • ومنها البلوغ وانه شرط الانعقاد ايضا فلا يصح من الصبي قبول الحوالة اصلا وان كان عاقلا سوا كان محجورا او ماذونا في التجارة وسوا كان الحوالة بغير امر المحتال او بامره • اما اذا كان بغير امره فظاهر لانه لا يملك الرجوع على المحيل فكان تبرعا ابتدا به وانتها به • وكذا اذا كان بامره لانه تبرع ابتدا به فلا يملكه الصبي محجورا كان او ماذونا كالكفالة • ولو قبل وليه عنه لا يصح ايضا لانه من التصرفات الضارة فلا يملكه الولي • ومنها الرضى حتى لو كان اكره على قبول الحوالة لا يصح • ومنها المجلس وانه شرط الانعقاد عندهما لما ذكرنا في جانب المحيل • واما الذي يرجع الى المحتال به فنوعان

لي

احدهما ان يكون دينا فلا تصح الحوالة بالاعيان لانها نقل ما في الذمة ولم يوجد والثاني ان
يكون لازما فلا تصح الحوالة بدين غير لازم كبدل الكتابة وما يجري مجراه لان ذلك دين
تسمية لا حقيقة اذ المولى لا يجب له على عبده دين والاصل ان كل دين لا تصح به الكفالة لا تصح
به الحوالة ۞ واما وجوب الدين على المحتال عليه للمحيل قبل الحوالة فليس بشرط لصحة الحوالة
حتى تصح الحوالة سوا كان للمحيل على المحتال عليه دين او لم يكن وسوا كانت الحوالة مطلقة او
مقيدة ۞ والجملة فيه ان الحوالة نوعان مطلق ومقيد ۞ فالمطلق ان يحيل بالدين على فلان ولا
يقيده بالدين الذي عليه والمقيد ان يقيده بذلك والحوالة بكل واحد من النوعين
جايزة لقول النبي صلى الله عليه وسلم من احيل على ملي فليتبع من غير فصل الا ان الحوالة
المطلقة تخالف الحوالة المقيدة في الاحكام ۞ منها انه اذا اطلق الحوالة ولم يكن له على المحتال
عليه دين فان المحتال له يطالب المحتال عليه بدين الحوالة لا غير وان كان له عليه دين فان
المحتال عليه يطالب بدينين دين الحوالة ودين المحيل فيطالبه المحتال له بدين الحوالة
ويطالبه المحيل بالدين الذي له عليه ولا يسقط حق المطالبة للمحيل بدينه بسبب الحوالة
لان الحوالة لم تتقيد بالدين الذي للمحيل عليه لانها وجدت مطلقة عن هذه الشريطة
فيتعلق دين الحوالة بذمته ويبقى دين المحيل على حاله واذا قيدها بالدين الدين الذي عليه
يسقط حق مطالبة المحيل لانه قيد الحوالة بهذا الدين فتتقيد به ويكون ذلك الالف الدين
بمنزلة عنده ولم يكن رهنا على الحقيقة ۞ ومنها لو ظهرت براة المحتال عليه من الدين الذي قيدت
الحوالة به بان كان الدين ثمن مبيع فاستحق المبيع بطل الحوالة ۞ ولو سقط عنه الدين بمعنى عارض
بان هلك المبيع عند البايع قبل التسليم بعد الحوالة حتى سقط الثمن عنه لا تبطل الحوالة لكن
اذا ادى الدين بعد سقوط الثمن يرجع بما ادى على المحيل لانه قضى دينه بامره ولو ظهر ذلك في
الحوالة المطلقة لا تبطل لانه لما قيد الحوالة به فقد تعلق الدين به واذا ظهر لانه لا دين فقد ظهر
انه لا حوالة لان الحوالة بالدين وقد تبين انه لا دين فتبين انه لا حوالة ضرورة وهذا لا يوجد
في الحوالة المطلقة لان تعلق الدين به يوجب تقييد الحوالة ولم يوجد فلا يتعلق به فيتعلق بالذمة
فلا يظهر لان الحوالة كانت باطلة ۞ وكذلك لو قيد الحوالة بالف وديعة عند رجل فهلكت الالف
عند المودع بطلت الحوالة ولو كانت الالف على المحتال عليه مضمونة لا تبطل الحوالة بالهلاك لانه
يجب عليه مثلها ۞ ومنها اذا مات المحيل في الحوالة المقيدة قبل ان يودي المحال عليه الدين الى
المحتال له وعلى المحيل ديون سوى دين المحتال له وليس له مال سوى هذا الدين لا يكون المحتال
له احق من بين ساير الغرما عند اصحابنا الثلثة وعند زفر يكون احق به من ساير الغرما كالرهن
ولنا الفرق بين الحوالة وبين الرهن وهو ان المرتهن اختص بغرم الرهن من ساير الغرما الا ترى
انه لو هلك يسقط دينه خاصة ولما اختص بغرمه اختص بغنمه لان الخراج بالضمان فاما المحتال
له في الحوالة المقيدة فلم يختص بغرم ذلك المال الا ترى انه لو توى لا يسقط دينه على المحيل والتوى
على المحيل دونه فلما لم يختص بغرمه لم يختص بغنمه ايضا بل يكون هو وغرما المحيل اسوة في ذلك
واذا اراد المحيل ان ياخذ المحتال عليه بقية دينه فليس له ذلك لان المال الذي قيدت به ٥
الحوالة استحق من المحتال عليه فبطلت الحوالة ولو كانت الحوالة مطلقة والمسلة بحالها يوخذ من
المحتال عليه جميع الدين الذي عليه ويقسم بين غرما المحيل ولا يدخل المحتال له في ذلك وانما
يوخذ من المحتال عليه لان الحوالة لم تتعلق به فذلك ملك المحيل ولا يشاركهم المحتال له في ذلك
لان حقه ثبت على المحتال عليه فلا يعود الى المحيل ولكن القاضي ياخذ من غرما المحيل كفيلا لانه
يثبت الرجوع اليهم لاحد رجلين اما المحتال له اذا توي ما على الاخر واما المحتال عليه اذا ادى

الدين والقاضي نصب ناظرا لامور المسلمين فيحتاط في ذلك باخذ الكفيل والله اعلم

فصل

واما بيان حكم الحوالة فنقول وبالله التوفيق ان للحوالة احكاما ۞ منها
براة المحيل وهذا عند اصحابنا الثلثة رحمهم الله وقال زفر الحوالة لا توجب براة المحيل والحق في
ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها كالكفالة ۞ وجه قوله ان الحوالة شرعت وثيقة
للدين كالكفالة وليس من الوثيقة براة الاول بل الوثيقة في مطالبة الثاني مع بقا الدين على حاله
في ذمة الاول من غير تغير كما في الكفالة سوا ۞ وجه قول اصحابنا الثلثة ان الحوالة
مشتقة عن التحويل وهو النقل فكان معنى الانتقال لازما فيها والشي اذا انتقل الى موضع لا
يبقى في المحل الاول ضرورة ومعنى الوثيقة يحصل بسهولة الوصول من حيث الملاة وحسن
الانصاف ولو كفل بشرط براة الاصيل جاز ويكون حوالة لانه اتى بمعنى الحوالة واختلف مشايخنا
المتاخرين في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت اصله موجبا للحوالة ۞ وقال بعضهم انها
نقل المطالبة فحسب فاما اصل الدين فباق في ذمة المحيل ۞ وجه الاولين دلالة
الاجماع والمعقول اما دلالة الاجماع فلانا اجمعنا على انه لو ابرا المحتال له المحتال عليه من الدين
او وهب الدين منه لا يصح ولو لا ان الدين انتقل الى ذمة المحتال عليه وفرغت ذمة المحيل
عن الدين لما صح الاول لان الابرا عن الدين وهبة الدين ولا دين محال ولصح الثاني لان الابرا
عن دين ثابت وهبته صحيح وان تاخرت المطالبة كالابرا عن الدين الموجل واما المعقول فلان
الحوالة توجب النقل لانها مشتقة من التحويل وهو النقل فيقتضي نقل ما اضيف اليه وقد اضيف
الى الدين لا الى المطالبة لانه قال احلت بالدين او احلت فلانا بدينه فيوجب انتقال الدين
الى المحتال عليه الا انه اذا انتقل اصل الدين اليه ينتقل المطالبة لانها تابعة ۞ وجه
قول الاخرين دلالة الاجماع والمعقول ۞ اما دلالة الاجماع فان المحيل اذا قضى دين الطالب
بعد الحوالة قبل ان يودي المحتال عليه لا يكون متطوعا ويجبر على القبول ولو لم يكن عليه دين
لكان متطوعا فينبغي ان لا يجبر على القبول كما اذا تطوع اجنبي بقضا دين انسان على غيره وكذلك
المحتال له لو ابرا المحتال عليه عن دين الحوالة لا يرتد برده ولو وهبه منه يرتد برده كما لو ابرا
الطالب الكفيل او وهب منه ولو انتقل الدين الى ذمة المحتال عليه لما اختلف حكم الابرا
والهبة ولا رتدا جميعا بالهبة لرد كما لو ابرا الاصيل او وهب منه ۞ وكذلك المحتال له لو ابرا
المحتال عليه عن دين الحوالة لا يرجع على المحيل وان كانت الحوالة بامره كما في الكفالة ولو
وهب الدين منه له ان يرجع عليه اذا لم يكن للمحيل عليه دين كما في الكفالة ولو كان له عليه
دين يلتقيان قصاصا كما في الكفالة سوا فدلت هذه الاحكام على التسوية بين الحوالة والكفالة
ثم الدين في باب الكفالة ثابت في ذمة الاصيل فكذا في الحوالة ۞ واما المعقول فهو ان الحوالة
شرعت وثيقة للدين بمنزلة الكفالة وليس من الوثيقة ابرا الاول بل الوثيقة في نقل المطالبة
مع قيام اصل الدين في ذمة المحيل والله اعلم ۞ ومنها ثبوت ولاية المطالبة للمحتال له المحتال
عليه بدين في ذمته او في ذمة المحيل على حسب ما ذكرنا في اختلاف المشايخ فيه لان الحوالة
اوجبت النقل الى ذمة المحتال عليه اما نقل الدين والمطالبة جميعا واما نقل المطالبة لا غير وذلك
يوجب حق المطالبة للمحتال له المحتال عليه ۞ ومنها ثبوت حق المطالبة الملازمة للمحتال
عليه على المحيل اذا لازمه المحتال له فكلما لازمه المحتال له فله ان يلازم المحيل ليخلصه عن
ملازمة المحتال له واذا حبسه له ان يحبسه اذا كانت الحوالة بامر المحيل ولم يكن على المحتال
عليه دين مثله للمحيل لانه هو الذي اوقعه في هذه العهدة فعليه تخليصه منها ۞ وان كانت
الحوالة بغير امره او كانت بامره ولكن للمحيل على المحتال عليه دين مثله والحوالة مقيدة

لم يكن للمحتال عليه ان يلازم المحيل اذا لوزم ولا ان يحبسه اذا حبس لان الحوالة اذا كانت بغير امر المحيل كان المحتال عليه متبرعا واذا كان للمحيل عليه دين مثله وقيد الحوالة به فلو لازمه المحتال عليه كان للمحيل ان يلازمه ايضا والله اعلم

فصل

واما بيان ما يخرج به المحتال عليه عن الحوالة فنقول وبالله التوفيق انه يخرج عن الحوالة بانتهاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهي باشيا ❁ منها فسخ الحوالة لان فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخت تعود المطالبة الى المحيل ❁ ومنها التوى عند علمائنا رحمهم الله وعند الشافعي حكم الحوالة لا ينتهي بالتوى ولا تعود المطالبة الى المحيل ❁ واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من احيل على ملي فليتبع ولم يفصل ولان الحوالة مبرية بالاطلاق وقد عقدت مطلقة عن شريطة السلامة فتفيد البراءة مطلقا ❁ ولنا ما روي عن عثمن رضي الله عنه انه قال في المحتال عليه اذا مات مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وقال لا توا على مال امرئ مسلم ❁ وعن شريح رحمه الله مثل ذلك ذكره محمد رحمه الله في الاصل ولم ينقل عن احد من الصحابة خلافه فيكون اجماعا ولان الدين كان ثابتا في ذمة المحيل قبل الحوالة والاصل ان الدين لا يسقط الا بالقضا قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين مقضي الا انه الحق الابرا بالقضا في السقوط والحوالة ليست بقضا ولا ابرا فبقي الدين في ذمته على ما كان قبل الحوالة الا ان بالحوالة انتقلت المطالبة الى المحتال عليه لكن الى غاية التوا لان حيوة الديون بالمطالبة فاذا توى لم يبق وسيلة الى الاحيا فعادت الى محلها الاصلي ولا حجة له في الحديث لانه علق الحكم بشريطة الملاة وقد ذهبت بالافلاس ثم التوى عند ابي حنيفة رحمه الله بشيين لا ثالث لهما احدهما ان يموت المحتال عليه مفلسا والثاني ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحتال له ❁ وقال ابو يوسف ومحمد بهما وبثالث وهو ان يفلس المحتال عليه حال حيوته ويقضي القاضي بافلاسه بنا على ان القاضي يقضي بالافلاس حالة الحيوة عندهما وعنده لا يقضي به ❁ ومنها اذا المحتال عليه المال الى المحتال له فاذا ادى المال خرج عن الحوالة اذ لا فايدة في بقايها بعد انقضا حكمها ❁ ومنها ان يهب المحتال له المال من المحتال عليه ويقبله ومنها ان يتصدق عليه به ويقبله لان الهبة والصدقة في معنى الابرا ❁ ومنها ان يموت المحتال له فيرثه المحتال عليه ❁ ومنها ان يبريه من المال والله اعلم

فصل

واما بيان الرجوع فالكلام في الرجوع في موضعين ❁ احدهما في بيان شرايط الرجوع والثاني في بيان ما يرجع به ❁ اما شرايط الرجوع فانواع ❁ منها ان يكون الحوالة بامر المحيل فان كانت بغير امره لا يرجع ❁ بان قال رجل للطالب ان لك على فلان كذا وكذا من الدين فاحتل بها علي ورضي بذلك الطالب جازت الحوالة الا انه اذا ادى لا يرجع على المحيل لان الحوالة اذا كانت بامر المحيل صار المحتال له مملكا الدين من المحتال عليه بما ادى عليه من المال فكان له ان يرجع بذلك على المحيل واذا كانت بغير امره لا يوجد معنى التمليك فلا يثبت ولاية الرجوع ❁ ومنها اداء مال الحوالة او ما هو في معنى الاداء كالهبة والصدقة اذا قبل المحتال عليه وكذا اذا ورثه المحتال عليه لان الارث من اسباب الملك فاذا ورثه فقد ملكه فكان له حق الرجوع ولو ابرا المحتال له المحتال عليه من الدين لا يرجع على المحيل لان الابرا اسقاط حقه ولا يعتبر فيه جانب التمليك الا عند اشتغاله بالرد فاذا لم يوجد بقي اسقاطا محضا فلم يملك المحتال عليه شيا فلا يرجع ❁ ومنها ان لا يكون للمحيل على المحتال عليه دين مثله فان كان لا يرجع لان الدينين التقيا قصاصا لانه لو رجع على المحيل لرجع المحيل عليه ايضا فلا يفيد فتقاصا الدينان فبطل حق الرجوع ❁ واما بيان ما يرجع به فنقول ان المحتال عليه يرجع بالمحتال به لا بالمودي حتى لو كان الدين المحتال به دراهم فنقد المحتال عليه

دنانير فنقده دراهم عن الدنانير نصا رفاجاز ونراعي فيه شرايط الصرف حتى لو افترقا قبل القبض او شرط فيه الاجل والخيار بطل الصرف ويعود الدين على حاله فاذا صحت المصارفة بالمحتال عليه يرجع على المحيل بمال الحوالة لا بالمودي لان الرجوع بحكم الملك وانما يملك دين الحوالة لا المودي بخلاف المامور بقضا الدين لما ذكرنا في كتاب الحوالة الكفالة ❁ وكذلك اذا باعه بالدراهم وبالدنانير عرضا رجع بمال الحوالة وكذلك اذا اعطاه زيوفا مكان الجياد وتجوزها المحتال له رجع المحيل بالجياد لما قلنا ❁ ولو صالح المحتال له المحتال عليه فان صالحه على جنس حقه وابرا عن الباقي رجع على المحيل بالقدر المودي لانه ملك ذلك القدر من الدين فيرجع به ❁ وان صالح على خلاف جنس حقه بان صالحه من الدراهم على الدنانير او على مال اخر رجع على المحيل بكل الدين لان الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة والمودي يصلح عوضا عن كل الدين ❁ ولو قبض المحتال له مال الحوالة ثم اختلفا فقال المحيل لم يكن لك علي وانما انت وكيلي في القبض والمقبوض لي وقال المحتال له لا بل احلتني بالف كان لي عليك فالقول قول المحيل مع يمينه لان المحتال له يدعي عليه دينا وهو ينكر فالقول قول المنكر عند عدم البينة مع يمينه والله اعلم بالصواب

كتاب الصلح

الكلام في كتاب الصلح في مواضع ❁ في بيان انواع الصلح وبيان شرعية كل نوع ❁ وفي بيان ركن الصلح وفي بيان شرايط الركن ❁ وفي بيان حكم الصلح ❁ وفي بيان ما يبطل به عقد الصلح بعد وجوده ❁ وفي بيان حكمه اذا بطل ولم يصح من الاصل اما الاول فنقول وبالله التوفيق الصلح في الاصل انواع ثلثة صلح عن اقرار المدعا عليه وصلح عن انكاره وصلح عن سكوته من غير اقرار ولا انكار وكل ذلك لا يخلو اما ان يكون بين المدعي والمدعى عليه واما ان يكون بين المدعي والاجنبي المتوسط ❁ فان كان بين المدعي وبين المدعى عليه فكل واحد من الانواع الثلثة مشروع عند اصحابنا رحمهم الله ❁ وقال ابن ابي ليلى المشروع هو الصلح عن اقرار وسكوت لا غيرهما ❁ وقال الشافعي المشروع هو الصلح عن اقرار لا غير ❁ وجه قول الشافعي ان جواز الصلح يستدعي حقا ثابتا ولم يوجد في موضع الانكار والسكوت اما في الانكار فلان الحق لو ثبت فانما ثبت بالدعوى وقد عارضها الانكار فلا يثبت الحق عند التعارض ❁ واما في السكوت فلان الساكت ينزل منكرا حكما حتى يسمع عليه البينة فكان انكاره معارضا لدعوى المدعي فلا يثبت الحق فلو بذل المال لبذله لدفع خصومة باطلة فكان في معنى الرشوة ❁ ولنا ظاهر قوله تعالى والصلح ❁ وصف الله تعالى جنس الصلح بالخيرية ومعلوم ان الباطل لا يوصف بالخيرية فكان كل صلح مشروعا بظاهر هذا النص الا ما خص بدليل ❁ وعن عمر رضي الله عنه انه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضا يورث بينهم الضغاين امر برد الخصوم الى الصلح مطلقا وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه احد فيكون اجماعا من الصحابة وانه حجة قاطعة ولان الصلح شرع للحاجة الى قطع المنازعة والحاجة الى قطعها في التحقيق عند الانكار اذ الاقرار مسالمة ومساعدة فكان اولى بالجواز ولهذا قال ابو حنيفة رحمه الله اجوز ما يكون الصلح على الانكار ❁ وقال الشيخ ابو منصور الماتريدي السمرقندي رحمه الله ما صنع الشيطان في ايقاع العداوة والبغضا في بني ادم ما صنع الشافعي في انكاره الصلح على الانكار وقوله ان الحق ليس بثابت قلنا هذا على الاطلاق ممنوع بل الحق ثابت في زعم المدعي وحق الخصومة واليمين ثابتان له شرعا فكان هذا صلحا عن حق ثابت فكان مشروعا

فصل

واما ركن الصلح فهو الايجاب والقبول وهو ان يقول المدعى عليه صالحتك من كذا على كذا او من دعواك كذا على كذا ويقول الاخر

قبلت او رضيت اوما يدل على قبوله ورضاه فاذا وجد الايجاب والقبول فقد تم عقد الصلح

فصل

واما شرايط الركن فانواع بعضها يرجع الى المصالح وبعضها يرجع الى المصالح عليه وبعضها يرجع الى المصالح عنه اما الذي يرجع الى المصالح فانواع منها ان يكون عاقلا وهذا شرط عام في التصرفات كلها فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل لانعدام اهلية التصرف بانعدام العقل فاما البلوغ فليس بشرط حتى يصح صلح الصبي في الجملة وهو الصبي الماذون اذا كان له فيه نفع او لا يكون له فيه ضرر ظاهر بيان ذلك انه اذا وجب للصبي الماذون على انسان دين فصالحه على بعض حقه فان لم يكن عليه بينة جاز الصلح لان عند انعدام البينة لا حق له الا الخصومة والحلف والمال انفع له منهما فان كانت له عليه بينة لا يجوز الصلح لان الحط تبرع وهو لا يملك التبرعات ولو اخر الدين جاز سوا كان له عليه بينة او لا تركا لان تاخير الدين من اعمال التجارة والصبي الماذون في التجارات كالبالغ الا ترى انه يملك التاجيل في نفس العقد بان يبيع لاجل فيملكه متاخرا عن العقد ايضا بخلاف الحط لان الحط ليس من التجارة بل هو تبرع فلا يملكه الا انه يملك حط بعض الثمن لاجل العيب لان حط بعض الثمن للعيب قد يكون انفع من اخذ المبيع المعيب فكان ذلك من باب التجارة فيملكه ولو صالح الصبي الماذون من المسلم فيه على راس المال جاز لان الصلح من المسلم فيه على راس المال اقالة للعقد والاقالة من باب التجارة وكذلك لو اشترى سلعة فطعن بها بعيب فصالح البايع على ان قبلها جاز لان الثمن انفع من المبيع المعيب عادة ولو صالحه البايع فحط عنه بعض الثمن لا شك في جوازه لان الحط من البايع تبرع منه على الصبي فيصح ولو ادعى انسان عليه دينا فاقر به فصالحه على ان حط عنه البعض جاز لان اقرار الصبي الماذون بالدين صحيح فكان الصلح منه تبرعا على الصبي بحط بعض الحق الواجب عليه والصبي من اهل ان يتبرع عليه فيصح وكذلك حرية المصالح ليست بشرط لصحة الصلح حتى يصح صلح العبد الماذون اذا كان له فيه منفعة او كان من باب التجارة الا انه لا يملك الصلح على حط بعض الحق اذا كان له عليه بينة ويملك التاخير كيف ما كان ويملك حط بعض الثمن لاجل العيب لما قلنا ولو صالحه البايع فحط عنه بعض الثمن جاز لما ذكرنا في الصبي الماذون وكذلك لو ادعى على انسان دينا وهو ماذون فاقر به فصالحه على ان حط بعضه جاز لان اقرار العبد الماذون بالدين صحيح فكان الحط من المدعي تبرعا على العبد ببعض الدين فيصح ولو حجر عليه المولى ثم ادعى انسان عليه دينا فاقر به وهو محجور ثم صالحه على مال ضمنه باقراره فان لم يكن في يده مال لا ينفذ الصلح ولا يطالب به للحال ولكن يطالب به بعد العتق لان اقراره في نفسه صحيح لصدوره من اهله الا انه لم يظهر في حق المولى للحال لمانع وهو حق المولى فاذا عتق زال المانع فيظهر حينيذ واما اذا كان في يده مال فيجوز اقراره عند ابي حنيفة وعندهما لا يجوز وجه قولهما ان هذا اقرار المحجور لبطلان الاذن بالحجر واقرار المحجور غير صحيح وجه قول ابي حنيفة ان اقرار المحجور اذا كان في يده مال صحيح لان العبد المحجور من اهل الاقرار وانما المانع من ظهوره حق المولى فاذا كانت يده ثابتة على هذا المال منع ذلك ظهور حق المولى لانه يحتمل ان يكون صادقا في اقراره فيمنع ظهور حق المولى فيه ويحتمل ان يكون كاذبا فلا يظهر فلا تبطل يده الثابتة عليه بالشك بخلاف ما اذا لم يكن في يده مال لان يد المولى ثابتة حقيقة والاقرار في نفسه محتمل فلا يوجب بطلان يده الثابتة حقيقة مع الشك والاحتمال وكذلك المكاتب نظير العبد الماذون في جميع ما ذكرنا لانه عبد ما بقي عليه درهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فان عجز المكاتب فادعى عليه رجل دينا فاصطلحا على ان ياخذ بعضا ويوخر بعضا فان لم يكن عليه بينة لم يجز لانه لما عجز فقد صار محجورا عن التصرف فلا يصح صلحه

وان كانت

وان كانت له عليه بينة جاز لانه وان عجز فالخصومة في ديونه هو فيملك التصرف بحط البعض بالصلح ومنها ان لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرا به مضرة ظاهرة حتى ان من ادعى على صبي دينا فصالح اب الصبي من دعواه على مال الصغير فان كان للمدعي بينة وما اعطى من المال مثل الحق المدعي وزيادة يتغابن في مثلها فالصلح جايز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى المعاوضة لامكان الوصول الى كل الحق بالبينة والاب يملك المعاوضة في ملك الصغير بالغبن اليسير وان لم يكن له بينة لا يجوز لان عند انعدام البينة يقع الصلح تبرعا بمال الصغير وانه ضرر محض فلا يملكه الاب ولو صالح من مال نفسه يجوز لانه ما اضر بالصغير بل نفعه حيث قطع الخصومة عنه ولو ادعى اب الصغير على انسان دينا للصغير فصالحه على ان حط عنه بعضه واخذ الباقي فان كان عليه بينة لا يجوز لان الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك وان صالح على مثل قيمة ذلك الشي او نقص منه شيا يسيرا يجوز لان الصلح في هذه الصورة بمعنى البيع وهو يملك البيع فيملك الصلح وهل يملك الاب الحط من دين وجب للصغير والابرا عنه هذا لا يخلوا من احد وجهين اما ان تولى ذلك العقد بنفسه واما ان لم يكن وليه فان لم يكن وليه لا يجوز بالاجماع لان الحط والابرا من باب التبرع والاب لا يملك ذلك لكونه مضرة محضة وان كان وليه بنفسه يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز وهو على اختلافهم في الوكيل بالبيع اذا ابرا المشتري عن الثمن او حط بعضه وقد ذكرنا في كتاب الوكالة ولا يجوز صلح احد على حمل ابا كان المصالح او غيره وان خرج حيا بعد ذلك وورث وجازت له الوصايا لانه لو صح الصلح عليه لكان لا يخلوا اما ان يصح على اعتبار الحال واما ان يصح على اعتبار الانفصال لا سبيل الى الاول لان الصلح عليه من باب تنفيذ الولاية وهو للحال لا يوصف بكونه موليا عليه ولا سبيل الى الثاني لان الصلح لا يحتمل الاضافة الى الوقت ويملك الاب استيفا القصاص في النفس وما دونها ولا يملك الوصي استيفا القصاص في النفس والفرق ان استيفا القصاص تصرف في نفس الصغير بالاحيا وتحصيل التشفي قال الله تعالى ولكم في القصاص حياة يا اولي الالباب لعلكم تتقون وكذا منفعة التشفي راجعة الى نفسه وللاب ولاية على نفس الصغير ولا ولاية للوصي عليها ولهذا ملك نكاحه دون الوصي الا انه يملك القصاص فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك بها مسلك الاموال لشبهه بالاموال الا ترى ان القصاص لا يجري بين طرف الحر والعبد ولا بين طرف الذكر والانثى مع ان القصاص يجري بينهم في الانفس ويستوفي القصاص فيما دون النفس في الحر كما يستوفي في ساير الحقوق المالية فيه ولا يستوفي القصاص في النفس فيه ويقضي بالنكول في الاطراف كما يقضي به في الاموال عند ابي حنيفة ولا يقضي به في الانفس وله ولاية التصرف في المال فيلي التصرف فيما دون النفس ويملك الاب الصلح عن القصاص في النفس وما دونه لانه لما ملك الاستيفا فلان يملك الصلح اولى لانه انفع له من الاستيفا وكذا لو اوصى يملك الصلح عن القصاص فيما دون النفس لانه يملك الاستيفا فيما دون النفس فكان املك للصلح عنه لانه انفع وهل يملك الصلح عن القصاص في النفس ذكر في كتاب الصلح انه لا يملك وذكر في الجامع الصغير انه يملك وكذا ذكر القدوري فعلى رواية الجامع يحتاج الى الفرق بين الاستيفا وبين الصلح ووجه الفرق بينهما ظاهر لما ذكرنا ان القصاص تصرف في النفس بتحصيل الحيوة والتشفي ولا ولاية له على نفسه فلا يملك الاستيفا واما الصلح فتصرف في المال وله ولاية التصرف في المال وهذا فرق واضح وجه رواية كتاب الصلح ان الصلح اعتياض عن القصاص فاذا لم يملك القصاص فكيف يملك الاعتياض عنه ولو صالح الاب او الوصي على اقل من الدية في الخطا وشبه العمد لا يجوز

لان الحط تبرع وهما لا يملكان التبرع بمال اليتيم والحط القليل والكثير سوا بخلاف الغبن اليسير
في البيع انهما يملكان والفرق ان الحط نقصان متحقق لان الدية مقدرة بمقدار معلوم فالنقصان
عنه يتحقق وان قل والنقصان في البيع غير متحقق لان العوض فيه غير مقدر لاختلافه بتقويم
المقومين فاذا لم يتقدر العوض لا يتحقق النقصان فهو الفرق ومنها ان يكون المصالح على
الصغير ممن يملك التصرف في ماله كالاب والجد والوصي لان الصلح تصرف في المال فيختص بمن
يملك التصرف فيه ومنها ان يكون مرتدا عند ابي حنيفة وعندهما صلحه نافذ بنا
على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده وعندهما نافذة لكن عند محمد نفاذ تصرف المريض
وعند ابي يوسف نفاذ تصرف من عليه القصاص في النفس والمسلة تعرف في موضعها ان
شا الله تعالى واما المرتدة فصلحها جايز بلا خلاف لان حكمها حكم الحربية لثبوت احكام اهل الحرب
في حقها باللحاق بدار الحرب والله اعلم بالصواب

فصل

واما الشرايط التي ترجع
الى المصالح عليه فانواع ايضا منها ان يكون مالا فلا يصح على الخمر والميتة والدم وصيد الاحرام
والحرم وكل ما ليس بمال لان في الصلح معنى المعاوضة كما لا يصلح عوضا في البياعات لا يصلح بدل
الصلح وكذا اذا صالح على عبد فاذا هو حر لم يصح الصلح لانه تبين ان الصلح لم يصادف محله
وسوا كان المال عينا او دينا او منفعة ليست بعين ولا دين لان العوض في المعاوضات المطلقة
قد يكون عينا وقد يكون دينا وقد يكون منفعة الا انه يشترط القبض في بعض الاعواض
في بعض الاحوال دون البعض وجملة الكلام فيه ان المدعا لا يخلوا من احد وجهين اما
ان يكون عينا وهو ما يحتمل التعيين مطلقا جنسا ونوعا وقدرا وصفة واستحقاقا كالعروض
من الثياب والعقار من الارض والدار والحيوان من العبيد والدواب والمكيل من الحنطة والشعير
والموزون من الصفر والحديد واما ان يكون دينا وهو ما لا يحتمل التعيين من الدراهم والدنانير
والمكيل الموصوف في الذمة والموزون الموصوف سوى الدراهم والدنانير والثياب الموصوفة
والحيوان الموصوف واما ان يكون منفعة واما ان يكون حقا ليس بعين ولا دين ولا منفعة
وبدل الصلح لا يخلوا من ان يكون عينا او دينا او منفعة والصلح لا يخلوا من ان يكون عن اقرار
المدعى عليه او عن انكاره او عن سكوته فان كان المدعى عينا فصالح منها عن اقرار يجوز سوا
كان بدل الصلح عينا او دينا بعد ان كان معلوم القدر والصفة الا الحيوان والثياب الا بجميع
شرايط السلم لان هذا الصلح من الجانبين جميعا في معنى البيع فكان بدل الصلح في معنى الثمن ومنه
الاشيا يصلح ثمنا في البياعات عينا كانت او دينا الا الحيوان فانه لا يثبت دينا في الذمة بدلا عن
ما هو مال اصلا والثياب لا تثبت دينا في الذمة الا بشرايط السلم من بيان القدر والوصف
والاجل والمكيل والموزون يثبتان دينا في الذمة مطلقا في المعاوضة المطلقة من غير اجل ولا يشترط
قبضه في المجلس لانه ليس بصرف ولا في تركه قبضه افتراق عن دين بدين بل هو افتراق عن عين
بعين او عن عين بدين وكل ذلك جايز وان كان دينا فان كان من الدراهم فصالح منها لا يخلوا
من احد وجهين اما ان صالح منها على خلاف جنسه او على جنسها فان صالح منها على خلاف جنسها
فان صالح منها على عين جاز لان الصلح عليها في معنى بيع الدين بالعين وانه جايز ولا يشترط القبض
وان صالح منها على دين سواها لا يخلوا يجوز لانه بايع ما ليس عنده وانه منهي عنه وان صالح منها
على جنسها فان صالح من دراهم على دراهم فهذا لا يخلوا من ثلثة اوجه اما ان صالح على مثل
حقه واما ان صالح على اقل من حقه واما ان صالح على اكثر من حقه فان صالح على مثل حقه
قدرا ووصفا بان صالح بالف جياد على الف جياد فلا شك في جوازه ولا يشترط القبض لان هذا
استيفا عين حقه اصلا ووصفا وان صالح على اقل من حقه قدرا ووصفا بان صالح من
الف الالف الجياد على الخمس ماية النبهرجة يجوز ايضا ويحمل على استيفا بعض عين الحق اصلا والابرا
عن الباقي ووصفا لان امور المسلمين محمولة على الصلاح والسداد ما امكن ولو حمل على المعاوضة يودي
الى الربوا لانه يصير بايعا الفا بخمس ماية وانه ربوا فيحمل على استيفا بعض الحق والابرا عن الباقي ولا
يشترط القبض ويجوز موجلا لان جوازه ليس بطريق المعاوضة حتى يكون صرفا وكذلك ان صالح
على اقل من حقه وصفا لا قدرا بان صالح من الف جياد على الف نبهرجة او صالح على اقل من حقه قدرا
لا قدرا ووصفا بان صالح من الف جياد على خمس ماية جياد ويحمل على استيفا البعض والحط والابرا والتجوز
بدون الحق اصلا ووصفا ويجوز من غير قبض وموجلا وان صالح على اكثر من حقه قدرا ووصفا
بان صالح من الف نبهرجة على الف وخمس ماية جيادا او صالح على اكثر من حقه قدرا لا وصفا بان صالح
من الف جياد على الف وخمسماية نبهرجة لا يجوز لانه ربوا لحمل على المعاوضة هاهنا لتعذر حمله على استيفا
البعض واسقاط الباقي وان صالح على اكثر من حقه وصفا لا قدرا بان قال من الف درهم نبهرجة
على الف جياد جاز ويشترط الحلول والتقابض حتى لو كان الصلح موجلا او لم يقبض في المجلس يبطل
لانه صرف واما اذا صالح على اكثر من حقه وصفا واقل منه قدرا بان صالح من الف نبهرجة
على خمس ماية جيدة لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد وهو قول ابي يوسف الاخر وكان يقول اولا يجوز
وجه قوله الاول ان هذا حط بعضه وهو خمس ماية نبهرجة فبقي عليه خمس ماية نبهرجة
الا انه احسن في القضا بخمس ماية جيدة فلا يمنع عنه حتى لو امتنع لا يكون عليه الا خمسماية نبهرجة
وجه ظاهر الرواية ان الصلح من الالف النبهرجة على الخمس ماية الجيدة اعتياض عن صفة
الجودة وهذا لا يجوز لان الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها عند مقابلتها بجنسها لقوله صلى الله
عليه وسلم جيدها ورديها سوا فلا يصح الاعتياض عنها لسقوط قيمتها شرعا والساقط شرعا والعدم
الاصلي سوا ولان الصلح على هذا الوجه لا يخلوا اما ان يجعل استيفا لعين الحق او يجعل معاوضة
لا سبيل الى الاول لان حقه في الردي لا في الجيد فيحمل على المعاوضة فيصير بايعا الفا نبهرجة
بخمس ماية جيدة فيكون ربوا وكذلك حكم الدنانير في الصلح منها على دنانير كحكم الدراهم في جميع ما
ذكرنا ولو صالح من دراهم على دنانير او من دنانير على دراهم جاز ويشترط القبض في المجلس لانه
صرف ولو ادعى الف درهم وماية دينار فصالحه على ماية درهم الى شهر جاز وطريق جوازها ان
يجعل حطا لا معاوضة لانه لو جعل معاوضة لبطل لانه يصير بعض الماية عوضا عن الدنانير والبعض
عوضا عن الدراهم فيصير بايعا تسعماية بخمسين فيكون ربوا وامور المسلمين محمولة على الصلاح
والسداد ما امكن وامكن ان يجعل حطا للدنانير اصلا وبعض الدراهم وذلك تسعماية وتاجيلا
للبعض وذلك ماية الى شهر وكذلك لو كان عليه الف درهم ولم يسلم فصالحه على ماية جاز وطريق
ان يجعل حطا واسقاطا للكل لا معاوضة لان استبدال المسلم فيه لا يجوز ولو كان المالان عليه
لرجلين لاحدهما دراهم ولاخر دنانير فصالحاه على ماية درهم جاز وطريق جوازه ان يعتبر
معاوضة في حق احدهما وحطا واسقاطا في حق الاخر وذلك بان يقسم بدل الصلح على قدر قيمة
دينهما من الدراهم والدنانير فالقدر الذي اصاب الدنانير يكون عوضا عنها فيكون صرفا
تراعى فيه شرايط الصرف فيشترط القبض في المجلس والقدر الذي اصاب الدراهم لا يمكن ان
يجعل عوضا لانه يودي الى الربوا فيجعل الصلح في حقه استيفا لبعض الحق وابرا عن الباقي والاصل
ان الصلح متى وقع على اقل من جنس حقه من الدراهم والدنانير يعتبر استيفا لبعض الحق وابرا
عن الباقي ومتى وقع على اكثر من جنس حقه منها او وقع على جنس اخر من الدين والعين يعتبر
معاوضة لانه لا يمكن حمله على استيفا عين الحق والابرا عن الباقي لان استيفا عين الحق
من جنسه يكون ولم يوجد فيصير معاوضة فما جازت المعاوضات يجوز به هذا وما فسدت

به تلك يفسد به هذا وقد ذكرنا بعض مسايل هذا الاصل ۞ وعلي هذا اذا صالح من الف حالة علي الف موجلة جاز ويعتبر حطا للحال وتاجيلا للدين ويجوز ابدا ونحقه لا معاوضة ۞ ولو صالح من الف حالة علي خمس ماية قد ذكرنا انه يجوز ويعتبر استيفا لبعض حقه وابرا عن الباقي ۞ واما اذا صالح علي خمس ماية علي ان يعطيها اياه فهذا لا يخلوا من احد وجهين اما ان وقت لادا الخمس ماية وقتا ۞ واما ان لم يوقت ۞ فان لم يوقت فالصلح جايز ويكون حطا للخمس ماية لان هذا شرط لا يفيد شيا لم يكن من قبل الا ترى انه لو لم يذكر للزمه الاعطا فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة وكذلك الحط بان قال الغريم حططت عنك خمس ماية علي ان تعطيني خمس ماية لما قلنا ۞ وان وقت بان قال صالحتك علي خمس ماية علي ان تعطيها اليوم او علي ان تعجلها اليوم ۞ فاما ان اقتصر علي هذا العقد ولم ينص علي شرط العدم واما ان نص عليه فقال فان لم تعطني اليوم او ان لم تعجل اليوم فالالف عليك فالنص عليه فان اعطاه وعجله في اليوم فالصلح ماض وبري عن خمس ماية ۞ وان لم يعطه حتي مضي اليوم فالالف عليه بالاختلاف وكذلك الحط علي هذا ۞ واما اذا اقتصر ولم ينص علي شرط العدم فان اعطاه في اليوم بري عن خمس ماية بالاجماع ۞ واما اذا لم يعطه حتي مضي اليوم بطل الصلح والالف عليه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الصلح ماض وعليه خمس ماية فقط وجه قوله ان شرط التعجيل ما افاده شيا لم يكن من قبل لان التعجيل كان واجبا عليه بحكم العقد فكان ذكره والسكوت عنه بمنزلة واحدة ولو سكت عنه لكان الامر علي ما وصفنا فكذا هذا ۞ بخلاف ما اذا قال فان لم يفعل فكذا لان التنصيص علي عدم الشرط بقي للمشروط عند عدمه فكان مفيدا وجه قولهما ان شرط التعجيل في هذه الصورة شرط انفساخ العقد بدلالة حال المتصرف العاقل لان العاقل يقصد بتصرفه الافادة دون اللغو والعبث ۞ ولو حمل المذكور علي شرط ظاهر التعجيل للغا لان التعجيل ثابت بدونه فيجعل ذكر شرط التعجيل ظاهرا شرطا لانفساخ العقد عند عدم التعجيل فصار كانه نص علي هذا الشرط فقال فان لم تعجل فلا صلح بيننا ولو كان كذلك لكان الامر علي ما نص عليه فكذا هذا وتبين بهذا ان هذا تعليق الشرط بالفسخ لا تعليق العقد كما اذا باع بالف علي ان ينقده الثمن الي ثلثة ايام فان لم ينقد فلا بيع بينهما وذلك جايز لدخول الشرط علي الفسخ لا علي العقد فكذا هذا ۞ وكذلك لو اخذ منه كفيلا وشرط علي الكفيل انه لم يوفه خمس ماية الي راس الشهر فعليه كل المال وهو الالف فهو جايز والالف لازم للكفيل ان لم يوفه لانه جعل عدم ايفا الخمس ماية الي راس الشهر شرطا للكفالة بالالف فاذا وجد الشرط يثبت المشروط ۞ ولو ضمن الكفيل الالف ثم قال حططت عنك خمس ماية علي ان توفيني راس الشهر خمس ماية فان لم يفعل فالالف عليك فهذا اوثق من الباب الاول لان هاهنا علق الحط بشرط التعجيل وهو ايفا الخمس ماية راس الشهر وجعل عدم هذا الشرط شرطا لانفساخ الحط وفي الباب الاول جعل عدم التعجيل شرطا للعقد وهو الكفالة بالالف والفسخ للشرط اقبل من العقد لذلك كان الثاني اوثق من الاول والله اعلم ۞ وكذلك لو جعل المال نجوما بكفيل او بغير كفيل وشرط انه ان لم يوفه كل نجم عند محله فالمال حال عليه فهو جايز علي ما شرطا لانه جعل الاخلال بنجم شرطا لانه لحلول كل المال عليه وانه صحيح ۞ ولو كان عليه الف فقال اد الي من الالف خمس ماية غدا علي انك بري من الباقي فان ادي اليه خمس ماية غدا بري من الباقي بالاجماع وان لم يود فعليه الالف عند ابي حنيفة ومحمد ۞ وعند ابي يوسف ليس عليه الا خمس ماية وقد مرت المسلة ۞ ولو قال ان اديت الي خمس ماية فانت بري من الباقي ۞ او قال متي اديت فادي اليه خمس ماية لا يبرا عن الخمس الماية الباقية حتي يبريه وكذلك اذا قال لمكاتبه ذلك فادي اليه خمس ماية لا يبرا من الباقي حتي يبريه لان هذا تعليق البراة بالشرط وانه باطل بخلاف ما اذا كان بلفظ الصلح او الحط او الامر لان ذلك تعليق البراة بالشرط علي ما مر ۞ ولو قال

الفسخ صح

لكاتبه

لمكاتبه ان اديت الي خمس ماية فانت حر فادي خمس ماية عتق لان هذا تعليق العتق بالشرط وذلك في حق المكاتب صحيح ۞ ولو كان له علي انسان الف موجلة فصالحه منها ۞ فهذا لا يخلوا من احد وجهين ۞ اما ان صالح منها علي اقل من حقه او علي تمام حقه وكل ذلك لا يخلوا من ان يشرط التعجيل ولم يشرط ۞ فان صالح علي اقل من حقه قدرا ووصفا او قدرا او وصفا ولم يشترط ما وقع الصلح عليه جاز ويكون حطا وجوزا بدون حقه ۞ وله ان ياخذ الباقي بعد حل الاجل ۞ وان شرط التعجيل فالصلح باطل وعليه رد ما قبض والرجوع براس ماله بعد حل الاجل لان فيه معاوضة الاجل وهو التعجيل بالحط وهذا لا يجوز لان الاجل ليس بمال وان صالح علي تمام حقه جاز ۞ وان شرط التعجيل ۞ بان صالح من الف موجلة علي الف معجلة لكن يشترط القبض قبل الافتراق عن المجلس وكذلك حكم الدنانير علي هذا ۞ ولو كان الواجب عليه قيمة المستهلك ۞ بان كان المستهلك من ذوات القيم فصالح ۞ فان صالح علي الدراهم والدنانير حالة او موجلة جاز الصلح لان الواجب في ذمته مثل المتلف صورة ومعني كذا الاستهلاك تحقيقا للمماثلة ثم بملكه فاذا الضمان فاذا صالح كان هذا صلحا علي عين حقه فيجوز علي اي وصف كان وان صالح علي غير الدراهم والدنانير ان كان عينا جاز ولا يشترط القبض ۞ وان كان دينا موصوفا يجوز ايضا لكن القبض في المجلس شرط ۞ ولو كان الواجب عليه مثل المستهلك بان كان من ذوات الامثال كالمكيل والموزون الذي ليس في تبعيضه مضرة فحكم الصلح فيه كحكم الصلح في كر الحنطة نقول وبالله التوفيق اذا كان المدعا دينا سوي الدراهم والدنانير ۞ فان كان مكيلا ان كان كر حنطة مثلا فصالح منه لا يخلوا من احد وجهين ۞ اما ان صالح علي جنسه او علي خلاف جنسه ۞ فان صالح علي جنسه لا يخلوا من ثلثة اوجه ۞ اما ان صالح علي مثل حقه ۞ واما ان صالح علي اقل منه ۞ واما ان صالح علي اكثر منه ۞ فان صالح علي مثل حقه قدرا ووصفا جاز ولا يشترط القبض لانه استوفي عين حقه ۞ وان صالح علي اقل من حقه قدرا او قدرا ووصفا جاز ويكون حطا لا معاوضة لما ذكرنا في الدراهم ولا يشترط القبض ويجوز موجلا ۞ وان صالح علي اقل من حقه وصفا لا قدرا جاز ايضا ويكون استيفا لعين حقه اصلا وابراه عن الصفة ولا يشترط القبض حتي لا يبطل بالتاجيل او ترك القبض ۞ ولو صالح علي اكثر من حقه قدرا ووصفا او قدرا لا وصفا لا يجوز لانه ربا ۞ وان صالح علي اكثر منه وصفا لا قدرا ۞ بان صالح من كر ردي علي كر جيد جاز ويعتبر معاوضة احترازا عن الافتراق عن دين بدين ۞ ولو صالح منه علي كر موجل جاز لانه حط حقه في الحلول ورضي بدون حقه كما في الدراهم والدنانير ۞ هذا اذا كان الكر الدين حالا ۞ فان كان موجلا فصالح علي بعض حقه او علي تمام حقه فهو علي التفصيل الذي ذكرنا في الصلح من الالف الموجلة من غير تفاوت هذا اذا صالح من الكر علي جنسه ۞ فان صالح علي خلاف جنس حقه فان كان الكر الذي عليه سلما لا يجوز حال لان فيه استبدال المسلم فيه قبل قبضه الا ان يكون الصلح منه علي راس المال فيجوز لان الصلح من المسلم فيه علي راس المال يكون اقالة للمسلم وفسخا له وذلك جايز ۞ وان لم يكن سلما فصالح علي خلاف جنس حقه فان كان ذلك من الدراهم والدنانير جاز ويشترط القبض ۞ وان كان معينا مشارا اليها لانها لا تتعين بالتعيين فكان ترك قبضه افتراقا عن دين بدين وان كان ذلك من المكيلات وهو عين جاز ولا يشترط القبض ۞ وان كان دينا موصوفا في الذمة جاز ايضا ۞ فرق بين هذا وبينما اذا كان له عليه دراهم او دنانير فصالح منها علي مكيل او موزون موصوف في الذمة انه لا يجوز لان ذلك مبيع الا ترى انه قوبل بالاثمان والمبيع ما يقابل الثمن وهذا لا يقابل الثمن فلا يكون مبيعا الا انه لا بد من القبض في المجلس احترازا عن الافتراق من دين بدين وان كان من العروض والحيوان فان كان عينا جاز ۞ وان كان دينا يجوز في الثياب الموصوفة اذا اتي بشرايط السلم لكن القبض في المجلس شرط احترازا عن الافتراق عن دين بدين ۞ ولا يجوز في الحيوان الموصوف حال لانه لا يثبت دينا

زا

في الذمة بدلا عما هو مال وكذلك ان كان المدعا موزونا دينا موصوفا في الذمة فصالح منه على جنسه او على خلاف جنسه الى اخر ما ذكرنا في المكيل الموصوف ❁ هذا اذا كان المدعا مكيلا او موزونا دينا موصوفا في الذمة فان كان ثوب السلم فصالح منه فهذا لا يخلوا من احد وجهين ❁ اما ان صالح منه على جنسه واما ان صالح منه على خلاف جنسه ❁ فان صالح على جنسه فهو على ثلثة اوجه ❁ اما ان صالح على مثل حقه او اقل منه او اكثر منه ❁ فان صالح على مثله قدرا ووصفا ❁ بان صالح من ثوب هروي جيد على ثوب هروي جيد جاز ولا يشترط القبض لانه استوفا عين حقه وكذلك ان صالح على اقل من حقه قدرا ووصفا او وصفا لا قدرا يجوز ويكون هذا استيفا لبعض عين حقه وحطا للباقي وابرا عنه اصلا او وصفا والابرا على المسلم فيه صحيح لان قبضه ليس بواجب ❁ وان صالح على اقل من حقه قدرا لا وصفا بان صالح من ثوب ردي على نصف ثوب جيد جاز بخلاف الدراهم والدنانير والمكيل والموزون الموصوفين ❁ بان صالح من الف مهرجة على خمس مايه جيده او صالح من كر ردي على نصف كر جيد ❁ او صالح من من حديد ردي على نصف من حديد انه لا يجوز ❁ والفرق ان المانع من الجواز هو الاعتياض عن الجودة ههنا جايز لان الجودة في غير الاموال الربويه عند مقابلتها بجنسها لها قيمة بخلاف الاموال الربويه ❁ وهذا لان الاصل ان تكون الجودة متقومة في الاموال كلها لانها صفة مرغوبة يبذل العوض في مقابلتها الا ان الشرع اسقط اعتبارها في الاموال الربويه تعبدا بقوله جيدها ورديها سوا فبقيت متقومة في غيرها على الاصل فيصح الاعتياض عنها ❁ وان صالح على اكثر من حقه قدرا ووصفا ❁ بان صالح من ثوب هروي جيد على ثوبين هرويين جيدين يجوز لكن يشترط القبض لان جوازه بطريق المعاوضة والجنس بانفراده يحرم النسا فلا بد من القبض لئلا يودي الى الربوا ❁ وكذلك ان صالح على اكثر من حقه قدرا لا وصفا بان صالح من ثوب هروي جيد على ثوبين هرويين رديين جاز والقبض شرط لما ذكرنا ❁ ولو صالح على اكثر من حقه وصفا لا قدرا ❁ بان صالح من ثوب ردي على ثوب جيد جاز لانه معاوضة اذ لا يمكن حمله على استيفا عين الحق لان الزيادة غير مستحقة له فيحمل على المعاوضة ويشترط القبض لئلا يودي الى الربوا ❁ وان صالح على خلاف جنس حقه كائنا ما كان لا يجوز دينا كان او عينا لان فيه استبدال المسلم فيه قبل القبض وانه لا يجوز الا على راس مال السلم لان الصلح عليه يكون اقالة وفيها لا استبدالا ❁ وان كان المدعى حيوانا موصوفا في الذمة في قتل الخطا او شبه العمد فصالح ❁ فالجملة فيه ان هذا في الاصل لا يخلوا من وجهين ❁ اما ان صالح على ما هو مفروض في باب الديه في الجملة ❁ واما ان صالح على ما ليس بمفروض في الباب اصلا وكل ذلك لا يخلوا ❁ اما ان صالح قبل تعيين القاضي نوعا من الانواع المفروضه او بعد تعيينه نوعا منها ❁ فان صالح على المفروض قبل تعيين القاضي ❁ بان صالح على عشرة الف درهم ❁ او على الف دينار ❁ او على مايه من الابل ❁ او على مايتي بقرة ❁ او على الفي شاة ❁ او على مايتي حلة جاز الصلح وهو في الحقيقة تعيين منهما للواجب من احد الانواع المفروضة بمنزلة تعيين القاضي فيجوز ويكون استيفا لعين الواجب عند لحنيا ذلك فعلا برضي القاتل ❁ وكذا اذا صالح على اقل من المفروض ويكون استيفا لبعض عين الحق وابرا عن الباقي ❁ وان صالح على اكثر من المفروض لا يجوز لانه ربوا ❁ وان صالح بعد ما عين القاضي نوعا منها ❁ فان صالح على جنس حقيقة المعين جاز اذا كان مثله او اقل منه ❁ وان كان اكثر لا يجوز لانه ربوا ❁ وان صالح على خلاف جنس المعين فان كان من جنس المفروض في الجملة ❁ بان عين القاضي مايه من الابل فصالح على مايتي بقرة او اكثر جاز ويكون معاوضة لان الابل تعينت واجبة بتعيين القاضي فلم يبق غيره واجبا فكانت

البقرة بدلا عن الواجب في الذمة فكانت معاوضة ولا بد من القبض احترازا عن الافتراق عن دين بدين ❁ وكذلك ان كان من خلاف جنس المفروض ❁ بان صالح على مكيل او موزون سوى الدراهم والدنانير جاز ويكون معاوضة ويشترط القبض لما ذكرنا ❁ ولو صالح على قيمة الابل او اكثر مما يتغابن الناس فيه جاز لان قيمة الابل دراهم ودنانير وانها ليست من جنس الابل فكان الصلح عليها معاوضة فيجوز قل او كثر ولا يشترط القبض وكذلك اذا صالح من الابل على دراهم في الذمة وافترقا من غير قبض جاز وان كان هذا افتراقا عن دين بدين لان هذا ليس بمعاوضة بل هو استيفا عين حقه لان الحيوان الواجب في الذمة وان كان دينا لكنه ليس بدين لازم الا ترى ان من عليه اذا جا بقيمته يجبر من له على القبول بخلاف ساير الديون فلا يكون افتراقا عن دين بدين حقيقة ❁ هذا اذا قضى القاضي عليه بالابل ❁ فان قضى عليه بالدراهم او بالدنانير فصالح على مكيل او موزون سوى الدراهم والدنانير او بعير ليس عنده لا يجوز لان ما يقابل هذه الاشيا دراهم او دنانير وانها اثمان ابدا فتتعين هذه مبيعة وبيع المبيع الذي ليس بمعين لا يجوز الا بطريق السلم هذا اذا صالح المفروض في باب الديه فاما اذا صالح على ما ليس بمفروض اصلا كالمكيل والموزون سوى الدراهم والدنانير ونحو ذلك مما لا مدخل له في الفرض قبل تعيين القاضي جاز ❁ وان كانت قيمته اكثر من المفروض لكن القبض في المجلس شرط لانه معاوضة فيجوز ولا بد من القبض لما قلنا وان كان بعد تعيين القاضي فهو على ما ذكرنا من التفصيل وكذلك حكم الصلح عن انكار المدعا عليه وسكوته كحكم الصلح عن اقراره في جميع ما وصفنا ❁ هذا الذي ذكرنا اذا كان بدل الصلح مالا عينا او دينا ❁ فاما اذا كان منفعة ❁ بان صالح على خدمة عبد بعينه سنة او ركوب دابة بعينها او زراعة ارض او سكنى دار وقتا معلوما جاز الصلح ويكون في معنى الاجارة سوا كان الصلح عن اقرار المدعى عليه او عن انكاره او عن سكوته لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد ❁ اما في موضع الاقرار فظاهر لان بدل الصلح عوض عن المدعى وكذا في موضع الانكار في جانب المدعي وفي جانب المدعا عليه هو عوض عن الخصومة واليمين ❁ وكذا في السكوت لان الساكت منكر حكما سوا كان المدعى عينا او دينا لان تمليك المنفعة قد يكون بالعين وقد يكون بالدين كما في ساير الاجارات ❁ وان كان المدعا منفعة ❁ فان كان المنفعتان من جنسين مختلفين كما اذا صالح من سكنى دار على خدمة عبد يجوز بالاجماع وان كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسلة كتاب الاجارات ❁ واذا اعتبر الصلح على المنافع اجارة يصح بما يصح به الاجارات ويفسد بما تفسد به ❁ ولو ادعى على رجل دارا في يده فانكر المدعا عليه فصالحه على ان يسكن المدعا عليه الذي في يده الدار سنة ثم يدفعها الى المدعي فهو جايز لان المدعي متصرف في ملك نفسه ببذل المنفعة للمدعى عليه في زعمه سنة والمدعا عليه متصرف في ملك نفسه باستيفا المنفعة لنفسه في المدة المشروطة فكان كل واحد منهما متصرف في ملك نفسه في زعمه فيجوز والله اعلم ❁ ومنها ان يكون متقوما فلا يصح الصلح على الخمر والخنزير من المسلم لانه ليس بمال متقوم في حقه وكذا اذا صالح على دن من خل فاذا هو خمر لم يصح لانه تبين انه لم يصادف محله ❁ ومنها ان يكون مملوكا للمصالح حتى انه اذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعي لم يصح الصلح لانه تبين انه ليس بمملوك للمصالح فتبين ان الصلح لم يصح ❁ ومنها ان يكون معلوما لان جهالة البدل تودي الى المنازعة فتوجب فساد العقد الا اذا كان شيئا لا يفتقر الى القبض والتسليم ❁ كما اذا ادعى رجلان كل واحد منهما على صاحبه حقا ثم تصالحا على ان جعل كل واحد منهما ما ادعاه على صاحبه

صلحا عما ادعاه عليه صاحبه يصح الصلح وان كان مجهولا لان جهالة البدل لا يمنع جواز العقد بعينها بل لافضائها الي المنازعة المانعة من التسليم والتسلم فاذا كان مما يستغني عن التسليم والتسلم لا تفضي الي المنازعة فلا يمنع الجواز الا انه في الصلح من القصاص في النفس وما دونه يتحمل الجهالة القليلة في البدل كما يتحمل في المهر في باب النكاح وفي الخلع والاعتاق علي مال والكتابة لما نذكره ان شا الله تعالى ﴿ ولو صالح علي مسيل او شرب من نهر لا حق له في رقبته او علي ان يحمل كذا لذا جذعا علي هذا الحائط او علي ان يسيل ميزابه في داره اياما معلومة لا يجوز لان ما وقع الصلح عليه في هذه المواضع مفتقر الي القبض والتسليم فلم يكن جهالته متحملة ولهذا لا يجوز بيعها فلا يجوز الصلح عليها ﴿ والاصل ان كل ما يجوز بيعه وشراؤه يجوز الصلح عليه وما لا فلا والله اعلم بالصواب

فصل

واما الذي في المصالح عنه فانواع ﴿ احدها ان يكون حق العبد لا حق الله تعالى سوا كان مالا عينا او دينا او حقا ليس بمال عين ولا دين حتى لا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر ﴿ بان اخذ زانيا او سارقا من غيره او شارب خمر فصالحه علي مال علي ان لا يرافعه الي السلطان لانه حق الله تعالى ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى لان المصالح بالصلح متصرف في حق نفسه اما استيفا كل حقه او باستيفا البعض واسقاط الباقي او بالمعاوضة وكل ذلك لا يجوز في غير حقه ﴿ وكذا اذا صالح من حد القذف بان قذف رجلا فصالحه علي مال علي ان يعفو عنه وان كان للعبد فيه حق لكن المغلب فيه حق الله تعالى والمغلوب بالعدم شرعا فكان في حكم الحدود المتمحضة حقا لله تعالى وانها لا تحتمل الصلح كذا هذا ﴿ وكذا لو صالح شاهدا يريد ان يشهد عليه بمال علي ان لا يشهد عليه فهو باطل لان الشاهد في اقامة الشهادة محتسب حقا لله تعالى قال الله تعالى واقيموا الشهادة لله والصلح عن حقوق الله تعالى باطل ويجب عليه رد ما اخذ لانه اخذه بغير حق ﴿ ولو علم القاضي به ابطل شهادته لانه فسق ان لا يحدث توبة فتقبل ﴿ ويجوز الصلح من التعزير لانه حق العبد وكذا يصح من القصاص في النفس وما دونه لان القصاص حق العبد سوا كان البدل عينا او دينا الا انه اذا كان دينا يشترط القبض في المجلس احترازا عن الافتراق من دين بدين وسوا كان معلوما او مجهولا جهالة غير متفاحشة ﴿ حتى انه لو صالح من القصاص علي عبد او ثوب هروي جاز لان الجهالة قلت ببيان النوع لان مطلق العبد يقع علي عبد وسط ومطلق الثوب الهروي يقع علي الوسط منه فقلت الجهالة فيصح الصلح ﴿ وله الخيار ان شا اعطي الوسط من ذلك وان اعطي قيمته كما في باب النكاح فاما اذا صالح علي ثوب او دابة او دار لا يجوز لان الثياب والدواب اجناس تحتها انواع مختلفة وجهالة النوع متفاحشة فيمنع الجواز وكذا جهالة الدور لاختلاف الاماكن ملحقة بجهالة الثوب والدابة فيمنع الجواز كما في باب النكاح ﴿ والاصل ان كل جهالة تمنع صحة التسمية في باب النكاح تمنع صحة الصلح من القصاص وما لا فلا لان ما وقع عليه الصلح والمهر كل واحد منهما يجب بدلا عما ليس بمال والجهالة اليسيرة في مثل هذا الواجب متحملة لان الجهالة لا تمنع من الصحة لعينها الا تري ان الشرع ورد في مهر المثل في باب النكاح مع انه مجهول القدر وانما تمنع منها لافضائها الي المنازعة ومبنى النكاح والصلح من القصاص علي المسامحة فالانسان يسامح بنفسه ما لا يسامح بماله عادة فلا يكون القليل من الجهالة مفضية الي المنازعة فلا يمنع من الجواز بخلاف باب البيع لان مبناه علي المماكسة والمضايقة لكونه معاوضة مال بمال فالانسان يضايق بماله ولا يضايق بنفسه فهو الفرق والله الموفق ﴿ واذا لم يصح الصلح لتفاحش جهالة البدل يسقط القصاص ويجب الدية ﴿ وفي النكاح يجب مهر المثل الا ان بينهما فرقا من وجه وهو انه لو صالح من القصاص علي خمر او خنزير لا يصح الصلح ولا يجب شي اخر واذا تزوج امراة

علي خمر او خنزير لا يصح الصلح ولا يجب شي لاجل التسمية ويجب مهر المثل ووجه الفرق ان الخمر اذا لم يصلح بدلا للصلح يبطل تسميتها ويجعل لفظة الصلح كناية عن العفو وذلك جائز لان العفو هو الفضل وفي الصلح معنى الفضل فامكن جعله كناية عنه وبعد العفو لا يجب شي اخر ﴿ فاما لفظة النكاح فلا يحتمل العفو ولو احتمل فالعفو عن حق الغير لا يصح فبقي النكاح من غير تسمية فيجب مهر المثل كما اذا سكت عن المهر اصلا فهو الفرق والله الموفق ﴿ وسوا كان البدل قدر الدية او اقل او اكثر لقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شي فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان قوله فمن عفي له اي اعطي له كذا روي عن عبد الله رضي الله عنهما ﴿ وقوله فاتباع بالمعروف اي فليتبع مصدر بمعنى الامر فقد امر الله تعالى الولي بالاتباع بالمعروف اذا اعطي له شي واسم الشي يتناول القليل والكثير فدلت الاية علي جواز الصلح من القصاص علي القليل والكثير ﴿ وهذا بخلاف القتل الخطا وشبه العمد انه اذا صالح علي اكثر من الدية لا يجوز والفرق ان بدل الصلح في باب الخطا وشبه العمد عوض عن الدية وانها مقدرة بمقدار معلوم لا مزيد عليه فالزيادة علي المقدار يكون ربوا ﴿ فاما بدل الصلح عن القصاص فعوض عن القصاص والقصاص ليس من باب المال حتى يكون البدل زيادة علي المال المقدر فلا يتحقق الربوا فهو الفرق ﴿ واما كون المصالح عنه معلوما فليس بشرط لجواز الصلح حتى من ادعي علي اخر حقا في عين فاقر به المدعا عليه او انكر فصالح علي مال معلوم جاز لان الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الاسقاط ولا يمكن تصحيحه هاهنا بطريق المعاوضة لجهالة احد العوضين فيصح بطريق الاسقاط والقبض لا يمنع جواز الصلح ﴿ والثاني ان يكون حق المصالح حقا ثابتا له في المحل فما لا يكون حقا له او لا يكون حقا ثابتا له في المحل لا يجوز الصلح عنه ﴿ حتى ان امراة طلقها زوجها ادعت عليه صبيا في يده انه ابنه منها وجحد الرجل فصالحت من النسب علي شي فالصلح باطل لان النسب حق الصبي لا حقها فلا تملك الاعتياض عن حق غيرها ولان الصلح اما اسقاط واما معاوضة والنسب لا يحتملهما ﴿ ولو صالح الشفيع من الشفعة التي وجب له علي شي علي ان يسلم الدار للمشتري فالصلح باطل لانه لا حق للشفيع في المحل انما الثابت له حق التملك وهو ليس بمعنى في المحل بل هو عبارة عن الولاية وانها صفة الوالي فلا يحتمل الصلح عنه ﴿ بخلاف الصلح عن القصاص لان محل القصاص يصير مملوكا في حق الاستيفا فكان الحق ثابتا في المحل فملك الاعتياض عنه بالصلح فهو الفرق ﴿ وكذلك الكفيل بالنفس اذا صالح علي مال علي ان يبريه من الكفالة فالصلح باطل لان الثابت للطالب قبل الكفيل بالنفس حق المطالبة بتسليم نفس المكفول بنفسه وذلك عبارة عن ولاية المطالبة وانها صفة الوالي فلا يجوز الصلح عنه فاشبه حق الشفعة ﴿ وعلي هذا اذا كان لرجل ظلة علي طريق او كنيف شارع او ميزاب فخاصمه رجل واراد ان يطرحه فصالحه علي مال ﴿ فهذا لا يخلوا من وجهين ﴿ اما ان يكون الطريق نافذا واما ان لا يكون نافذا ﴿ فان كان نافذا فخاصمه رجل من المسلمين واراد طرحه فصالحه علي مال فالصلح باطل لان رقبة الطريق النافذ لا يكون ملكا لاحد المسلمين وانما لهم حق المرور وانه ليس بحق ثابت في رقبة الطريق بل هو عبارة عن ولاية المرور وانه صفة المار فلا يجوز الصلح عنه مع انه لا فائدة في هذا الصلح لانه ان سقط حق هذا الواحد بالصلح فللباقين حق القلع ﴿ وكذا لو صالح الثاني مع هذا المتقدم اليه علي مال يأخذ من المتقدم اليه للطرح فالصلح باطل لان الطرح واجب عليه فاخذ المال عليه يكون رشوة ﴿ هذا اذا كان الطريق نافذا ﴿ فاما اذا لم يكن نافذا فصالحه رجل من اهل الطريق علي مال للترك فالصلح جايز لان رقبة الطريق هاهنا مملوكة لاهل السكة فكان لكل واحد فيها ملكا فجاز الصلح عنه وكذا اسقاط حق واحد منهم بالصلح مفيد لاحتمال تحصيل رضي الباقين ولا يعتبر ذلك في الوجه الاول لانهم لا يحصون ﴿ وكذا لو صالح الثاني مع واحد منهم علي

مال للترك جاز ويطيب له المال لان رقبة الطريق مملوكة لهم على الشركة فكان لكل واحد منهم فيها نصيب
فكان الصلح اعتياضا عن ملكه فيصح فاما طريق المسلمين فلا ملك لاحد فيها ولا حق ثابت في المحل ۞ وذكر الخصاف
ان جواز الصلح في طريق غير نافذ محمول على ما اذا بنى على الطريق فاما شرع الى الهوا فلا يجوز لانه اعتياض
عن الهوا ولو ادعى على رجل مالا وانكر المدعا عليه ولا بينة للمدعي فطلب يمينه فصالح من اليمين على ان
ان لا يستحلفه جاز الصلح وبري من اليمين ۞ وكذلك اذا قال المدعا عليه صالحتك من اليمين التي
وجبت لك علي او قال افتديت منك بيمينك بكذا وكذا صح الصلح عن حق ثابت لان اليمين حق
المدعي قبل المدعا عليه قال النبي صلى الله عليه وسلم في قصة الحضرمي والكندي الك بينة قال لا قال
اذا لك يمينه جعل اليمين حق المدعي فكان هذا صلحا عن حق ثابت لان اليمين حق المدعي شرعا
للمدعي وكذا الملك للمدعي ثابت في زعمه فكان الصلح عن حق ثابت في حقه وفي حق المدعي عليه
هو بذل المال لاسقاط الخصومة والافتدا عن اليمين ۞ ولو قال المدعا عليه اشتريت منك
اليمين على كذا او قال المدعي بعت منك اليمين على كذا لا يصح فقد خالف الصلح البيع حيث
جاز بلفظ الصلح والافتدا ولم يجز بلفظ البيع والشرا ۞ ولو ادعى على رجل انه عبده فانكر
فصالحه على مائة درهم جاز لان هذا صلح عن حق ثابت في زعم المدعي لان الرق ثابت في حقه
فكان الصلح في حقه اعتاقا على مال فيصح الا ان الولا لا يكون له لانكار المدعي عليه الرق فان
اقام المدعي بعد ذلك بينة لا تقبل الا في حق اثبات الولا وكذلك لو صالحه على حيوان في
الذمة الى اجل كان جائزا لان الرق ثابت في حق المدعي فكان بدل الصلح بدلا عن العتق في
حقه فاشبه بدل الكتابة فيجوز على حيوان في الذمة ۞ ولو ادعى رجل على امراة نكاحا
فجحدته فصالحته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز لان النكاح ثابت في حق المدعي فكان
الصلح عن حق ثابت في حقه فكان في معنى الخلع اذ هو اخذ المال بالبضع وقد وجد فكان جائزا
وفي حقها بدل مال لاسقاط الخصومة وذلك جائز ايضا ۞ فلو ادعت امراة على رجل نكاحا فجحده
الرجل فصالحها على مال بذله لها لا يجوز لانه لا يخلوا ۞ اما ان يكون النكاح ثابتا او لا يكون
فان لم يكن النكاح ثابتا كان دفع المال اليها من الرجل في معنى الرشوة ۞ وان كان ثابتا لا تثبت
الفرقة بينهما بالصلح لان العوض في الفرقة تعطيه المراة لا الزوج فلا يكون الذي تاخذه المراة
عوضا عن شي فلا يجوز ۞ ولو ادعى على انسان مائة درهم فانكر المدعي عليه فصالحا على انه
ان حلف المدعا عليه فهو بري فالصلح باطل والمدعي على دعواه حتى لو اقام بينة اخذه
بها لان قوله على انه ان حلف المدعي عليه فهو بري تعليق البراة بشرط وانه باطل لان في الابرا
معنى التمليك والاصل في التمليكات ان لا تحتمل التعليق بالشرط ۞ وان لم يكن له بينة
فاراد استحلافه فهو على وجهين ثم ان كان ذلك الحلف عند غير القاضي فله ان يستحلفه عند
القاضي مرة اخرى لان تلك اليمين غير معتبرة الا ترى انها غير واجبة ولا تقطع بها الخصومة
فلم يكن معتدا بها ۞ وان كان عند القاضي لم يستحلفه ثانيا لان الحلف عند القاضي معتد به
فقد استوفى المدعي حقه مرة فلا يجب الا يفا ثانيا ۞ ولو اصطلحا على ان يحلف المدعي فاذا
حلف فالمال واجب على المدعي عليه فهو باطل لان هذا تعليق وجوب المال بالشرط وانه
باطل لكونه قمارا ۞ ولو اودع انسانا وديعة ثم طلبها منه فقال المودع هلكت او قال
رددتها وكذبه المودع وقال استهلكتها فصالح على شي فالصلح باطل عند ابي يوسف ۞ وعند
محمد صحيح ۞ وجه قول محمد ان هذا صلح وقع عن دعوى صحيحة ويمين متوجهة فيصح كما
في ساير المواضع ۞ وجه قول ابي يوسف ان المدعي مناقض في هذه الدعوى
لان المودع امين المالك وقول المالك قول المؤتمن فكان اخباره بالرد والهلاك اقرارا من

المودع فكان مناقضا في دعوى الاستهلاك والتناقض يمنع صحة الدعوى الا انه يستحلف لكن لا
لدفع الدعوى لانها مندفعة لبطلانها بل للتهمة واذا لم يصح الدعوى لا يصح الصلح ۞ ولو ادعى في
المودع الاستهلاك ولم يقل المودع انه هلك او رددته فصالحا على شي جاز لان دعوى الاستهلاك
صحيحة واليمين متوجهة عليه فيصح الصلح ۞ ولو طلب المودع الوديعة فجحدها المودع وقال لم
يودعني شيا ثم قال هلكت او رددتها ۞ وقال المودع بل استهلكتها فصالحا جاز لان المالك
يدعي عليه ضمان الغصب بالجحود اذ هو سبب لوجوب الضمان وكل جواب عرفته في الوديعة فهو
الجواب في العارية والمضاربة لان كل ذلك امانة ۞ ولو اشترى من رجل عبدا فطعن فيه بعيب
وخاصمه فيه ثم صالحه على شي او حط من ثمنه شيا فان كان العيب مما يجوز رده على البايع او له المطالبة
بارش العيب دون الرد فالصلح جايز لان الصلح عن العيب صلح عن حق ثابت في المحل وهو صفة سلامة
المبيع عن العيب وانها من قبيل الاموال فكان الصلح معاوضة مال بمال فيصح وكذا الصلح عن الارش
معاوضة مال بمال لا شك فيه واذا صار بحال لا يملك رده على البايع ولا المطالبة بارشه بان باع
العبد فالصلح باطل لان حق الدعوى والخصومة فيهما قد بطل بالبيع فلا يجوز الصلح ۞ ولو صالح
من العيب ثم زال العيب بان كان بياضا في عين العبد فانجلى بطل الصلح ۞ ولو طعن المشتري
بعيب فصالحه البايع على ان يبريه من ذلك العيب ومن كل عيب فهو جايز لان الابرا عن العيب ابرا عن
صفة السلامة واسقاطها وهي مستحقة على البايع فيصح الصلح عنها والابرا عن كل عيب وان كان
ابرا عن المجهول لكن جهالة المصالح عنه لا يمنع صحة الصلح فلا يمنع صحة الابرا الفقه الذي مر
قبل هذا ان الجهالة لعينها غير مانعة لافضائها الى المنازعة المانعة من التسليم والقبض والذي
وقع الصلح عنه لا يفتقر الى التسليم والقبض فلا يضره الجهالة وكذلك لو لم يطعن المشتري بعيب
فصالحه البايع من كل عيب فالصلح جايز لانه وان لم يطعن بعيب فله حق الخصومة فيصالحه لابطال
هذا الحق ولو خاصمه في ضرب من العيوب نحو الشجاج والقروح فصالحه على ذلك ثم ظهر عيب
غيره كان له ان يخاصمه فيه لان الصلح وقع عن نوع خاص فكان له حق الخصومة في غيره ۞ ولو اشترى
شيا من امراة فظهر عليه عيب فصالحته على ان تتزوجه فهو جايز وهذا اقرار بالعيب فان كان يبلغ
ارش العيب عشرة دراهم فهو مهرها وان كان اقل من ذلك يكمل لها عشرة دراهم لان ارش العيب
لما صار مهرها والنكاح معاوضة البضع بالمهر فاذا نكحت نفسها فقد اقرت بالعيب وكذلك لو
اشترت شيا بارش عيب كان اقرارا بالعيب لان الشرا معاوضة فالاقدام عليه يكون اقرارا بالعيب
بخلاف الصلح حيث لا يكون اقرارا بالعيب لان الصلح مرة يصح معاوضة ومرة يصح اسقاطا فلا
يصلح دليلا على الاقرار بالشك والاحتمال ۞ ولو اشترى ثوبين كل واحد بعشرة فقبضهما
ثم وجد باحدهما عيبا فصالح على ان يرده بالعيب على ان يزيده في ثمن الاخر درهما فالرد جايز
وزيادة الدرهم باطل عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز شي من ذلك وجه
قوله ان الرد بالعيب فسخ والفسخ بيع جديد بمنزلة الاقالة والبيع يبطله الشروط الفاسدة
وجه قولهما ان هذا تعليق الزيادة في الثمن بالشرط وانه باطل لان الزيادة تلتحق
باصل العقد واصل الثمن لا يحتمل التعليق بالشرط لانه في الضمان فكذا الزيادة عليه فاما الرد
فسخ العقد وانه يحتمل الشرط فجاز ۞ ولو ادعى على امراة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة على ان
تقر له بالنكاح فاقرت فهو جايز ويجعل المائة من الزوج زيادة في مهرها لان اقرارها بالنكاح
محمول على الصحة ۞ ولو ادعى على انسان الفا وانكر المدعا عليه فصالحه على مائة درهم على ان
تقر له بالالف فهو باطل لان المدعي لا يخلوا اما ان يكون صادقا في دعوى الالف او كاذبا فيها فان
كان صادقا فيها فالالف واجب على المدعي عليه واخذ العوض عليه يكون في معنى الرشوة وانه حرام

وان كان كاذبا في دعواه فاقرار المدعا عليه بالالف التزام المال ابتدا وهذا لايجوز ولو قال لامراة
اعطيك الف درهم علي ان تكوني امراتي ففعلت ذلك فهو جايز اذا كان بحضر من الشهود وجعل كانه
عن انشا النكاح وكذا لو قال تزوجتك امس علي الف فجحدت فقال لها اريدك مايه علي ان تقري لي
بالنكاح فاقرت جاز وكان لها الف ومايه وحمل اقرارها علي الصحة هذا الذي ذكرنا اذا كان الصلح
بين المدعي وبين المدعا عليه فاما اذا كان بين المدعي وبين الاجنبي المتبرع فلا يخلوا اما
ان كان ذلك بامر المدعا عليه او بغير امره فان كان بامره يصح لانه وكيل عنه والصلح مما
يحتمل التوكيل به وان كان بغير امره فهو صلح الفضولي وانه علي خمسة اوجه احدها ان يضيف
الصلح الي نفسه بان يقول صالحتك او اصالحك من دعواك هذه علي الف درهم علي اني ضامن
لك الالف والثاني ان يضيف المال الي نفسه بان يقول علي الفي هذه او علي عبدي هذا
والثالث ان يعين البدل وان كان ينسبه الي نفسه بان يقول علي هذه الالف او علي هذا العبد
والرابع ان يسلم البدل وان لم يعين ولم ينسب بان قال صالحتك علي الف وسلمها اليه
والخامس ان لا يفعل شيا من ذلك بان يقول صالحتك علي الف او علي الف عبد وسط ولم يزد
عليه ففي الوجوه الاربعه يصح الصلح لقوله تعالى انما المومنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم وهذا
خاص في صلح المتوسط وقوله تعالى والصلح خير وهذا عام في جميع انواع الصلح لدخول
الالف واللام وانهما لاستغراق الجنس ولانه بالصلح في هذه الوجوه متصرف علي نفسه بالتبرع
باسقاط الدين عن الغير بالقضا من مال نفسه ان كان الصلح عن اقرار وان كان عن انكار باسقاط
الخصومة فيصح تبرعه كما اذا تبرع بقضا دين غيره من مال نفسه ابتدا ومتى صح صلحه يجب عليه
تسليم البدل في الوجوه الثلثه وليس له ان يرجع علي المدعا عليه لان التبرع بقضا الدين
لا يطلق الرجوع علي ما نذكره في فصل الحكم ان شا الله تعالى واما في الوجه الخامس فموقوف
علي اجازة المدعا عليه لان عند انعدام الضمان والنسبة وتعيين البدل والتسليم لا يمكن حمله
علي التبرع بقضا دين الغريم من مال نفسه فلا يكون متصرفا بل نفسه بل علي المدعا عليه فيقف
علي اجازته فان اجاز نفذ ووجب البدل عليه دون المصالح لان الاجازة اللاحقة بمنزلة
الوكالة السابقة ولو وكلا في الابتدا لنفذ تصرفه علي موكله فكذا اذا التحق بالوكيل
بالاجازة وان رده بطل لان التصرف علي الانسان لا يصح من غير اذنه واجازته ثم انما يصح
صلح الفضولي اذا كان حرا بالغا فلا يصح صلح الصبي والعبد الماذون لانهما ليسا من اهل التبرع وكذلك
الخلع من الاجنبي علي هذه الفصول انه كان باذن الزوج او المراة يصير وكيلا ويجب المال علي المراة
دون الوكيل وان كان بغير اذنهما فهو علي الفصول وكذلك العفو والصلح من دم العمد من الاجنبي
علي هذا الفصول ثم لا يخلوا اما ان صالح علي المفروض او غير المفروض بمقدار المفروض او باكثر
منه قبل تعيين القاضي او بعده علي ما ذكرنا من قبل والاصل فيه انه يجوز من صلح الاجنبي ما
يجوز من صلح القاتل وما لا فلا وبيان ذلك انه اذا صالح الفضولي علي خمسة عشر الفا
او علي الفي دينار وضمن قبل تعيين القاضي الواجب علي العاقلة جاز علي عشرة الف وعلي
الف دينار وتبطل الزيادة لما ذكرنا ان الفضولي بالصلح في مثل هذا الموضع متبرع بقضا
دين علي المتبرع عليه الا هذا القدر فلا يصح تبرعه عليه بالزيادة كمن كان له علي اخر الف درهم
دين فقضا عنه الفين بغير امره له ان يسترد الزيادة هذا اذا صالح علي المفروض فان صالح علي
جنس اخر جاز لان المانع من الجواز هو الربوا وانه لا يجري في مختلفي الجنس وكذلك لو صالح علي مايتي بعير
بعينها او بغير عينها جاز صلحه علي المايه لان القاتل لو فعل ذلك بنفسه لما جاز الا علي المايه فكذا الفضولي
لما ذكرنا ثم ان كانت بغير اعيانها فالواجب عليه مايه من الابل من الاسنان الواجبه في باب الديه

لان مطلق الابل في هذا الباب ينصرف الي الواجب وان كانت باعيانها فالواجب مايه منها والخيار الي
الطالب لان الرضى بالكل يكون رضى بالبعض فان كان في اسنان الابل نقصان من اسنان الابل
الواجبه في باب الدية فللطالب ان يرد الصلح لان صلح الطالب علي الزيادة علي المفروض محمول علي ان عوضه
انه لو ظهر نقصان في السن لا يجبر بزيادة العدد فاذا لم يحصل له الزيادة لم يحصل غرضه فاختل
رضاه بالنقصان فاوجب حق النقض ولو صالح علي مايه علي اسنان الدية استيفا عين الحق وان كان
القاضي عين الواجب فقضي عليه بالدراهم فصالح المتوسط علي الفي دينار جاز ولا بد من القبض في
المجلس كما لو فعله القاتل بنفسه لانه صرف فتراعي له شرايط الصرف والله اعلم

فصل

واما بيان حكم الصلح فنقول وبالله التوفيق ان للصلح احكاما بعضها اصلي لا ينفصل عنه جنس
الصلح المشروع وبعضها دخيل يدخل في بعض انواع الصلح دون البعض اما الاصلي فهو
انقطاع الخصومة والمنازعة بين المدعيين شرعا حتى لا يسمع دعوتهما بعد ذلك وهذا حكم لازم
جنس الصلح واما الدخيل فانواع منها حق الشفعة وجملته ان المدعا لو كان دارا وبدل
الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع سوى الدار من الدراهم والدنانير وغيرهما
فان كان عن اقرار المدعي عليه ثبت للشفيع فيها حق الشفعة لانه في معنى البيع من الجانبين
فيوجب حق الشفعة ولو كان الصلح عن انكار لا يثبت لانه ليس في معنى البيع في جانب المدعي
عليه بل هو بدل المال لدفع الخصومة واليمين لكن للشفيع ان يقوم مقام المدعي فيدلي بحجته فان
كانت للمدعي بينة اقامها الشفيع عليه واخذ الدار بالشفعة لان باقامة البينة تبين ان
الصلح كان في معنى البيع وكذلك ان لم يكن له بينة يحلف المدعا عليه فنكل وان كان بدل
الصلح دارا فالصلح عن اقرار المدعي عليه يثبت للشفيع حق الشفعة في الدارين جميعا لما مران
الصلح ههنا في معنى البيع من الجانبين فصار كما لو تبايعا دارا بدار فياخذ الشفيع كل دار الدار
المشفوعة بقيمة الدار الاخرى ولو تصالحا علي ان ياخذ المدعي الدار المدعا ويعطي المدعا
عليه دارا اخرى فان كان الصلح عن انكار وجب فيهما الشفعة بقيمة كل واحدة منهما لان
هذا الصلح في معنى البيع من الجانبين وان كان الصلح عن اقرار لا يصح لان الدارين جميعا ملك
المدعي فاستحال له ان يكون ملكه بدلا عن ملكه واذا لم يصح الصلح لا تجب الشفعة وان
صالح عن الدار علي منافع لا تثبت الشفعة وان كان الصلح عن اقرار لان المنفعة ليست بعين
مال فلا يجوز اخذ الشفعة بها وان كان الصلح عن انكار يثبت للشفيع حق الشفعة في
الدار التي هي بدل الصلح ولا يثبت في الدار المدعاة لان الاخذ بالشفعة يستدعي كون الما
منتقعا في حق من ياخذ منه والصلح عن انكار في جانب المدعي معاوضة فكان بدل الصلح بمعنى
المبيع في حقه اذا كان عينا فكان للشفيع حق الاخذ منه بالشفعة وفي جانب المدعا عليه ليس
بمعاوضة بل هو اسقاط الخصومة ودفع اليمين عن نفسه فلم يكن للدار المدعاة حكم البيع
في حقه فلم يكن للشفيع ان ياخذها منه بالشفعة الا ان يدلي بحجة المدعي فيقيم البينة
او يحلف المدعا عليه فينكل علي ما ذكرنا ومنها حق الرد بالعيب وانه يثبت في الجانبين
جميعا ان كان الصلح عن اقرار لانه بمنزلة البيع وان كان عن انكار يثبت في جانب المدعي ولا يثبت
في جانب المدعي عليه لانه بمنزلة البيع في حقه لا في حق المدعا عليه واذا لم يثبت للمدعي عليه
حق الرد بالعيب لم يرجع في شي وكذا لو استحق عليه الدار وقد بني فيها بنا فنقض لا يرجع علي المدعي
بقيمة البنا وكذا لو كان المدعي جارية فاستولدها لم يكن مغرورا ولا يرجع بقيمة الولد لان ما
اخذه المدعي ليس ببدل المدعا في حقه الا انه اذا استحقت الدار المدعاة يرجع علي المدعي بما
ادى اليه لان المودى بدل الخصومة في حقه وقد تبين انه لا خصومة له فيه فكان له حق

خود

الرجوع بالمودي والله اعلم ولو وجد ببدل الصلح عيبا فلم يقدر على رده للهلاك او للزيادة
او للنقصان في يد المدعي فان كان الصلح عن اقرار رجع على المدعا عليه بحصة العيب من المدعي
وان كان عن انكار يرجع بحصة العيب على المدعا عليه في دعواه فان اقام البينة اخذ حصة
العيب وكذا اذا احلفه فنكل وان حلف فلا شي عليه ومنها الرد بخيار الروية في نوعي
الصلح وفرق الطحاوي بينهما واثبت حق الرد في الصلح عن انكار والحق ببدل الصلح عن انكار بدل
الصلح عن القصاص وبالمهر وبدل الخلع والرد بخيار الروية غير ثابت في تلك العقود فكذا
هاهنا وفي كتاب الصلح اثبت حق الرد في النوعين جميعا من غير فصل وهو الصحيح لان الخيار
ثبت للمدعي فليستدعي كونه معاوضة في حقه وقد وجد وكذا الاحكام تشهد لصحة هذا
على ما نذكر ومنها ان لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض اذا كان منقولا في نوعي الصلح
فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحو ذلك وان كان عقارا يجوز عند ابي حنيفة وابي
يوسف وعند محمد لا يجوز ويجوز ذلك في الصلح عن القصاص للمصالح ان يبيعه
ويهبه ويبري عنه قبل القبض وكذلك المهر وبدل الخلع والفرق ان المانع من الجواز
في ساير المواضع التحرز عن انفساخ العقد على تقدير الهلاك ولم يوجد هاهنا لان الصلح
عن القصاص مما لا يحتمل الانفساخ فلا حاجة الى الصيانة بالمنع كالموروث وهذا يبين
ان الحاق هذا العقد بالعقود التي هي مبادلة مال بغير مال على ما ذكره الطحاوي غير سديد
ولو صالح عن القصاص فلا عين فهلكت قبل التسليم فعليه قيمتها لان الصلح لم ينفسخ فبقي وجوب
التسليم وهو عاجز عن تسليم العين فيجب تسليم القيمة ومنها ان الوكيل بالصلح اذا ضاع بدل
الصلح يلزمه او يلزم المدعا عليه فهذا في الاصل لا يخلو من وجهين اما ان يكون الصلح في
معنى المعاوضة واما ان يكون في معنى استيفا عين الحق فان في معنى المعاوضة يلزمه دون
المدعا عليه لانه يكون جاريا مجرى البيع وحقوق البيع راجعة الى الوكيل وان كان في معنى استيفا
عين الحق فهذا على وجهين ايضا اما ان يضمن بدل الصلح واما ان لم يضمن فان لم يضمن لا
يلزمه لانه يكون سفيرا بمنزلة الرسول فلا يرجع اليه الحقوق وان ضمن لزمه بحكم الكفالة لا بحكم
العقد واما الفضولي فان نفذ صلحه فالبدل عليه ولا يرجع به على المدعا عليه لانه متبرع وان
وقف صلحه فان رده المدعا عليه بطل ولا شي على واحد منهما وان اجازه جاز والبدل عليه دون
الفضولي والله اعلم **فصل** واما بيان ما يبطل به الصلح بعد وجوده فنقول
وبالله التوفيق ما يبطل به الصلح اشيا منها الاقالة فيما سوى القصاص لان فيما سوى القصاص
لا يخلو عن معنى معاوضة المال بالمال فكان محتملا للفسخ كالبيع ونحوه فاما في القصاص
فالصلح عنه اسقاط فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه ومنها لحاق المرتد بدار الحرب وقضى القاضي
به او موته على الردة عند ابي حنيفة رحمه الله بناء على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده على الاسلام
او اللحوق بدار الحرب والموت فان اسلم نفذت وان لحق بدار الحرب وقضى القاضي
به او قتل او مات على الردة تبطل وعندهما نافذة والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب تبطل من
صلحها ما يبطل من صلح الحربية لان حكمها حكم الحربية ومنها الرد بخيار العيب والروية لانه يفسخ
العقد ومنها الاستحقاق وانه ليس بابطال حقيقة بل هو بيان ان الصلح لم يصح اصلا الا انه
يبطل بعد الصحة الا انه ابطال من حيث الظاهر لانعقاد الصلح ظاهرا فيجوز الحاقه بهذا القسم لكنه
ليس بابطال حقيقة فكان الحاقه باقسام الشرايط اقرب الى الصناعة والفقه فكان اولى والله
اعلم ومنها هلاك احد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضا المدة لانه بمعنى الاجارة وهذا
تبطل بموت احد المتعاقدين واما هلاك ما وقع الصلح عنه على منفعته هل يوجب بطلان الصلح

فلا يخلو اما ان كان حيوانا كالعبد والدابة واما ان كان غير حيوان كالدار والبيت فان كان حيوانا
لا يخلو اما ان هلك بنفسه او باستهلاك فان هلك بنفسه يبطل الصلح بالاجماع وان هلك
باستهلاك فلا يخلو من ثلثة اوجه اما ان استهلكه اجنبي واما ان استهلكه المدعي عليه
واما ان استهلكه المدعي فان استهلكه اجنبي يبطل الصلح عند محمد وقال ابو يوسف لا يبطل
ولكن للمدعي الخيار ان شا نقض الصلح وان شا يشتري له بقيمته عبدا يخدمه الى المدة المضروبة وجه
قول محمد ان الصلح على المنفعة بمنزلة الاجارة لان الاجارة تمليك المنفعة بعوض وقد وجد ولهذا
ملك اجارة العبد من غيره بمنزلة المستاجر في باب الاجارة والاجارة تبطل بهلاك المستاجر سوا
هلك بنفسه او باستهلاك كذا هذا وجه قول ابي يوسف ان هذا صلح في معنى الاجارة
وكان معنى المعاوضة لازما في الاجارة ومعنى استيفا عين الحق اصل في الصلح فيجب اعتبارهما جميعا
ما امكن ومعلوم انه لا يمكن استيفا الحق من المنفعة لانها ليست من جنس المدعي فيجب تحقيق معنى
الاستيفا من محل المنفعة وهو الرقبة ولا يمكن ذلك الا بعد ثبوت الملك له فيها فيجعل كانه ملكه
في حق استيفا حقه منها وبعد القتل ان تعذر الاستيفا من عينها يمكن من بدلها فكان له ان يستوفي
من البدل بان يشتري له عبدا فيخدمه الى المدة المشروطة وله حق النقض ايضا لتعذر محل
الاستيفا وان استهلكه المدعا عليه بان قتله او كان عبدا فاعتقه يبطل الصلح ايضا وقيل
هذا على اصل محمد فاما على اصل ابي يوسف لا يبطل ويلزمه القيمة ليشتري له بها عبدا يخدمه
الى المدة المشروطة كما اذا قتله اجنبي وكالراهن اذا قتل العبد المرهون او اعتقه وهذا لان رقبة
العبد وان كانت مملوكة للمدعا عليه لكنها مشغولة بحق الغير وهو المدعي لتعلق حقه بها فيجب
رعايتهما جميعا بتنفيذ العتق وتضمين القيمة كما في الرهن وكذا ان استهلكه المدعي يبطل الصلح عند
محمد وعند ابي يوسف لا يبطل وياخذ من المدعي قيمة العبد ويشتري عبدا اخر يخدمه وهل يثبت
الخيار للمدعي في نقض الصلح على مذهبه فيه نظر هذا اذا كان الصلح على منافع الحيوان فاما
اذا كان على سكنى بيت فهلك بنفسه بان انهدم او باستهلاك بان هدمه غيره لا يبطل الصلح
ولكن لصاحب السكنى وهو المدعي الخيار ان شا بنى صاحب البيت بيتا اخر يسكنه الى المدة
المضروبة وان شا نقض الصلح ولا يتقدر بها هاهنا خلاف محمد لان اجارة العبد تبطل بموته بالاجماع
واجارة الدار لا تبطل بانهدامها ولصاحب الدار ان يبنيها مرة اخرى في بعض اشارات الروايات
رحمهم الله على ما يعرف في الاجارات ولو تصالحا عن انكار المدعي على مال ثم اقر المدعي
عليه بعد الصلح لا ينفسخ الصلح لان الاقرار يبين ان الصلح وقع معاوضة من الجانبين فكان تقريرا
للصلح لا ابطالا له ولو اقام المدعي البينة بعد الصلح لا تسمع بينته الا اذا ظهر ببدل الصلح
عيب وانكر المدعا عليه فاقام البينة ليرده بالعيب فتسمع بينته وتبين ان حكم الصلح الماضي
حكم الصلح عن اقرار المدعى عليه فكل حكم يثبت في ذاك يثبت في هذا والله اعلم **فصل**
واما بيان حكم الصلح اذا بطل بعد صحته او لم يصح راسا فهو ان يرجع المدعي الى اصل دعواه ان كان
الصلح عن انكار وان كان الصلح عن اقرار فيرجع على المدعى عليه بالمدعا لا غير الا في الصلح عن
القصاص اذا لم يصح انه لم يرجع على القاتل بالدية دون القصاص الا ان يصير مغرورا من جهة
المدعى عليه فيرجع عليه لضمان الغرور وبيان هذه الجملة انه اذا بطل الصلح فيما سوى
القصاص ورد البدل بالعيب وخيار الروية فسخ للعقد واذا انفسخ جعل كان لم يكن فصار الامر
على ما كان من قبل وكذا اذا استحق لانه بالاستحقاق ظهر انه لم يصح لفوات شرط الصحة فكانه لم
يوجد اصلا الا ان في الصلح عن القصاص عن اقرار انه لا يرجع بالمدعا وان فات شرط الصحة لان
صورة الصلح اورث شبهة في درء القصاص والقصاص لا يستوفى مع الشبهة فسقط

ع
ت عن اصحابنا صح

لكن الى بدل وهو الدية ۞ فاما المال وما سوى القصاص من الحقوق والحدود فيما يمكن استيفاؤه مع الشبهة
فامكن الرجوع بالمدعى ولا يرجع بشيء اخر الا اذا صار مغرورا من جهة المدعى عليه بان كان بدل الصلح جارية
فقبضها واستولدها ثم جاء مستحق فاستحقها واخذها واخذ عقرها وقيمة ولدها وقت الخصومة فانه يرجع
على المدعى عليه بالمدعى وبما ضمن من قيمة الولد ان كان الصلح عن اقرار لانه صار مغرورا من جهته ۞ وان
كان الصلح عن انكار رجع الى دعواه لا غير فان اقام البينة على صحة دعواه او حلف المدعى عليه فنكل حينئذ يرجع
بما ادعى وبقيمة الولد لانه تبين انه كان مغرورا فيرجع عليه بضمان الغرور ولا يرجع بالعقر في نوعي الصلح
لان العقر بدل المنفعة المستوفاة وهو المستوفي فكان عليه العقر ۞ وان كان الصلح عن القصاص في النفس
او دونها فصالح على جارية فاستولدها ثم استحقت فانه يرجع على المدعى عليه بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة
الولد ان كان الصلح عن اقرار ولا يرجع بالعقر لما ذكرنا ۞ وان كان الصلح عن انكار يرجع الى دعواه لا غير
فان اقام بينته او حلف المدعى عليه فنكل يرجع بقيمة الجارية وبما ضمن من قيمة الولد لما قلنا ۞ وان حلف
لا يرجع بشيء ۞ واذا صالح المتوسط على عبد معين فاستحق العبد او وجد به عيبا فرده حتى بطل الصلح
لا سبيل للمدعى على المتوسط لانه بالضمان التزم تسليم الجياد ولكنه يرجع بالمدعى ان كان الصلح عن اقرار
وان كان عن انكار يرجع الى دعواه لان المتوسط بهذا الصلح لم يضمن سوى تسليم العبد المعين ۞ ولو
صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها اليه ثم استحقت او وجدها زيوفا له ان يرجع على المصالح المتوسط
لانه بالضمان التزم تسليم الجياد وسلامة المضمون ۞ ولو استحقت الدار المدعاة بعد الصلح عن
اقرار او عن انكار فان المدعى عليه ان يرجع بما دفع ۞ اما في موضع الاقرار فلا شك فيه لان الماخوذ
عوض في حقهما جميعا ۞ واما في موضع الانكار فلان الماخوذ عوض حق المدعي عن المدعاة وقد فات
بالاستحقاق فيجب عليه رد عوضه ۞ هذا اذا استحق كل الدار ۞ فاما اذا استحق بعضها
فان ادعى جميع الدار رجع بحصة ما استحق لفوات بعض ما هو عوض عن المستحق ۞ وان كان ادعى
فيها حقا لم يرجع بشيء لجواز ان يكون المدعى ما وراء المستحق ۞ واذا بطل الصلح عن المنافع بموت احد
المتعاقدين ويجوز ذلك في اثناء المدة ۞ فان كان الصلح عن اقرار رجع بالمدعى بقدر ما لم يستوف
من المنفعة ۞ وان كان عن انكار رجع الى الدعوى في قدر ما لم يستوف من المنفعة ۞ ولو صالح
على القصاص على دن من خل فاذا هو خمر او على عبد فاذا هو حر فهو على الاختلاف الذي عرف
في النكاح الا ان فيما يجب مهر المثل هناك تجب الدية هاهنا وفيما تجب القيمة او خل مثله يجب
ذلك هاهنا ولا يشبه هذا ما اذا صالح عن القصاص على خمر وهو يعلم انه خمر انه لا يجب شيء
وهاهنا يجب شيء لان هاهنا صار مغرورا من جهة المدعى عليه بتسمية العبد والخل
وكل من غرر غيره في شيء يكون ملتزما ما يلحقه من العهدة فاذا ظهر الامر بخلافه كان
له حق الرجوع عليه بحكم الكفالة والضمان ومعنى الغرور لا يتصور عند علمه بحال المسمى
فنفى لفظة الصلح كنا به في العفو وانه اسقاط للحق اصلا فهو الفرق بين الامرين

كتاب الوكالة

الكلام في هذا الكتاب في مواضع ۞ في بيان معنى التوكيل لغة وشرعا ۞ وفي بيان
ركن التوكيل ۞ وفي بيان شرائط الركن ۞ وفي حكم التوكيل ۞ وفي بيان ما يخرج به
الوكيل ۞ اما الاول فالتوكيل اثبات الوكالة والوكالة في اللغة تذكر مرادا بها الحفظ قال
الله تعالى وقالوا حسبنا الله ونعم الوكيل اي الحافظ وقال تعالى لا اله الا هو فاتخذه وكيلا
قال الفراء اي حفيظا وتذكر ويراد بها الاعتماد وتفويض الامر الى الله تعالى وعلى الله فليتوكل

المدعى صح

عن

المؤمنون ۞ وقال خبرا عن هود عليه السلام اني توكلت على الله ربي وربكم اي اعتمدت
على الله وفوضت امري اليه ۞ وفي الشريعة تستعمل في هذين المعنيين ايضا تقرير الوضع
اللغوي وهو تفويض التصرف والحفظ الى الغير ۞ ولهذا قال اصحابنا رحمهم الله ان من قال
لاخر وكلتك في كذا انه يكون وكيلا في حفظه لانه ما يحتمله اللفظ فيحمل عليه

فصل

واما ركن التوكيل فهو الايجاب والقبول فالايجاب من الموكل ان يقول وكلتك او افعل
كذا او اذنت لك ان تفعل كذا ونحو ذلك ۞ والقبول لا يتم العقد ولهذا لو وكل انسانا بقبض
دين له فابى ان يقبل ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لان تمام العقد بالايجاب
والقبول وكل واحد منهما يرد بالرد قبل وجود الاخر كما في باب البيع ونحوه ۞ ثم ركن
التوكيل قد يكون مطلقا وقد يكون معلقا بالشرط نحو ان يقول ان قدم زيد فانت
وكيلي في بيع هذا العبد ۞ وقد يكون مضافا الى وقت بان يقول وكلتك ببيع هذا العبد
غدا فيصير وكيلا في الغد فما بعده ولا يكون وكيلا قبل الغد لان التوكيل اطلاق
التصرف والاطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط والاضافة الى وقت كالطلاق والعتاق
واذن العبد في التجارات والتمليكات كالبيع والهبة والصدقة والابراء عن الديون لا ۞
كعزل الوكيل والحجر على العبد الماذون والرجعة والطلاق الرجعي لا يحتمل ذلك

فصل

واما الشرائط فانواع ۞ بعضها يرجع الى الموكل ۞ وبعضها يرجع الى الوكيل ۞ وبعضها يرجع الى الموكل به
اما الذي يرجع الى الموكل فهو ان يكون ممن يملك فعل ما يوكل به بنفسه لان التوكيل تفويض
ما يملكه من التصرف الى غيره فما لا يملكه بنفسه فكيف يحتمل التفويض الى غيره فلا يصح التوكيل
من المجنون والصبي الذي لا يعقل اصلا لان العقل من شرائط الاهلية الا ترى انهما لا يملكان
التصرف من انفسهما وكذا من الصبي العاقل بما لا يملكه بنفسه كالطلاق والعتاق والهبة
والصدقة من غير اذن الولي لانه مما لا يملكه بنفسه من غير اذن الولي به فيملك تفويضه الى
غيره بالتوكيل ۞ واما التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان ماذونا له في
التجارة صح منه لانه التوكيل بها لانه يملكها بنفسه وان كان محجورا ينعقد موقوفا على اجازة
وليه وعلى اذن وليه بالتجارة ايضا كما اذا فعل بنفسه لان في انعقاده فائدة لوجود المجيز
للحال وهو الولي ولا يصح من العبد المحجور ويصح من المكاتب والماذون لانهما يملكانه
بانفسهما فيملكانه بالتفويض الى غيرهما بخلاف المحجور ۞ واما التوكيل من المرتد فموقوف
ان اسلم ينفذ وان قتل او مات على الردة او لحق بدار الحرب يبطل عند ابي حنيفة ۞ وعند
ابي يوسف ومحمد نافذ لثبوت املاكه ويجوز التوكيل من المرتدة بالاجماع لان تصرفات
المرتدة نافذة بلا خلاف ۞ واما الذي يرجع الى الوكيل فهو ان يكون عاقلا فلا تصح وكالة
المجنون والصبي الذي لا يعقل ۞ فاما البلوغ والحرية فليسا بشرط لصحة الوكالة فتصح
وكالة الصبي العاقل والعبد ماذونين كانا او محجورين وهذا عند اصحابنا رحمهم الله
تعالى ۞ وقال الشافعي رحمه الله وكالة الصبي غير صحيحة لانه غير مكلف فلا تصح وكالته كالمجنون
ولنا ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب ام سلمة رضي الله عنها
قالت ان اولادي غيب ليس فيهم من يكون مني بكر مني ثم قال لعمر بن ام سلمة رضي الله
عنهما قم فزوج امك مني فزوجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان صبيا والاعتبار
بالمجنون غير سديد لان العقل من شرائط اهلية التصرفات الشرعية وقد انعدم هناك
ووجد هاهنا فتصح وكالته كالبالغ الا ان حقوق العقد في البيع ونحوه يرجع الى البائع اذا
كان بالغا واذا كان صبيا يرجع الى الموكل لما نذكر في موضعه ان شاء الله تعالى ۞ وكذا
ردة الموكل لا تمنع صحة الوكالة فتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتدا لان وقوف تصرف

المرتد لوقوف ملكه والوكيل يتصرف في ملك الموكل وانه نافذ التصرف ۔ وكذا لو كان مسلما
وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته لما قلنا الا ان يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته لما نذكره في موضعه
ان شاء الله تعالى ۔ واما علم الموكل بالتوكيل فهو شرط لصحة الوكالة بلا خلاف في ان العلم بالتوكيل
في الجملة شرط اما علم الموكل واما علم من يعامله حتى انه لو وكل رجل ببيع عبده فباعه من رجل
قبل علمه وعلم الرجل بالتوكيل لا يجيز بيعه حتى يجيزه الموكل او الوكيل بعد علمه بالوكالة لان حكم الامر
لا يلزم الا بعد العلم بالمامور به او القدرة على اكتساب سبب العلم بالمامور به كما في اوامر
الشرع ۔ واما علم الوكيل على المعيبين بالتوكيل فهو شرط ذكره في الزيادات انه شرط
وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فانه قال اذا قال الموكل لرجل اذهب بعبدي هذا الى فلان فيبيعه
فلان منك فذهب الرجل بالعبد اليه واخبره ان صاحب العبد امره ببيعه منه فاشتراه منه صح
شراؤه منه وان لم يخبره بذلك والبيع جايز كذا ذكر محمد رحمه الله في كتاب الوكالة وجعل علم المشتري
بالتوكيل كعلم البايع الوكيل ۔ وذكر في الزيادات انه لا يجوز البيع ۔ وصورة المسالة في الصبي المأذون
وذكر في المأذون الكبير ما يدل على جواز البيع فانه قال اذا قال المولى لقوم بايعوا عبدي فاني
قد اذنت له في التجارة فبايعوه جاز وان لم يعلم العبد باذن المولى لهم بالمبايعة وليس التوكيل كالايصاء
فان من اوصى الى رجل غايب اي جعله وصيا او وصيا بعد موته ثم مات الموصي ثم ان الوصي باع
شيا من تركة الميت قبل العلم بالوصاية والموت فان بيعه جايز استحسانا ويكون ذلك
قبولا منه للوصاية حتى لا يملك اخراج نفسه منها ۔ والقياس ان لا يجوز والفرق ان الوصي
خلف عن الموصي فايم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث ۔ ولو باع الوارث تركة الميت
بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه ۔ وكذا الوصي بخلاف التوكيل لانه امر من الموكل
وحكم الامر لا يلزم الا بعد العلم او سببه على ما مر ۔ واذا ثبت ان العلم بالتوكيل شرط فاذا
كان الوكيل بحضرة الموكل او كتب الموكل بذلك كتابا اليه فبلغه وعلم ما فيه او ارسل اليه رسولا
فبلغ الرسالة او اخبره بالتوكيل رجلان او رجل واحد عدل صار وكيلا بالاجماع ۔ ولو اخبره
بذلك رجل واحد غير عدل فان صدقه صار وكيلا ايضا وان لم يصدقه ينبغي على ان يكون
على الاختلاف الذي في العدل عند ابي حنيفة لا يكون وكيلا ۔ وعند ابي يوسف ومحمد
يكون وكيلا كما في العزل على ما نذكره في موضعه ان شاء الله تعالى ۔ واما الذي يرجع الى الموكل
به فانه يرجع الى ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز والجملة فيه ان التوكيل لا يخلو ۔ اما ان يكون
بحقوق الله تعالى وهي الحدود ۔ واما ان يكون بحقوق العباد ۔ والتوكيل بحقوق الله تعالى
نوعان احدهما بالاثبات ۔ والثاني بالاستيفاء ۔ اما التوكيل باثبات الحدود فان كان مما لا
يحتاج فيه الى الخصومة لحد الزنا وشرب الخمر فلا يتقدر فيه التوكيل بالاثبات لانه يثبت عند
القاضي بالبينة او الاقرار من غير خصومة كحد السرقة وحد القذف فيجوز التوكيل باثباته
عند ابي حنيفة ومحمد ۔ وعند ابي يوسف لا يجوز ولا تقبل البينة فيهما الا من الموكل
وكذلك التوكيل باثبات القصاص على هذا الاختلاف ۔ وجه قول ابي يوسف
رحمه الله انه لا يجوز التوكيل فيه بالاستيفاء فلا يجوز بالاثبات لان الاثبات وسيلة الى الاستيفاء
ولهما الفرق بين الاثبات والاستيفاء وهو ان امتناع التوكيل بالاستيفاء جاز لان ولاية
الاستيفاء الى الامام وانه لا يقدر على ان يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال ۔ وان كان
حاضرا غايبا اختلف المشايخ فيه ۔ قال بعضهم يجوز لان عدم الجواز لاحتمال العفو
والصلح وانه لا يحتملها ۔ وقال بعضهم لا يجوز لانه لا يحتمل العفو والصلح ويحتمل الاقرار
والتصدق وهذا عندنا ۔ وقال الشافعي رحمه الله يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف

لعله التعيين

الاستيفاء رحمهم الله صح

كيف ما كان ۔ وجه قوله ان هذا حقه فكان سبيل من استيفائه بنفسه
وبنائبه في ساير الحقوق ۔ ولنا الفرق على قول بعض المشايخ وهو ما ذكرنا انه يحتمل انه
لو كان حاضرا لصدق والرامي فيما رماه او لترك الخصومة فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة
والشبهة لا تمنع من استيفاء ساير الحقوق ۔ ويجوز التوكيل بالتعزير استيفاء واثباتا
بالاتفاق وللوكيل ان يستوفي سواء كان الموكل حاضرا او غايبا لانه حق العبد فلا يسقط
بالشبهات بخلاف الحد والقصاص ۔ واما التوكيل بحقوق العباد فنقول وبالله التوفيق
حقوق العباد على نوعين ۔ نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص وقد مر حكم التوكيل
باثباته واستيفائه ۔ ونوع يجوز استيفاؤه واخذه مع الشبهة كالديون والاعيان
وساير الحقوق سوى القصاص ۔ فنقول لا خلاف في انه يجوز التوكيل بالخصومة في
اثبات الدين والعين وساير الحقوق برضى الخصم حتى يلزم الخصم جواب التوكيل والاصل
فيه ما روى عبد الله بن جعفر ان عليا رضي الله عنه كان يحضر الخصومه وكان يقول لها
قحما يحضرها الشياطين فجعل الخصومة الى عقيل فلما كبر ورق حولها الي وكان على ما قضي
لوكيل فلي وما قضي علي وكيلي فعلي ومعلوم ان عليا رضي الله عنه ممن لا يرضى احد بتوكيله فكان
توكيله برضى الخصم فدل على الجواز برضى الخصم ۔ واختلف في جوازه بغير رضى الخصم
قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز من غير عذر السفر والمرض ۔ وقال ابو يوسف ومحمد
ومحمد يجوز في الاحوال كلها وهو قول الشافعي ۔ وذكر الخصاف انه لا فصل في ظاهر
الرواية بين الرجل والمراة والبكر والثيب ۔ لكن المتاخرون من اصحابنا استحسنوا في المراة
اذا كانت مخدرة غير برزة فجوزوا توكيلها وهذا استحسان في موضعه ۔ وقال ابن ابي ليلى
لا يجوز الا توكيل البكر وهذا غير سديد لما نذكر ۔ وجه قولهما ان
التوكيل بالخصومة صادف حق الموكل فلا يقف على رضى الخصم كالتوكيل باستيفاء الدين ودلالة
ذلك ان الدعوى حق المدعي والانكار حق المدعى عليه وقد صادف التوكيل من
المدعي والمدعى عليه حق نفسه فلا يقف على رضى خصمه كما لو خاصم بنفسه ۔ ولابي
حنيفة رحمه الله ان الحق هو الدعوى الصادقة والانكار الصادق ودعوى المدعي خبر
يحتمل الكذب والصدق والسهو والغلط وكذا انكار المدعى عليه بل ازداد الاحتمال
في خبره بمعارضة خبر المدعي فلم يكن كل ذلك حقا فكان الاصل ان لا يلزم الجواب
الا ان الشرع الزم الجواب لضرورات فصل الخصومات وقطع المنازعات المؤدية
الى الفساد واحياء الحقوق الفاسدة الميتة وحق الضرورة يصير مقضيا بجواب
الموكل فلا يلزم الخصم جواب الوكيل من غير ضرورة مع ما ان الناس في الخصومات
على التفاوت بعضهم اشد خصومة من بعض فربما يكون الوكيل الحن بحجته فيعجز
من يخاصمه على احياء حقه فيتضرر به فيشترط رضى الخصم ليكون لزوم الضرر مضافا
الى التزامه واذا كان الموكل مريضا او مسافرا فهو عاجز عن الدعوى وعن الجواب
بنفسه فلو لم علك النقل الى غيره بالتوكيل لضاعت الحقوق وهلكت وهذا لا يجوز
وكذا اذا كانت المراة مخدرة او مستورة لانها تستحي من الحضور في محافل الرجال
وعن الجواب بعد الحضور بكرا كانت او ثيبا فيضيع حقها فاما في مسالتنا فلا ضرورة
والله اعلم ۔ ولو وكل بالخصومة واستثنى الاقرار وتزكية الشهود بكلام متصل جاز
ويصير وكيلا بالانكار سواء كان التوكيل من الطالب او من المطلوب في ظاهر الرواية
وروي عن محمد انه اذا وكل الطالب واستثنى الاقرار يجوز وان وكل المطلوب

لو

لا يجوز. والصحيح جواب ظاهر الرواية لان استثنا الاقرار في عقد التوكيل انما جاز لحاجة الموكل اليه لان التوكيل بالخصومة يملك الاقرار عند اصحابنا الثلاثة فلو اطلق التوكيل من غير استثنا لتضرر به الموكل وهذا المعنى لا يوجب الفصل بين التوكيل من الطالب ومن المطلوب لان كل واحد منهما محتاج الى التوكيل بالخصومة. هذا اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار في العقد. واما التوكيل بالاقرار فقد ذكر في الاصل انه يجوز. وذكر الطحاوي رحمه الله لا يجوز ويجوز التوكيل بالخصومة من المضارب والشريك شركة العنان والمفاوضة والعبد الماذون والمكاتب لانهم يملكون الخصومة بانفسهم فيملكون تفويضها الى غيرهم بالتوكيل ويجوز من الذمي ما يجوز من المسلم لان حقوقهم مصونة مرعية عن الضياع كحقوقنا ويجوز التوكيل بقبض الدين لان الموكل قد لا يقدر على الاستيفا بنفسه فيحتاج الى التفويض الى غيره كما في التوكيل بالبيع والشرا وغيرهما من التصرفات الا ان الوكيل بقبض راس مال السلم وبدل الصرف انما يجوز في المجلس لا في غيره لان الموكل انما يملك القبض في المجلس لا في غيره واذا قبض الدين من الغريم برى الغريم لان القبض الصحيح يوجب البراة ويجوز بقضا الدين لانه يملك القضا بنفسه وقد لا يتهيا له القضا بنفسه فيحتاج الى التفويض الى غيره سوا كان الموكل حرا او عبدا ماذونا او مكاتبا ولانهما يملكان القضا بانفسهما فيملكان التفويض الى غيرهما ايضا ويجوز بطلب الشفعة وبالرد بالعيب وبالقسمة لان هذه حقوق يتولاها المرء بنفسه فيملك توليتها الى غيره ويجوز بالنكاح والصلح والخلع والصلح عن دم العمد والكتابة والاعتاق على مال والصلح على انكار لانه ملك هذه التصرفات بنفسه فيملك تفويضها الى غيره ويجوز بالهبة والصدقة والاجارة والايداع والرهن وكذا بالاستعارة والاستيهاب والارتهان لما قلنا. ويجوز بالشركة والمضاربة لما قلنا. ويجوز بالاقراض والاستقراض الا ان في التوكيل بالاستقراض لا يملك الموكل ما استقرضه الوكيل الا اذا بلغ على وجه الرسالة بان يقول ارسلني فلان اليك استقرض ويجوز التوكيل بالصلح وبالابرا وبالطلاق والعتاق ويجوز بالاجارة والاستيجار لما قلنا. ويجوز التوكيل بالصرف بالصرف والسلم لانه يملكهما بنفسه فيملك تفويضهما الى غيره الا ان قبض البدل في المجلس شرط بقا العقد على الصحة والعبرة لبقا العاقدين وافتراقهما لان حقوق العقد ترجع اليهما لما ذكرنا واذا تقابض الوكيلان في المجلس فقد وجد القبض المستحق قبل الافتراق فبقي العقد على الصحة بخلاف الرسولين اذا تقابضا في المجلس ثم افترقا انه يبطل العقد لان حقوق العقد لا ترجع الى الرسول فلا يقع قبضهما عن القبض المستحق بالعقد فاذا افترقا فقد حصل الافتراق لا عن قبض فيبطل العقد بخلاف الوكيلين على ما مر ولا يعتبر مفارقة الموكل لان الحقوق لا ترجع اليه بل هو اجنبي عنها فبقاوه وافتراقه بمنزلة واحدة. ويجوز التوكيل بالبيع والشرا لانهما مما يملك الوكيل مباشرته بنفسه فيملك التفويض الى غيره الا ان لجواز التوكيل بالشرا شرط وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في احد نوعي الوكالة او بالاخرى. وبيان ذلك ان التوكيل بالشرا نوعان خاص وعام فالعام ان يقول له اشتر ما شيت او ما رايت او اي ثوب شيت او اي دار شيت او ما تيسر لك من الثوب او الدابة ويصح مع الجهالة الفاحشة كالمضاعه والمضاربة والخاص ان يقول لي اشتر لي ثوبا او حيوانا او دابة وهو هرا او عبدا او جارية او فرسا او بغلا او حمارا او شاة. والاصل فيه ان الجهالة ان كانت كبيرة تمنع صحة التوكيل وان كانت قليلة لا تمنع وهذا استحسان. والقياس ان يمنع كثيرها وقليلها ولا يجوز الا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن لان البيع

نقابضا صح

والشـ

595

والشرا لا يتحملان مع الجهالة اليسيرة فلا يصح التوكيل بهما ايضا والاستحسان ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع دينارا الى حكيم بن حزام ليشتري له به اضحية ولو كانت الجهالة مانعة من صحة التوكيل بالشرا لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لان جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الاضحية وتقدير الثمن ولان الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي الى المنازعة لان مبنى التوكيل على السمحة والمسامحة فالظاهر انه لا تجري المنازعة فيه عند قلة الجهالة بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة مال بمال فالجهالة وان قلت تفضي الى المنازعة فيوجب فساد العقد فهو الفرق واذا ثبت ان الجهالة القليلة غير مانعة ففي كل موضع قلت الجهالة لا بخلاف البيع لان مبناه على المضايقة والمماكسة صح التوكيل بالشرا وان لا فلا ينظر ان كان اسم ما وقع التوكيل بشرايه مما يقع على انواعه مختلفة لا يجوز الوكيل به الا بعد بيان النوع وذلك نحو ان يقول اشتر لي ثوبا لان اسم الثوب يقع على انواع من ثوب الابريسم والقطن والكتان وغيرها فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل وان بين الثمن لان الجهالة بعد بيان الثمن متفاحشة فلا تقل الا بذكر النوع بان يقول اشتر لي ثوبا هرويا فاذا سكت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل. وكذا اذا قال اشتر لي حيوانا او قال اشتر لي دابة بالف درهم لان الجهالة تقل بذكر احدهما او بحال الموكل لان الصفة تصير معلومة بذكر الثمن وان لم يذكرها واذا ذكر الصفة يصير الثمن معلوما بحال الامر فيما يشتريه امثاله عادة حتى لو خرج المشتري عن عادة امثاله لا يلزم الموكل كذا روي عن ابي يوسف فيمن قال اشتر لي خادما من جنس كذا ان ذلك يقع على ما يعامله الناس من ذلك الجنس. وان كان الثمن كثيرا لا يتعامل به لم يجز على الامر وكذا البدوي اذا قال اشتر لي خادما حسنا فهو على ما يعتاده اهل البادية. وهذا كله اعتبار بحال الموكل فان لم يذكر احدهما اصلا فالوكالة باطلة لان الجهالة تفحشت بترك ذكرهما جميعا فمنعت صحة الوكالة. ولو قال اشتر لي حمارا او فرسا او بغلا او بعيرا ولم يذكر له صفة ولا ثمنا قالوا انه يجوز لان النوع صار معلوما بذكر الحمار والبغل والفرس والبعير والصفة تصير معلومة بحال الموكل وكذا الثمن فينظر ان اشترى حمارا بمثل قيمته او اقل او اكثر فيما يتغابن الناس في مثله جاز على الموكل اذا كان الحمار مما يشتري مثله الموكل. وان كان مما لا يشتري مثله الموكل لا يجوز على الموكل ويلزم الوكيل ان اشتراه بمثل قيمته نحو ان الموكل فاليزيا فاشترى الوكيل حمارا مصريا يصلح للركوب لان مثله يشتري الحمار للنقل والحمل للركوب والركوب. ولو قال اشتر لي شاة او بقرة ولم يذكر صفة ولا ثمنا لا يجوز لان الشاة والبقرة لا تصير معلومة الصفة بحال الوكيل الا ان يكون احدهما معلوما على ما بينا. ولو قال اشتر لي حنطة لا يصح التوكيل ما لم يذكر احد شيئين ما قدر الثمن ولو قدر الثمن وهو الكيل لان الجهالة لا تقل الا بذكر احدهما. وعلى هذا جميع المقدرات من المكيلات والموزونات. ولو وكل بشتري له طيلسانا لا يصح الا بعد بيان احدهما والله الموفق

فصل

واما بيان حكم الوكالة فنقول وبالله التوفيق حكم التوكيل صيرورة المضاف اليه دليلا لان التوكيل اثبات الوكالة. وللوكالة احكام. منها ثبوت ولاية التصرف الذي تناوله التوكيل فيحتاج الى ما يملكه الوكيل من التصرف بموجب التوكيل بعد صحته وما لا يملكه فنقول وبالله التوفيق. الوكيل بالخصومة يملك الاقرار على موكله في الجملة عند اصحابنا الثلثة وقال زفر والشافعي لا يملك والاب او الوصي وامين القاضي لا يملك الاقرار

الاقرار على الصغير بالاجماع ٭ وجــه قولهما ان الوكيل بالخصومة وكيل بالمنازعة والاقرار مسالمة فلا يتنافيا وله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل ٭ ولنــا ان التوكيل بالخصومة توكيل بالجواب الذي هو عند الله تعالى وقد يكون ذلك اقرارا وقد يكون انكارا فاذا اقر على موكله دل ان الحق هو الاقرار كما اذا اقر على موكله وصدقه الموكل ٭ ثم اختلف اصحابنا الثلثة فيما بينهم ٭ قال ابو حنيفة ومحمد يصح اقراره في مجلس القاضي لا في غيره ٭ وقال ابو يوسف يصح في المجلس وغيره ٭ وجــه قوله ان التوكيل تفويض ما يملكه الموكل الى غيره واقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القاضي فكذا اقرار الموكل ٭ ولهما انه فوض الامر اليه لكن في مجلس القاضي كما في التوكيل بالخصومة او الجواب الخصومة ولذلك تختص بمجلس القاضي وكذا الخصومة تختص بمجلس القاضي الا ترى ان الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي يخرج من الوكالة وينعزل لانه لو بقي وكيلا لبقي وكيلا بالاقرار عينا لان الانكار لا يسمع فيه التناقض والاقرار عينا غير موكل به والوكيل بالخصومة في مال اذا قضى القاضي به يملك قبضه عند اصحابنا الثلاثة وعند زفر لا يملك ٭ وجــه قوله ان المطلوب من الوكيل بالخصومة الاهتدا ومن الوكيل بالقبض الامانة وليس كل من يهتدي شيئا مؤتمن عليه فلا يكون التوكيل بالخصومة وكيلا بالقبض ولنــا انه لما وكله بالخصومة في مال فقد ائتمنه على قبضه لان الخصومة فيه لا تنتهي الا بالقبض فكان التوكيل بها توكيلا بالقبض والوكيل بتقاضي الدين يملك القبض في ظاهر الرواية لان حق التقاضي لا ينقطع الا بالقبض فكان التوكيل به توكيلا بالقبض لان التقاضي والاقتضا والاستيفا واحد ٭ الا ان المتاخرين من اصحابنا قالوا انه لا يملك في عرف ديارنا لان الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضي كالوكلا على ابواب القاضي لتهمة الجناية في اموال الناس والوكيل بقبض الدين يملك الخصومة في اثبات الدين اذا انكر الغريم عند ابي حنيفة ٭ وعندهما لا يملك ٭ وهو رواية عن الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله ايضا فيملك اقامة البينة وكذا لو اقام المدعى عليه البينة ان صاحب الدين قد استوفاه منه او ابراه عنه قبلت بينته عنده وعندهما لا يملك ٭ واجمعوا في الوكيل بقبض العين اذا انكر من في يده انه لا يملك الخصومة حتى لا يملك اقامة البينة ولو اقام المدعى عليه انه اشتراها من الذي وكله بالقبض لا تسمع بينته في اثبات الشرا ولكنها تسمع لدفع خصومة الوكيل في الحال الى ان يحضر الموكل ٭ وقالوا في الوكيل بطلب الشفعة بالرد بالعيب وبالقسمة انه يملك الخصومة وجــه قولهما ان التوكيل بقبض الدين توكيل باستيفا عين الدين فلا يتعدى الى الخصومة كالوكيل بقبض العين ٭ ولابي حنيفة ان التوكيل بقبض الدين توكيل بالمبادلة والحقوق في مبادلة المال بالمال تتعلق بالمعاقد كما في البيع والاجارة ودلالة ذلك ان استيفا عين الدين لا يتصور لان الدين اما ان يكون عبارة عن الفعل وهو تسليم المال واما ان يكون عبارة عن مال حكمي في الذمة وكل ذلك لا يتصور استيفاؤه ولكن استيفا الدين عبارة عن نوع وهو مبادلة الماخوذ العين بما في ذمة الغريم وتمليكه لهذا القدر الماخوذ من المال فاشبه البيع والخصومة في حقوق مبادلة المال بالمال فيملكه الوكيل بخلاف الوكيل بقبض العين لان ذلك توكيل باستيفا عين الحق لا بالمبادلة لان عينه مقدور الاستيفا فلا يملك الخصومة فيها الا بامر جديد فهو الفرق بين الفصلين واذا لم يملك الخصومة لا تسمع بينة المدعا عليه على الشرا من الموكل بالقبض لانها بينة قامت لا على خصم ولكنها تسمع في دفع قبض الوكيل ويجوز ان يكون البينة مسموعة من وجه دون وجه كمن وكل انسانا بنقل زوجته الى حيث هو فطالبها الوكيل بالانتقال فاقامت البينة على ان زوجها قد طلقها ثلثا تسمع هذه البينة في حق انه قاع حق الوكيل في النقل

ولا يسمع في اثبات الحرمة كذا هنا وكذلك الوكيل باخذ الدار بالشفعة وكيل بالمبادلة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وكذلك الرد بالعيب والقسمة فيها معنى المبادلة فكانت الخصومة فيها من حقوقها فملكها الوكيل كالوكيل بالبيع الوكيل بالقبض اذا اراد ان يوكل غيره هذا على وجهين اما ان كانت الوكالة عامة بان قال له وقت التوكيل بالقبض اصنع ما شئت او ما صنعت من شي فهو جايز على او نحو ذلك واما ان كانت خاصة بان لم يكن ذلك عند التوكيل بالقبض فان كانت عامة يملك ان يوكل غيره بالقبض لان الاصل فيما خرج مخرج العموم اجراؤه على عمومه وان كانت خاصة فليس له ان يوكل غيره بالقبض لان الوكيل يتصرف بتفويض الموكل فيملك بقبض ما فوض اليه فان فعل ذلك وقبض الوكيل الثاني لم يبرا الغريم من الدين لان توكيله بالقبض اذا لم يصح فقبضه وقبض الاجنبي سوا فان وصل الى يد الوكيل الاول بري الغريم لانه وصل الى من هو نايب الموكل في القبض وان هلك في يده قبل ان يصل الى الوكيل الاول ضمن القابض لان قبضه بجهة استيفا الدين قبض بجهة المبادلة على ما مر والمقبوض بجهة المبادلة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشرا فان كان له ان يرجع بما ضمن على الوكيل الاول لانه صار مغرورا من جهته بتوكيله بالقبض فيرجع عليه بضمان الكفالة ولا يبرا الغريم من الدين لما ذكرنا ان توكيله بالقبض لم يصح فكان للطالب ان ياخذ الغريم بدينه وان اخذ منه رجع الغريم على الوكيل الثاني لما ذكرنا ورجع الوكيل الثاني على الوكيل الاول بحكم الغرور وعلى ما بيناه الوكيل بقبض دين للموكل على انسان في موضع او في بلد معين لا يملك ان يتعدى الى غيره لان المتصرف بحكم الامر لا يملك التعدي عن موضع الامر وليس للوكيل بقبض الدين ان ياخذ عوضا عن الدين وهو ان ياخذ عينا مكانه لان هذه معاوضة مقصودة وانها لا تدخل تحت التوكيل بقبض الدين وهذا لما بينا ان قبض الدين حقيقة لا يتصور لما ذكرنا فلا يتصور التوكيل بقبضه لدين وهذا لما بينا ان قبض الدين حقيقة فلا يتصور حقيقة الا ان التوكيل بقبض الدين جعل توكيلا بالمعاوضة ضرورة تصحيح المتصرف ودفع الحاجة لمتعلقه بالتوكيل بقبض الديون وحق الضرورة يصير مقضيا بثبوتها ضمنا للعقد فتثبت المعاوضة المقصودة خارجة عن العقد اصلا فلا يملكها الوكيل ولو كان لرجل على رجل دين فجا انسان الى الغريم وقال ان الطالب امرني بقبضه منك فان صدقه الغريم واراد ان يدفع اليه وان ابا ان يدفع اليه يجبر على الدفع بالدين وفي العين لا يجبر عليه والفرق ان التصديق في الدين اقرار على نفسه فكان مجبورا على التسليم وفي العين اقرار على غيره فلا يقضى في ذلك العين اما ان صدقه ودفع اليه واما ان كذبه ومع ذلك دفع اليه واما ان لم يصدقه ولم يكذبه ودفع اليه واما ان صدقه في الوكالة ويضمنه ثم جا الطالب يقال له ادفع الدين الى الطالب ولا حق لك على الوكيل لانه لما صدقه في الوكالة فقد اقر بوكالته واقراره صحيح في حق نفسه فكان يقول ان الوكيل كان محقا في القبض وان الطالب ظالم فيما يقبض مني فلان ظلم على مسبطل فلا ظلم على محق فان صدقه وضمنه ما دفع اليه ثم حضر الطالب فاخذ منه يرجع هو على القابض لان الغريم وان اقر القابض فهو محق في القبض بتصديقه اياه في الوكالة فعنده ان الطالب مبطل فيه ظالم فيما يقبضه منه فاذا ضمنه فقد اضاف الضمان الى ما يقبضه الطالب منه بغير حق واضافه الضمان الى المقبوض المضمون صحيح كما اذا قال ما غصبك فلان فعلي وان كذبه في الوكالة ومع ذلك دفع اليه له ان يضمن الوكيل لان عنده انه مبطل في القبض وانما يدفعه ان يجوزه الطالب وكذا اذا لم يصدق ولم يكذب لانه لم يوجد منه الاقرار بكونه محقا في القبض فيملك الرجوع عليه والله اعلم الوكيل بقبض الدين اذا قبضه فوجده معيبا فما كان للموكل رده فله اخذه واخذ بدله لانه قايم مقام الموكل وهو يملك قبض حقه اصلا ووصفا فكذلك الوكيل ولو

الغير وان لم يصدقه فلم يجبر عليه على الدين فان دفعه ثم جا الطالب فان صدقه فقد مضى الامر وان كذبه وانكر ان يكون وكله بذلك فهذا على ثلثة اوجه صح

وكل رجلا بقبض دين له على رجل وغاب الطالب فادعى الغريم انه قد اوفاه الطالب لا يحتاج
الطالب الى احضار البينة ولا الى احضار الطالب ليحلف لكن يقال للغريم ادفع
الغريم الى الوكيل ثم اتبع الطالب وحلفه ان اردت يمينه . فان حلف والا ان
رجعت عليه لانه مقر بالدين والدين مقضي على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم
فلا يحكم بسقوطه بدعوى الايفاء مع الاحتمال بل يجبر على التسليم الى الوكيل
وكذلك الوكيل بطلب الشفعة ادعى المشتري ان الشفيع قد سلم
الشفعة يومر بتسليم الدار الى الوكيل ثم يقال له اتبع الشفيع حلفه ان اردت
يمينه لان المشتري بثبوت حق الشفعة لان تسليم الشفعة بعد ثبوتها يكون فلا
يبطل الحق الثابت بدعوى التسليم مع الاحتمال . فيومر بتسليم المشترا الى الوكيل
وهذا بخلاف الوكيل بالرد بالعيب اذا ادعى البايع ان المشتري قد رضي العيب
انه لا يكون للوكيل حق الرد حتى يحضر الموكل فيحلف بالله ما رضي بهذا البيع . لان البايع
بقوله رضي المشتري بالعيب لم يقر بثبوت حق الرد بالعيب وجود العيب فتوقف
حضور المشتري الموكل ويمينه فان اراد الغريم ان يحلف الوكيل بالله ما يعلم ان
الطالب قد استوفى الدين لم يكن له ان يحلفه عند ابي حنيفة رحمه الله وابي يوسف
وقال زفر يحلف على علمه فان ابى ان يحلف خرج عن الكفالة ولم يبرا الغريم
وكان الطالب على حجته . وجه قول زفر رحمه الله تعالى
ان هذا امر لو اقر الوكيل لزمه وسقط حقه في القبض فاذا انكر يستحلف لجواز
انه ينكل عن اليمين فيسقط حقه . ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم
واليمين على المدعى عليه والغريم ما ادعاه على الموكل شيئا وانما ادعى على الموكل فكان اليمين
عليه واليمين مما لا يجري فيه النيابة فلا يثبت للغريم ولانه استحلاف الوكيل . وهذا
بخلاف ما اذا مات الطالب فادعى الغريم انه قد استوفاه حال حيوته
وانكر الوارث له ان يستحلف الوارث على علمه بانه ما يعلم ان الطالب استوفى الدين
لان هناك الوارث مدعى عليه لان الغريم يدعي عليه بطلان حقه في الاستيفا
الذي هو حقه فلم يكن استحلافه بطريق النيابة عن المورث . الا انه يستحلف
على علمه لانه يستحلف على فعل غيره وكل من استحلف على فعل باشره غيره
يستحلف على العلم لا البتة لانه لا علم له به انه فعل ذلك او لم يفعل فان اقام الغريم
البينة على الايفا سمعت بينته عند ابي حنيفة . وعندهما لا تسمع وهو
رواية الحسن عن ابي حنيفة بنا على ان الوكيل بقبض الدين هل يكون وكيلا
بالخصومة فيه عنده يكون . وعندهما لا يكون وقد ذكرنا المسئلة في
موضعها . وكذلك على هذا الاختلاف اذا اقام الغريم البينة انه اعطى الطالب
بالدراهم دنانير او باعه بها عرضا فبينته مسموعة عند ابي حنيفة . وعندهما
غير مسموعة لان ايفا الدين بطريق من المبادلة والمعاوضة ويستوفي فيها بالجنس
وخلاف الجنس فكان الخلاف في الكل بيانا والله عز وجل اعلم . واما
التوكيل بالبيع . فالوكيل بالبيع لا يخلو اما ان كان مطلقا واما ان كان
مقيدا يراعى فيه القيد بالاجماع حتى اذا خالف فيه لا ينفذ على الوكيل
ولكن تتوقف اجازته الا ان يكون خلافه الى خير لما مر ان الوكيل
متصرف بولاية مستفادة من قبل الوكيل فيلي من التصرف قدر ما ولاه

واذا

واذا كان الخلاف الى خير فانما نفذ لانه ان كان خلافا صورة فهو وفاق معنى
لانه امر به دلالة فكان متصرفا بتوليه الموكل فينفذ . بيان هذه
الجملة اذا قال بع عبدي هذا بالف درهم فباعه باقل من الالف لا ينفذ . وكذا
اذا باعه بغير الدراهم لا ينفذ وان كانت قيمته اكثر من الف درهم لانه
خلاف الى شر . وان باعه باكثر من الف درهم نفذ لانه خلاف الى خير فلم
خلافا اصلا . وكذلك على هذا لو وكله بالبيع بالف درهم حالة فباعه بالف نسيه
لا ينفذ بل يتوقف لما قلنا . ولو وكله بان يبيع ويشترط الخيار للامر فباع ولم
يشترط لم يجز بل يتوقف . ولو باع وشرط الخيار للامر ليس له ان يجيز لانه لو
ملك بنفسه لم يكن في التقييد فايدة . هذا اذا كان التوكيل بالبيع مقيدا
فاما اذا كان مطلقا يراعى فيه الاطلاق عند ابي حنيفة فيملك البيع
بالقليل والكثير . وعندهما لا يملك الا بما يتغابن الناس في مثله
وروى الحسن عن ابي حنيفة مثل قولهما . وجه قولهما
ان مطلق البيع ينصرف الى البيع المتعارف والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف
فلا ينصرف اليه كالوكيل بالشرا والله سبحانه وتعالى اعلم . ولابي
حنيفة رحمه الله ان الاصل في اللفظ المطلق ان يجري على اطلاقه ولا يجوز
تقييده الا بدليل والعرف متعارض فان البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه
الى ما هو اربح منه متعارف ايضا فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض مع ان البيع
بغبن فاحش ان لم يكن متعارفا قولا فهو متعارف ذكرا وتسمية لان كل
واحد منهما يسمى بيعا اذ هو مبادلة شي مرغوب بشي مرغوب لغة وقد
وجد . ومطلق الكلام ينصرف الى المتعارف ذكرا وتسمية من غير اعتبار
الفعل . الا ترى ان من حلف لا ياكل لحما فاكل لحم الادمي ولحم الخنزير يحنث وان لم
اكله متعارفا لكونه متعارفا اطلاقا وتسمية كذا . اما التوكيل بالشرا
فالجواب عنه من وجهين . احدهما ان جوازه يثبت على خلاف
القياس لكونه امرا بالتصرف في مال غيره وذكر الثمن فيه . الا ترى انه يصح
بدون ذكر الثمن فيه لبيع الا ترى انه يصح بدون ذكر الثمن الا انه جوز
باعتبار الجواز اذ كل احد لا يتهيا له ان يشتري بنفسه فيحتاج الى ان
يوكل غيره والحاجة الى التوكيل بالشرا ثم جرا التعارف بشرا مثله فينصرف
الامر اليه . والثاني ان المشتري متهم في هذا الاحتمال انه اشترى
لنفسه فلما تبين له الغبن اظهر الشرا للموكل . ومثل هذه التهمة
في البيع منعدمة فهو الفرق المهم وكذلك يملك البيع بغير الاثمان المطلقة
عنده . وعندهما لا يملك وهو قول الشافعي رحمه الله يملك البيع
والنقد بالنقد والنسيه عنده . وعندهم لا يملك الا بالنقد والحجر من
الطرفين على نحو ما ذكرنا في البيع بغبن فاحش . ولو باع الوكيل بعض ما
وكل ببيعه . فهذا على وجهين . ان كان ذلك مما لا ضرر في تبعيضه كالمكيل
والموزون . او كان وكيلا ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
وعندهما لا يجوز الا باجازة الموكل او يبيع النصف الباقي . ولو وكل
وكيلا بالشرا فاشترى نصفه لم يلزم الامر بالاجماع الا ان يشتري الباقي

ويجيزه الموكل ● وجه قولهما الجمع بين الشرا جامع وهو العرف والعادة ودفع الضرر الحاصل بالشركة في الاعيان ● ولابي حنيفة رحمه الله الفرق بين البيع والشرا على ما مر الا ترى ان عبده لو باع القدر بهذا من الثمن يجوز فلان يجوز بيع البعض اولى لانه ينفع موكله حيث امسك النصف على ملكه وبهذا فارق الشرا لان الوكيل بالشرا اذا اشترى النصف بثمن الكل لا يجوز ● الوكيل بالبيع يملك ابرا المشتري عن الثمن وله ان يوخره عنه وله ان ياخذ به عوضا وله ان يصالحه على شي ويحتال به على انسان وهذا قول ابي حنيفة ● وقال ابو يوسف لا يملك شيا من ذلك وهو قولهما ان الوكيل بالابرا والحوالة تصرف في ملك الموكل من غير اذنه فلا ينفذ عليه كما لو فعلها اجنبي ● ولابي حنيفة رحمه الله انه تصرف في حق نفسه بالابرا لان قبض الثمن حقه فكان الابرا عن الثمن ابرا عن قبضه تصحيحا لتصرفه بقدر الامكان واذا سقط حق القبض يسقط الدين ضرورة لانه لو بقي لبقي دينا لا يحتمل القبض اصلا ● وهذا بنا لا نظير له في اصول الشرع ولان دينا لا يحتمل القبض والاستيفا بوجه لا يفيد فيسقط ضرورة ويضمن الثمن للموكل لانه وان تصرف في حق نفسه لكنه تعدى الى ملك غيره بالاتلاف فيجب عليه الضمان ● وكذا اذا اخذ بالثمن عوضا عن المشتري لانه ملك منه القبض الذي هو حقه فيصح ومتى ما ملك ذلك فيملك رقبة الدين ضرورة بما اخذ من العوض لما ذكرنا ● وكذا اذا صالحه على شي لان الصلح مبادلة ● وكذا اذا احاله المشتري بالثمن على انسان وقبل الوكيل الحوالة لان بقبوله الحوالة تصرف في حق نفسه بالابرا عنه لان الحوالة مبرية وذلك يوجب سقوط الدين عن المحيل رقبة لما ذكرنا ويضمن لما قلنا ● وكذا تاخير الدين من الوكيل تاخير حق المطالبة والقبض وانه صادف حق نفسه فيصح لكنه تعدى الى الموكل بثبوت الحيلولة بينه وبين ملكه فيضمن وليس للوكيل بالبيع ان يوكل غيره لان مبنى الوكالة على الخصوص لان الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من الموكل فيملك قدر ما افاده ولا يثبت العموم الا بلفظ يدل عليه وهو قوله اعمل فيه برايك وغير ذلك مما يدل على العموم فان وكل غيره بالبيع فان باع الثاني بحضرة الاول جاز ● وان باع بغير حضرته لا يجوز الا ان يجيزه الاول او الموكل وكذا ان باعه فضولي فبلغ الوكيل الموكل فاجاز يجوز وهذا عند اصحابنا الثلاثة ● وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سوا كان بحضرة الاول او لم يكن ● وقال ابن ابي ليلى يجوز كيف ما كان والصحيح قول اصحابنا الثلاثة لان عبارة الوكيل ليست مقصود الموكل بل المقصود رايه فاذا باع الثاني بحضرته فقد حصل التصرف برايه فينفذ واذا باعه لا بحضرته او باعه فضولي فقد خلا التصرف عن رايه فلا ينفذ ولكنه ينعقد موقوفا على اجازة الوكيل والموكل لصدور التصرف من اهله في محله والله اعلم ● ليس للوكيل بالبيع ان يبيع من نفسه لان الحقوق تتعلق بالعاقد فيودي الى ان يكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلما ومستلما مطالبا ومطالبا وهذا محال وكذا ليس له ان يبيع من نفسه وان امره الموكل بذلك لما ذكرنا ولانه متهم في ذلك ● وليس له ان يبيع من ابيه وجده وولده وولد ولده الكبار وزوجته

عند ابي حنيفة ● وعندهما يجوز له ذلك بمثل القيمة ● واجمعوا على انه لا يجوز له بيعه من عبده ومكاتبه ● وجه قولهما ان البيع من هولا ومن الاجنبي سوا لان كل واحد منهما يملكه اجنبي عن صاحبه ولابي حنيفة ان البيع من هولا يقع من نفسه من حيث المعنى لاتصال منفعة كل واحد منهما بصاحبه ثم لا يملك البيع من نفسه فلا يملكه من غيره بخلاف الاجنبي ● ولو عمم التوكيل فقال اصنع ما شيت او بع من هولا او جاز ما صنعه الوكيل جاز بيعه منهم بالاتفاق ● ولا يجوز ان يبيع من نفسه او من ولده الصغير او من عبده اذا لم يكن عليه دين بخلاف الوكيل بالبيع مطلقا يملك البيع الصحيح والفاسد لان اسم البيع على كل واحد من النوعين اذ هو مبادلة مرغوب وقد وجد بخلاف الوكيل بالنكاح في النكاح مطلقا انه يملك النكاح الفاسد لان المقصود من النكاح الحل والنكاح الفاسد لا يفيد الحل والمقصود من البيع الملك وانه يثبت الملك بالبيع الفاسد واما الوكيل بالبيع الفاسد فهل يملك البيع الصحيح قال ابو حنيفة وابو يوسف يملك ● وقال محمد يملك وبه اخذ الشافعي ● وجه قول محمد ان البيع الفاسد بيع لا يفيد الحكم بنفسه والصحيح يفيد الحكم بنفسه فكانا مختلفين فلا يكون التوكيل باحدهما توكيلا بالاخر فاذا باع بيعا صحيحا صار مخالفا ولهما ان هذا ليس خلافا حقيقة لان البيع الصحيح خير وكل من وكل بشي وهو موكل بما هو خير منه دلالة كالثابت نصا فكان اتيا بما وكل به فلم يكن مخالفا والله اعلم ● واما الوكيل بالشرا فالتوكيل بالشرا لا يخلوا ● اما ان كان مطلقا ● واما ان كان مقيدا ● فان كان مقيدا راعى فيه القيد بالاجماع لما ذكرنا سوا كان القيد راجعا الى المشتري او الى الثمن حتى انه اذا خالف يلزمه الشرا الا اذا كان خلافا الى خير فيلزم الموكل ● مثال الاول اذا قال اشتر لي جارية اطاوها واتخذها ام ولد فاشترى مجوسية او اخته من الرضاع او مرتدة او ذات زوج لا ينفذ على الموكل وينفذ على الوكيل ● وكذلك اذا قال اشتر لي جارية تخدمني فاشترى جارية مقطوعة اليدين او الرجلين او عميا لان الاصل في كل مقيد اعتبار القيد فيه الا قيد لا يفيد اعتباره واعتبار هذا النوع من القيد مفيد وكذلك اذا قال اشتر لي جارية تركية فاشترى جارية حبشية لا يلزم الموكل ويلزم الوكيل لما ذكرنا ● ومثال الثاني اذا قال اشتر لي جارية بالف درهم فاشترى جارية باكثر من الف يلزم الوكيل دون الموكل لانه خالف امر الموكل فيصير مشتريا لنفسه ● ولو قال له اشتر لي جارية بالف درهم او بمائة دينار فاشترى جارية بما سوى الدراهم والدنانير لا يلزم الموكل بالاجماع لان الجنس مختلف فيكون مخالفا ● ولو قال اشتر لي الجارية بمائة دينار فاشتراها بالف درهم قيمتها مائة دينار ذكر الكرخي ان المشهور من قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله انه لا يلزم الموكل لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة فكان التقييد باحدهما مفيدا ● وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يلزم الموكل كانه اعتبرهما جنسا واحدا كما في الشفعة وهو ان الشفيع اذا اخبر ان الدار بيعت بدنانير فسلم الشفعة ثم ظهر انها بيعت بدراهم وقيمتها تساوي الدنانير صح التسليم كذا هاهنا ● فان اشترى جارية بالف درهم فان كان مثلها يشترى بالف او باكثر من الف او باقل من الف مقدار ما لا يتغابن الناس فيه لزم الموكل ● وان كان النقصان مقدار ما لا يتغابن الناس فيه يلزم الوكيل لان شرا الوكيل على المعروف ● وان اشترى جارية بثمان مائة درهم ومثلها يشترى بالف نسية فاشترى جارية بالف حالة فاشترى بالف نسية لزم الموكل لانه خالف قيد الموكل ● ولو امره بان يشتري بالف حالة فاشترى بالف نسيه لزم المو[كل] لانه وان

خالف صورة فقد وافق معنى والعبرة للمعنى لا للصورة ● ولو وكله بان يشتري ويشترط له الخيار للموكل
فاشترى بغير الخيار لزم الموكل الوكيل ● والاصل ان الوكيل بالشرا اذا خالف يكون مشتريا لنفسه ٥
والوكيل بالبيع اذا خالف يتوقف علي اجازة الموكل والفرق بينهما قد ذكرناه فيما تقدم ان الوكيل بالشرا
متهم لانه يملك الشرا لنفسه فامكن تنفيذه عليه حتى انه لو كان صبيا محجورا او عبدا محجورا لا ينفذ
عليه بل يتوقف علي اجازة الموكل لانهما لا يملكان الشرا لانفسهما فلم يمكن التنفيذ عليهما فيتوقف وكذا
اذا كان الوكيل مرتدا او كان وكيلا بشرا عبد بعينه فاشترى نصفه لعدم امكان التنفيذ عليه فاحتمل
التوقف ومعنى التهمة لا يتقدر في الوكيل بالبيع فاحتمل التوقف علي الاجازة ولو وكله بشرا عبد
فاشتراه بعين من اعيان مال الموكل وقف علي الاجازة لانه لما اشتراه بعين من اعيان ماله فقد
باع العين والبيع يقف علي اجازة الموكل والله اعلم ● هذا اذا كان التوكيل بالشرا مقيدا فاما اذا
كان مطلقا فانه يراعي فيه الاطلاق ما امكن الا اذا قام دليل التقييد من عرف او غيره فيتقيد به
وعلي هذا اذا وكل رجلا بشرا جارية وسمى نوعها او ثمنها حتى صحت الوكالة فاشترى جارية مقطوعة
اليد والرجل من خلاف او عورا التزم الموكل ● وكذا اذا اشترى جارية مقطوعة اليدين او الرجلين
او العميا عند ابي حنيفة ● وعندهما يلزم الوكيل ● وجه قولهما ان الجارية تشترى للاستخدام
عرفا وعادة وعرض الاستخدام لا يحصل عند فوات جنس المنفعة فيتقيد بالسلامة عن هذه الصفة
بدلالة العرف ولهذا لا يجوز تحريرها عن الكفارة وان كان نص التحرير مطلقا عن شريطة السلامة
لثبوتها دلالة كذا هذا ● وجه قول ابي حنيفة ان اسم الجارية باطلاقها يقع علي هذه الجارية كما
يقع علي سليمة الاطراف فلا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجد في باب الكفارة لان الامر تعلق
بتحرير رقبة والرقبة اسم مركب عن هذه الاجزا فاذا فات ما يقوم به جنس من منافع الذات انتقص ٥
الذات فلا يتناولها اسم مطلق الرقبة ● فاما اسم الجارية فلا يدل علي هذا الذات باعتبار الاجزا
فلا يقدح نقصانها في اسم الجارية بخلاف اسم الرقبة حتى ان الموكل لو كان بشرا رقبة لا يجوز كما
لا يجوز في الكفارة كذا قالوا ولو وكله ان يشتري له جارية وكالة صحيحة ولم يسم ثمنا فاشترى
الوكيل جارية ان اشترى بمثل القيمة او باقل من القيمة او بزيادة يتغابن في مثلها جاز علي الموكل
وان اشترى بزيادة لا يتغابن في مثلها يلزم الوكيل لان الزيادة القليلة مما لا يمكن التحرز عنها فلو
منعت النفاذ علي الموكل لضاق الامر علي الوكلا ولامتنعوا عن قبول الوكالات وبالناس حاجة اليها
فمست الضرورة الي تحملها ولا ضرورة في الكثير لامكان التحرز عنه ● والفاصل بين القليل والكثير
ان كل زيادة تدخل تحت تقويم المقومين فهي قليلة وما لا تدخل فهي كثيرة لان ما يدخل تحت تقويم ٥
المقومين لا يتحقق كونه زيادة وما لا يدخل كانت زيادة محققة وقدر محمد رحمه الله الزيادة القليلة
التي يتغابن في مثلها في الجامع بنصف العشر وقال ان كانت نصف العشر او اقل فهي مما يتغابن في مثله وان
كان اكثر من نصف العشر فهي مما لا يتغابن في مثله ● قال الجصاص ما ذكره محمد رحمه الله لم يخرج مخرج
التقدير في الاشيا كلها لان ذلك يختلف باختلاف التبليغ منها ما يعد اقل من ذلك غبنا فيه ● ومنها
ما لا يعد الاكثر من ذلك غبنا فيه وقد ربطه بعض القليل في العروض الده نيم وفي الحيوان ده
يازده وفي العقار ده دوازده والله اعلم ● الوكيل بشرا عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشرا
موقوف ان اشترى باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند اصحابنا الثلثة لانه امتثل امر الموكل ● وعند
زفر يلزم الوكيل ولو خاصم الموكل الوكيل الي القاضي قبل ان يشتري الوكيل الباقي والزم القاضي
الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجماع لانه خالف وكذلك هذا في كل ما
في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه ضرر عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما اشبه ذلك
وهذا بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباع نصفه او جزوا منه معلوما انه يجوز عند ابي حنيفة سوا

باع الباقي منه اولا والفرق له علي نحو ما ذكرنا في الوكيل بالبيع مطلقا ● وان اعتقه بعد ما اشترى
نصفه قبل ان يشتري الباقي ● قال ابو يوسف ان اعتقه الموكل جاز ● وان اعتقه الوكيل لم يجز
وقال محمد علي القلب من ذلك ● وجه قول محمد ان الوكيل قد خالف فيما وكله فلم يكن مشتريا
للموكل فكيف ينفذ اعتاقه وهو في الظاهر مشتري لنفسه فينفذ اعتاقه ● وجه قول
ابي يوسف ان اعتاق الموكل صادف عتقا موقوفا نفاذه علي اجازته فكان الاعتاق اجازة منه كما اذا
صرح بالاجازة واعتاق الوكيل لم يصادف عتقا موقوفا علي اجازته لان الوكيل بشرا شي بعينه لا يملك
الشرا لنفسه فلم يحتمل التوقف علي اجازته فبطل ● وان وكل بشرا شي ليس في تبعيضه ضرر ولا في
تشقيصه عيب فاشترى نصفه يلزم الموكل ولا يقف لزومه علي شرا الباقي ● نحو ان وكله بشرا كر
حنطة بماية درهم فاشترى نصف الكر بخمسين ● وكذا لو وكله بشرا عبدين بالف درهم
فاشترى احدهما بخمس ماية لزم الموكل بالاجماع ● وكذا لو وكله بشرا جماعة من العبيد بالف
فاشترى واحدا منها ● الوكيل بشرا عشرة ارطال لحم بدرهم اذا اشترى عشرين رطلا
بدرهم من لحم يباع مثله عشرة ارطال لحم بدرهم لزم الموكل منه عشرة ارطال بنصف
درهم عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يلزمه العشرون بدرهم ● ولو اشترى عشرة
ارطال ونصف رطل بدرهم يلزم الموكل استحسانا ● وجه قول ابي يوسف ان هذا
خلاف صورة لا معنى لانه خلاف الي خير وذا لا يمنع النفاذ علي الموكل اذا اشترى عشرة ارطال
ونصف بدرهم انه يلزم الموكل كذا هذا ● وجه قولهما ان الوكيل يتصرف بحكم الامر فلا
يتعدى تصرفه موضع الامر وقد امره بشرا عشرة ارطال لحم فلا يلزمه الزيادة علي ذلك
بخلاف ما اذا اشترى عشرة ونصف بدرهم لان الزيادة القليلة لا يتحقق زيادة لدخولها
بين الوزنين ● ولو وكله بشرا عبد بماية فاشترى له عبدين كل واحد منهما يساوي ماية
روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يلزم الموكل واحد منهما ● وقال ابو حنيفة اذا وكل رجلا
بشرا عبدين باعيانهما بالف درهم وقيمتهما سوا فاشترى احدهما بستماية درهم لا يلزم
الموكل الا ان يشتري الباقي ببقية الالف ● وقال ابو يوسف ومحمد اذا كانت الزيادة مما يتغابن
في مثله يلزمه وهذا لا يحقق خلافا والله اعلم ● الوكيل بشرا شي بعينه لا يملك ان يشتريه
لنفسه واذا اشترى يقع الشرا للموكل لان شراه لنفسه عزل نفسه عن الوكالة وهو لا يملك
ذلك الا بمحضر من الموكل كما لا يملك الموكل عزله الا بمحضر منه علي ما نذكره في موضعه ان شا
الله تعالى ● واما الوكيل بشرا شي بغير عينه اذا اشترى يكون مشتريا لنفسه الا ان ينويه
للموكل ● وجملة الكلام فيه انه اذا قال اشتريته لنفسي وصدقه الموكل فالمشترى له واذا قال
الموكل اشتريته لي وصدقه الوكيل فالمشترى للموكل لان الوكيل بشرا شي بغير عينه يملك
الشرا لنفسه كما يملكه للموكل فاحتمل شراؤه لنفسه واحتمل لموكله فتحكم فيه التصديق
فيحمل علي احد الوجهين بتصادقهما ● ولو اختلفا فقال الوكيل اشتريته لنفسي وقال الموكل
بل اشتريته لي يحكم فيه الثمن ● فان ادى الوكيل الثمن من دراهم نفسه فالمشترى له وان اداه
من دراهم موكله فالمشترى لموكله لان الظاهر نقد الثمن من مال من يشتري له فكان الظاهر
شاهدا للثمن فكان صادقا في حكمه واما اذا لم تحضره النية وقت الشرا واتفقا عليه يحكم
فيه الثمن ايضا عند ابي يوسف ● وعند محمد يكون المشترى للوكيل ● وجه قول
محمد ان الاصل ان يكون الانسان متصرفا لنفسه لا لغيره فكان الظاهر شاهدا للوكيل فكان
المشترى له ● وجه قول ابي يوسف ان امور المسلمين محمولة علي الصلاح والسداد ما
امكن وذلك في تحكيم الثمن علي ما مر الوكيل بالشرا لا يملك الشرا بنفسه لان الحقوق من

باب الشرا يرجع الى الوكيل فتؤدي الى الاحالة وهو ان تكون الشخص الواحد في زمان واحد مسلماً
ومتسلماً مطالباً ومطالباً ولانه متهم في الشرا من نفسه ۞ ولو امره الموكل بذلك لا يصح ايضاً لما
ذكرنا ۞ وكذلك لو اشترى من ولده الصغير لان ذلك شرا من نفسه ۞ وكذلك لو اشترى من
عبده الذي لا دين عليه او مكاتبه ۞ وكذا الوكيل بالشرا لا يملك الشرا من ابيه وجده وولده
وولد ولده وزوجته وكل من لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة وعندهما يملك اذا اشترى
بمثل القيمة او باقل وبزيادة يتغابن في مثلها واجمعوا على انه لا يملك الشرا من عبده الذي
لا دين عليه ومكاتبه وتقررت المسالة بحججها من قبل ۞ ولو كانت الوكالة عامة بان قال اعمل
ما شئت او قال له بع من هولا او اجاز ما صنعه الوكيل جاز لان المانع من الجواز التهمة وقد زالت
بالامر والاجازة ۞ ولو دفع اليه دراهم ووكله ان يشتري بها طعاماً فهو على الحنطة والدقيق
لا على الفاكهة واللحم والخبز لان الطعام في الحقيقة وان كان اسماً لما يطعم لكنه ينصرف الى الحنطة
والدقيق بقرينة الشرا في العرف ولهذا يسمى السوق الذي يباع فيه الحنطة والدقيق سوق
الطعام دون غيره الا اذا كان المدفوع قليلاً كالدرهم ونحوه او كان ميّاك وليمة ينصرف
الى الخبز وقيل يحكم الثمن ان كان قليلاً ينصرف الى الخبز وان كان كثيراً ينصرف الى الحنطة
والدقيق والله اعلم ۞ ولو قال اشتر لي بدرهم لحماً ينصرف الى اللحم التي الذي يباع في السوق
ويشتري الناس منه في الاغلب من لحم الضان والمعز والبقر والابل ان جرت العادة بشرائه
ولا ينصرف الى المشوي والمطبوخ الا اذا كان مسافراً نزل خاناً ودفع الى انسان درهماً ليشتري له
به لحماً ولا الى لحم الطير والوحش والسمك ولا الى شاة حية ولا الى مذبوحة غير مسلوخة
لانعدام جريان العادة بشرائه ۞ وان اشترى مسلوخاً جاز على الموكل لان المسلوخ يباع في الاسواق
في العادة ۞ ولا الى البطن والكرش والبطن والكبد والراس والكراع لانها ليست بلحم ولا يشترى
مقصوداً ايضاً بل تبعاً للحم فلا ينصرف مطلق التوكيل اليه ۞ بخلاف ما اذا حلف لا ياكل لحماً فاكل
هذه الاشيا انه يحنث لان مبنى الايمان على العرف ذكراً وتسمية ومبنى الوكالة على العرف عادة ونقلاً
الا ترى ان حكم الحنث يلزم باكل القديد ۞ ولو اشترى الوكيل القديد لا يلزم الموكل لانعدام
العادة ببيع القديد في الاسواق في الغالب ولا الى شحم البطن والالية لانهما ليسا بلحم ۞ ولو
وكله بشرا الية لا يملك ان يشتري لحماً لانهما يختلفان اسماً ومقصوداً ۞ ولو وكله ان يشتري
سمكاً بدرهم فهو على الطري الكبار دون المالح والصغار لان العادة جرت بشرا الطري الكبار منه
دون المالح ودون الصغار ۞ ولو وكله بشرا الراس فهو على التي دون المطبوخ والمشوي وهو
على راس الغنم دون البقر والابل الا في موضع جرت العادة بذلك والمذكور من الخلاف في الجامع
الصغير يرجع الى اختلاف العصر والزمان دون الحقيقة ودون راس العصفور والسمك والجراد
لانعدام العادة ۞ ولو وكله بشرا دهن فله ان يشتري اي دهن شا وكذا اذا وكله بشرا
فاكهة له ان يشتري اي فاكهة تباع في السوق عادة ۞ ولو وكله بشرا البيض فهو على بيض
الدجاج وان كان اليمين المنعقد عليه يقع على بيض الطيور كلها لما ذكرنا ۞ ولو وكله ان
يشتري لبناً فهو على ما يباع في عادة البلد في السوق من الغنم او البقر او الابل وكذا اذا وكله
بشرا السمن فان استويا فهو عليهما جميعاً ۞ بخلاف ما اذا حلف لا يذوق لبناً ان ذلك يقع على
لبن الغنم والبقر والابل لما ذكرنا من الفرق ۞ الوكيل بشرا الكبش لا يملك شرا النعجة حتى لو
اشترى لا يلزم الموكل لان الكبش اسم للذكر والنعجة اسم للانثى وكذا اذا وكله بشرا عناق
فاشترى جدياً او بشرا فرس او برذون فاشترى رمكة لا يجوز على الموكل ۞ والبقر يقع على الذكر
والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع قال الله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة قيل انها كانت

ذكراً ۞ وقال تعالى لا ذلول تثير الارض واثارة الارض عمل الثيران وذكر القدوري انه يقع على
الانثى والصحيح رواية الجامع لما ذكرنا ۞ والدجاج يقع على الذكر والانثى ۞ والدجاجة بالها على الانثى
خاصة ۞ والبعير على الذكر والانثى والبختي ضرب خاص من الابل والبختية ضرب معروف بسرعة
السير وهي كالحمائة في عرف ديارنا ۞ ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر حتى يتم
به نصاب الزكاة لبعده عن اوهامهم لقلته فيهم ۞ الموكل بالشرا اذا امر غيره فاشترى ان فعل
بحضرة الاول او باجازته او باجازة الموكل والا فلا الا اذا كانت الوكالة عامة على ما مر ۞ الوكيلان
هل ينفرد احدهما بالتصرف فيما وكلا به ۞ اما الوكيلان بالبيع فلا يملك احدهما التصرف بدون
صاحبه ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه او الموكل لان البيع مما يحتاج فيه الى الراي والموكل انما
رضي برايهما لا براي احدهما واجتماعهما على ذلك ممكن فلم يمتثل امر الموكل فلا ينفذ عليه ۞ وكذا
الوكيلان بالشرا سوا كان الثمن مسمى او لم يكن وسوا كان الوكيل الاخر غائباً او حاضراً لكن في البيع
الا ان في الشرا اذا اشترى احدهما بدون صاحبه ينفذ على المشتري ولا يقف على الاجازة وفي
البيع يقف على الاجازة وقد مر الفرق ۞ وكذا الوكيلان بالنكاح والطلاق على مال والعتق على
مال والخلع والكتابة وكل عقد فيه بدل هو مال لان كل ذلك مما يحتاج الى الراي ولم يرض براي
احدهما بانفراده ۞ وكذا ما خرج مخرج التمليك ۞ بان قال لرجلين جعلت امر امراتي بيدكما او قال
لهما طلقا امراتي ان شئتما لا ينفرد احدهما بالتطليق لان جعل الامر باليد تمليك الا ترى انه يقف
على المجلس والتمليكات هي التي تختص بالمجلس والتمليك على هذا الوجه مشروط بالمشية كانه قال
طلقا امراتي ان شئتما وهناك لا يملك احدهما التطليق دون صاحبه لان المعلق بشرطين لا ينزل
الا عند وجودهما فكذا هاهنا ۞ وكذا الوكيلان بقبض الدين لا يملك احدهما ان يقبض دون
صاحبه لان قبض الدين مما يحتاج الى الراي والامانة وقد فوض الراي اليهما جميعاً لا الى احدهما
ورضي بامانتهما جميعاً لا بامانة احدهما ۞ وان قبض احدهما لا يبرا الغريم حتى يصل ما قبضه
الى صاحبه فيقع في ايديهما جميعاً او يصل الى الموكل لانه لما وصل المقبوض الى صاحبه او الى الموكل
فقد حصل المقصود بالقبض فصار كانهما قبضاه جميعاً ابتدا ۞ واما الوكيلان بالطلاق على غير مال
والعتق على غير مال والوكيلان بتسليم الهبة ورد الوديعة وقضا الدين فينفرد احدهما
بالتصرف فيما وكلا به لان هذه التصرفات مما لا يحتاج الى الراي فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً
للتصرف الى كل واحد منهما بانفراده ۞ واما الوكيلان بالخصومة فكل واحد منهما ينفرد بالتصرف
عند اصحابنا الثلثة ۞ وعند زفر لا ينفرد ۞ وجه قوله ان الخصومة مما يحتاج الى الراي
ولم يرض براي احدهما فلا يملكها احدهما دون صاحبه ۞ وجه قول اصحابنا الثلثة
ان الغرض من الخصومة اعلام القاضي بما يملكه المخاصم واسماعه واجتماع الوكيلين يخل بالاعلام
والاسماع لان ازدحام الكلام يخل الفهم فكان اضافة التوكيل اليهما تفويضاً للخصومة الى كل
واحد منهما فايهما خاصم كان ممتثلاً الا انه لا يملك احدهما القبض بدون صاحبه وان كان الوكيل
بالخصومة يملك القبض عندنا لان اجتماعهما على القبض ممكن فلا يكون راضياً بقبض احدهما
بانفراده ۞ والمضاربان لا يملك احدهما التصرف بدون اذن صاحبه بالاجماع ۞ وفي الوصيين
خلاف بين اصحابنا على ما نذكره في موضعه ان شا الله تعالى ۞ الوكيل هل يملك الحقوق جملة الكلام
فيه ان الموكل به نوعان ۞ نوع لا حقوق له الا ما امر به الموكل كالتوكيل بالبيع والشرا فحقوقهما ترجع الى
الوكيل فيسلم المبيع ويقبضه ويقبض الثمن ويطالب به ويخاصم في العيب وفي الاستحقاق ۞
والاصل ان كل عقد لا يحتاج فيه الى اضافته الى الموكل ويكتفي فيه بالاضافة الى نفسه فهو
راجعة الى العاقد كالبياعات والاشربة والاجارات والصلح الذي هو في معنى البيع فحقوق هذه

العقود للوكيل وعليه ويكون الوكيل في هذه الحقوق كالمالك وكالاجنبي حتي لا يملك الموكل مطالبة المشتري من الوكيل من الثمن ۞ ولو طالبه فابى لا يجبر على تسليم الثمن اليه ۞ ولو امره الوكيل بقبض الثمن ملك المطالبه وايهما طالب المشتري بالثمن يجبر على التسليم اليه ۞ ولو نهاه الوكيل عن قبض الثمن صح نهيه ۞ ولو نهى الموكل الوكيل عن قبض الثمن لا يعمل نهيه ۞ غير ان المشتري اذا نقد الثمن الي الموكل يبرا عن الثمن استحسانا ۞ وكذا الوكيل هو المطالب بتسليم المبيع اذا نقد الثمن ولا يطالب به الموكل فاذا استحق المبيع في يد المشتري يرجع بالثمن على الوكيل ان كان نقد الثمن اليه وان كان نقده الي الموكل يرجع بالثمن اليه ۞ وكذا اذا وجد المشتري بالمبيع عيبا له ان يخاصم الوكيل ۞ واذا اثبت العيب عليه ورده عليه بقضا القاضي اخذ الثمن من الوكيل ان كان نقده اليه وان كان نقده الي الموكل اخذ منه ۞ وكذا الوكيل بالشرا هو المطالب بالثمن دون الموكل وهو الذي يقبض المبيع دون الموكل ۞ واذا استحق المبيع من يده فهو الذي يتولى الرجوع بالثمن على بايعه دون الموكل ولو وجد بالمبيع عيبا ان كان المبيع في يده ولو تسلمه الي الموكل بعد فله ان يرده عليه الا برضا موكله وكذلك هذا في الاجارة والاستيجار واخواتهما ۞ وكل عقد يحتاج فيه الي اضافته الي الموكل فحقوقه ترجع الي الموكل كالنكاح والطلاق على مال والعتاق على مال والخلع والصلح عن دم العمد والكتابه والصلح عن انكار المدعا عليه ونحوها فحقوق هذه العقود يكون للموكل وعليه والوكيل فيها يكون سفيرا ومعبرا محضا حتى ان وكيل الزوج في النكاح لا يطالب بالمهر وانما يطالب به الزوج الا اذا ضمن المهر فحينيذ يطالب به لكن بحكم الضمان ووكيل المراة في النكاح لا يملك قبض المهر وكذلك الوكيل بالكتابه والخلع لا يملك قبض بدل الكتابه والخلع ان كان وكيل الزوج وان كان وكيل المراة لا يطالب ببدل الخلع الا بالضمان وكذلك الوكيل بالصلح عن دم العمد ۞ وهذا الذي ذكرنا ان حقوق العقد في البيع والشرا واخواتهما ترجع الي الوكيل مذهب علماينا رحمة الله عليهم ۞ وقال الشافعي لا يرجع شي من الحقوق الي الوكيل وانما ترجع الي الموكل ۞ وجه قوله ان الوكيل يتصرف بطريق النيابه عن الموكل وتصرف النايب تصرف المنوب عنه الا ترى ان حكم تصرفه يقع للموكل فكذا حقوقه لان الحقوق تابعة للحكم والحكم هو المتبوع فاذا كان الاصل له فكذا التبع ۞ ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة فكان حقوق العقد راجعة اليه كما اذا تولى الموكل بنفسه ولا شك ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان عقده كلامه القايم بذاته حقيقة ويستحيل ان يكون الانسان فاعلا بفعل الغير حقيقة وهو حقيقة مقررة بالشريعة قال تعالى وان ليس للانسان الا ما سعى ۞ وقال تعالى لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت فكان ينبغي ان يكون اصل الحكم له ايضا لان السبب وجد منه حقيقة وشرعا الا ان الشرع اثبت اصل الحكم للموكل لان الوكيل انما فعله بامره وانابته وفعل المامور يضاف الي الامر فتعارض الشبهان فوجب اعتبارهما بقدر الامكان فعملنا بشبه الامر والانابة باثبات اصل الحكم للموكل وبشبه الحقيقة المقدرة بالشريعة باثبات توابع الحكم للوكيل توفيرا على الشبهين حظهما من الحكم ولا يمكن الحكم بالعكس وهو اثبات اصل الحكم للوكيل واثبات التوابع للموكل لان الاصل في نفاذ تصرف الوكيل هو الولاية لانها علة نفاذه ولا ملك له والموكل اصل في الولاية والوكيل تابع لانه لا يتصرف بولاية نفسه لعدم الملك بل بولاية مستفادة من قبل الموكل فكان اثبات اصل الحكم للموكل واثبات التابع للوكيل وضع الشي في موضعه وهو حد الحكمه وعكسه وضع الشي في غير موضعه وهو حد السفه والله اعلم ۞ بخلاف النكاح واخواته لان الوكيل هناك ليس بنايب عن الموكل بل هو سفير ومعبر بمنزلة الرسول الا ترى انه لا يضيف العقد الى نفسه بل الي موكله فانعدمت النيابة فبقي سفيرا محضا فاعتبر العقد موجودا من الموكل من كل وجه فترجع الحقوق اليه ۞ ثم انما ترجع الحقوق الي الوكيل وتلزمه العهدة اذا كان من اهل لزوم

المشتري صح

العهدة

العهدة ۞ فاما اذا لم يكن بان كان صبيا محجورا ينفذ بيعه وشراوه ويكون العهدة على الموكل لا عليه لان ذلك من باب التبرع والصبي ليس من اهل التبرع لكونه من التصرفات الضارة المحضة فاما نفاذ تصرفه فنفع محض لحصول التجربه والممارسة له ۞ ولا خيار للمشتري من المحجور سوا علم انه محجور او لم يعلم في ظاهر الروايه ۞ وروي عن ابي يوسف انه ان كان عالما فلا خيار له فاما اذا كان جاهلا فله الخيار ان شا فسخ العقد وان شا امضاه ۞ وجه قوله ان الرضى شرط جواز التجارة وقد اختل لانه انما اقدم على العقد على ان تكون العهدة على العاقد فاذا تبين انه ليس عليه اختل رضاه فيثبت له الخيار كما اذا ظهر به عيب ۞ وجه ظاهر الروايه ان الجهل بالحجر ليس بعذر لانه يمكن الوصول اليه خصوصا في حق الصبي اذ الاصل فيه هو الحجر والاذن لعارض الرشد فكان سبيل الوصول الي العلم قايما فالجهل به لتقصير من جهته فلا يعذر ويعتبر عالما ۞ ولو علم بالحجر لما ثبت له الخيار كذا هنا ۞ الوكيل بالهبة والصدقة والاجارة والايداع والرهن والقرض اذا فعل ما امر به وقبض لا يملك المطالبه برد شي من ذلك الي يده ولا ان يقبض الوديعة والعاريه والرهن ولا القرض من عليه لان الحكم في هذه العقود يقف على القبض ولا صنع للوكيل في القبض بل هو صنع القابض في محل مملوك فكانت حقوقه راجعة اليه والوكيل سفير عنه بمنزلة الرسول بخلاف الوكيل بالبيع ونحوه لان الحكم فيها للعقد لا للقبض وهو العاقد حقيقة وشرعا على ما قررناه فكانت الحقوق عايدة اليه وكذلك في التوكيل بالاستعارة والارتهان والاستيهاب الحكم والحقوق يرجع الي الموكل ۞ وكذا في التوكيل بالشركة والمضاربة لما قلنا ۞ وللوكيل ان يوكل غيره في الحقوق لانه اصل في الحقوق والمالك اجنبي عنها فملك توكيل غيره فيها ايضا ۞ ومنها ان المقبوض في يد الوكيل بجهة الوكالة بالبيع والشرا وقبض الدين والعين وقضا الدين امانة بمنزلة الوديعة لان يده يد نيابة عن الموكل بمنزلة يد المودع فيضمن بما يضمن في الودايع ويبرا بما يبرا فيها ويكون القول قوله في دفع الضمان عن نفسه ولو دفع اليه مالا وقال له اقبضه فلانا عن ديني فقال الوكيل قد قضيت صاحب الدين فادفعه الي وكذبه صاحب الدين فالقول قول الوكيل في براة نفسه عن الضمان والقول قول الطالب في انه لم يقبضه حتى لا يسقط دينه عن الموكل لان الوكيل امين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ولا يصدق على الغريم في ابطال حقه ويجب اليمين على احدهما لا عليهما لانه لا بد للموكل من تصديق احدهما وتكذيب الاخر فيحلف المكذب منهما دون المصدق ۞ فان صدق الوكيل في الدفع حلف الطالب بالله ما قبضه فان حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه وان نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل ۞ وان صدق الطالب انه لم يقبضه وكذب الوكيل حلف بالله لقد دفعه اليه فان حلف بري وان نكل لزمه ما دفع اليه ۞ وكذلك لو اودع ماله رجلا وامره ان يدفع الوديعة الي فلان فقال المودع دفعت وكذبه فلان فهو على هذا التفصيل الذي ذكرنا ۞ ولو دفع المودع الوديعة الي رجل وادعى انه قد دفعها اليه بامر صاحب الوديعة وانكر صاحب الوديعة الامر فالقول قوله مع يمينه انه لم يامره بذلك لان المودع يدعي الامر وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه ۞ وان كان المال مضمونا على رجل كالمغصوب في يد الغاصب والدين على الغريم فامر الطالب والمغصوب منه الرجل ان يدفعه الي فلان وقال المامور قد دفعت اليه ۞ وقال فلان ما قبضت فالقول قول فلان لانه لم يقبض ولا يصدق الوكيل على الدفع الا ببينة او بتصديق الموكل لان الضمان قد وجب عليه فهو بدعوى الدفع الي فلان يريد ابرا نفسه عن الضمان الواجب فلا يصدق الا ببينة او بتصديق الموكل فاذا صدقه الموكل يبرا ايضا ولانه اذا صدقه فقد ابراه عن الضمان ولكنهما لا يصدقان على القابض ويكون القول قوله انه لم يقبضه مع يمينه لان قولهما حجة في حق انفسهما لا في ابطال حق الغير مع يمين الطالب لانه منكر للقبض والقول قول المنكر مع يمينه ۞ ولو كذبه الموكل في الدفع فطلب

الوكيل بيمينه فانه يحلف على العلم بالله ما لم يعلم انه دفع فان حلف اخذ منه الضمان وان نكل سقط الضمان
عنه ۞ ولو ان الوكيل المدفوع اليه المال قضى الدين من مال نفسه وامسك ما دفع اليه الموكل جاز لانه
لو لم يدفع اليه الدراهم اصلا وقضى الوكيل من مال نفسه جاز على الموكل لان الوكيل بقضاء الدين في
الحقيقة وكيل بشرا الدين من الطالب والوكيل بالشرا اذا نقد الثمن من مال نفسه جاز فهاهنا
اولى ولو لم يدفع اليه شيا ولكنه امره بقضاء دينه فقال الوكيل قضيته وكذبه الطالب والموكل
فاقام الوكيل بينة انه قد قضى صاحب الدين قبلت بينته وبرئ الموكل من الدين ورجع الوكيل على
الموكل بما قضى عنه لان الثابت بالبينة كالثابت حسا ومشاهدة وقد ثبت قضا الدين بالبينة فله
ان يرجع فان لم يكن له بينة وكذبه الطالب والموكل فالقول قولهما مع اليمين لان الوكيل بدعوى
القبض يريد ايجاب الضمان على الطالب لانه يريد اسقاط الدين عن الموكل وذلك بطريق المقاصة
وهو ان يصير المقبوض مضمونا على القابض الطالب دينا عليه وله على الموكل دين مثله فيلتقيان قصاصا
والطالب منكر وكذا الموكل منكر لوجوب الضمان عليه فكان القول قولهما مع اليمين او نقول ان الوكيل
بقوله قضيت يدعي على الطالب بيع دينه من الغريم وعلى المشتري الشرا منه وهما منكران فكان
القول قولهما مع اليمين ۞ ويحلف الموكل على العلم لانه حلف على فعل غيره وهو قبض الطالب ۞ وان
صدقه الموكل في القضا وكذبه الطالب يصدق على الموكل دون الطالب حتى يرجع على الموكل بما قضى
ويغرم الفا اخرى للطالب لان الموكل صدقه في دعوى القضا عنه بامره وهو مصدق على نفسه في
تصديقه فيثبت القضا في حقه فيجب له عليه الضمان وهو معنى الرجوع عليه بما قضى والطالب
بالتكذيب منكر قبض حقه فكان القول قوله مع يمينه هكذا ذكر القدوري ۞ وذكر في الجامع
ان الوكيل لا يرجع على الموكل وان صدقه الموكل لان حق الرجوع تعتمد وجود القضا ولم يوجد لان الطالب
منكر الا انا نقول انكار الطالب يمنع وجود القضا في حقه لانه منكر اما لا يمنع وجوده في حق الموكل
لانه مقر واقرار كل مقر حجة في حقه فكان الاول اشبه والله اعلم ۞ ولو دفع الى انسان مالا ليقضي
دينه فقضاه الموكل بنفسه ثم قضاه الوكيل فان كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل فلا ضمان على الوكيل
ويرجع الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل ۞ وان كان قد علم بان الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن
لان الموكل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل الا ان عزل الوكيل لا يصح الا بعد علمه به فاذا علم بفعل
الموكل فقد علم بالعزل فصار متعديا في الدفع فيلزمه الضمان واذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدي
فلا ضمان عليه ۞ وليس هذا كالوكيل باداء الزكوة اذا ادى الموكل بنفسه ثم ادى الوكيل انه يضمن
الوكيل علم باداء الموكل او لم يعلم عند ابي حنيفة لان الوكيل باداء الزكوة مامور باداء الزكوة واداء
الزكوة هو اسقاط ما عليه من الفرض بتمليك المال من الفقير ولم يوجد ذلك من الفقير الوكيل
لحصوله من الموكل فبقي الدفع من الوكيل تعديا محضا فكان مضمونا عليه فاما قضا الدين فعبارة
عن اداء مال مضمون على القابض على ما ذكرنا والمدفوع الى الطالب مقبوض بجهة الضمان لكونه
مقبوضا بجهة القضا والمقبوض بجهة مضمون على القابض كالمقبوض على سوم الشرا او يقال
ان قضا الدين عبارة عن نوع معاوضة وهو شرا الدين بالمال والمقبوض من الوكيل مقبوض
بجهة الشرا والمقبوض بجهة الشرا مضمون على المشتري بخلاف ما اذا دفعه على علمه بدفع الموكل
لان هناك لم يوجد القبض بجهة الضمان لانعدام القبض بجهة القضا فبقي تعديا فيجب عليه
ضمان التعدي والقول قول الوكيل في انه لم يعلم بدفع الموكل لان القول قول الامين في دفع
الضمان عن نفسه لكن مع اليمين ۞ وعلى هذا اذا مات الموكل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى
الدين لا ضمان عليه واذا كان عالما بموته ضمن لما ذكرنا والله اعلم ۞ الوكيل ببيع العبد اذا قال
بعت وقبضت الثمن وهلك هذا على وجهين اما ان كان سلم العبد الى الوكيل او كان لم يسلم

اليه فان لم يكن سلم العبد اليه فقال الوكيل بعته من هذا الرجل وقبضت منه الثمن وهلك
الثمن في يدي او قال دفعته الى الموكل فهذا لا يخلوا اما ان صدقه في ذلك كله او كذبه بان كذبه
في البيع او صدقه في البيع وكذبه في قبض الثمن او صدقه فيهما وكذبه في الهلاك ۞ فان صدقه
في ذلك كله يهلك الثمن من مال الموكل ولا شي على الوكيل لانه هلك امانة في يده وان كذبه في ذلك
كله بان كذبه بالبيع او صدقه في البيع وكذبه في قبض الثمن فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق
في قبض الثمن في حق الموكل لان اقرار الوكيل في حق نفسه جايز والمشتري بالخيار ان شا نقد الثمن
ثانيا الى الموكل واخذ منه المبيع وان شا فسخ البيع وله ان يرجع في الحالين جميعا على الوكيل بما
نقده ۞ وكذلك لو اقر الوكيل بالبيع وزعم ان الموكل قبض من المشتري الثمن وانكر الموكل
ذلك فان الوكيل يصدق في البيع ولا يصدق في اقراره على الموكل بالقبض لما ذكرنا ويجبر المشتري
على ما ذكرنا الا ان هاهنا لا يرجع المشتري على الوكيل بشي لانه لم يوخذ منه الا اقراره بقبض الثمن
وان صدقه الموكل في البيع وقبض الثمن وكذبه في الهلاك او الدفع اليه فالقول قول
الوكيل في دعوى الهلاك او الدفع اليه مع يمينه لانه امين ويجبر الموكل على تسليم العبد الى المشتري
لانه ثبت البيع وقبض الثمن بتصديقه اياه ۞ ولا يومر المشتري بنقد الثمن ثانيا الى الموكل
لانه ثبت وصول الثمن الى يد وكيله بتصديقه ووصول الثمن الى يد وكيله كوصوله الى
يده هذا اذا لم يكن العبد مسلما الى الوكيل ۞ فاما ان كان سلم اليه فقال الوكيل بعته من
هذا الرجل وقبضت منه الثمن فهلك عندي او قال دفعته الى الموكل او قال قبض الموكل
الثمن من المشتري فان الوكيل يصدق في ذلك كله ويسلم العبد الى المشتري ويبرا المشتري
من الثمن ولا يمين عليه ۞ اما اذا صدقه الموكل في ذلك كله فلا يشكل وكذلك اذا كذبه
في البيع او صدقه فيه وكذبه في قبض الثمن لان الوكيل اقر ببراة المشتري عن الثمن فلا يحلف
ويحلف الوكيل فان حلف على ما يدعيه بري من الثمن وان نكل عن اليمين لزمه ضمان الثمن
للموكل فان استحق العبد بعد ذلك من يد المشتري فانه يرجع بالثمن على الوكيل اذا اقر
بقبض الثمن منه والوكيل لا يرجع على الموكل بما ضمن من الثمن للمشتري لان الموكل لم يصدقه
على قبض الثمن فاقرار الوكيل في حقه جايز ولا يجوز في حق الرجوع على الموكل ۞ وله ان يحلف
الموكل على العلم بقبض الوكيل ۞ فان نكل رجع عليه بما ضمن ۞ ولو اقر الموكل بقبض الوكيل
الثمن لكنه كذبه في الهلاك او الدفع اليه فان الوكيل يرجع بما ضمن عليه لان يد وكيله كيده
ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه اقر ان الموكل قبضه من المشتري على الوكيل
لانه لم يقبض منه الثمن ولا يرجع على الموكل ايضا لان اقرارهما على الموكل لا يجوز ولو لم يستحق
المبيع ولكنه وجد به عيبا كان له ان يخاصم الوكيل فاذا رد عليه بقضا القاضي رجع عليه بالثمن
ان اقر بقبض الثمن منه ۞ وللوكيل ان يرجع على الموكل بما ضمن اذا اقر الموكل بقبض الوكيل الثمن
ويكون للموكل ۞ وان لم يقر الموكل بقبض الوكيل الثمن لا يرجع الوكيل بما ضمن على الموكل وله
ان يحلف الموكل على العلم بقبضه فان نكل رجع وان حلف لا يرجع عليه ولكنه يبيع العبد فيستوفي
ما ضمن من ثمنه فان كان فيه فضل رده على الموكل وان كان فيه نقصان فلا يرجع بالنقصان
على احد ۞ ولو كان الوكيل لم يقر بقبض الثمن بنفسه ولكنه اقر بقبض الموكل لا يرجع المشتري
بالثمن على الوكيل لانه لم يدفعه اليه ولا يرجع على الموكل ايضا لانهما لا يصدقان عليه
بالقبض وعلى الموكل اليمين بالبتات فان نكل رجع عليه والمبيع له وان حلف لا يرجع عليه بشي
ولكن المبيع يباع عليه ۞ وذكر الطحاوي في الفصل الاول ان الوكيل يبيعه في قولهما وفي
قول ابي حنيفة لا يبيعه وجعل هذا كبيع مال المدبون المفلس ولكن الوكيل لو باعه يجوز

بيعه لانه لما رد عليه فسخا عادت الوكالة فاذا بيع العبد يستوفي المشتري منه الثمن ان اقر الو
الوكيل بقبض الموكل وان لم يقر بقبض نفسه وان اقر بقبض الثمن و به نقصان لا يرجع على
احد والله اعلم ۞ ومنها ان الوكيل بقضا الدين اذا لم يدفع الموكل اليه ما لا يقضي دينه منه
فقضاه من مال نفسه يرجع بما قضي على الموكل لان الامر بقضا الدين من مال غيره استقراض
منه والمقرض على المستقرض بما قبضه وكذلك الوكيل بالشرا اذا اشتري ونقد الثمن من
مال نفسه يرجع به على الموكل لان التوكيل بالشرا من غير دفع الدين وهو الثمن والوكيل
بقضا الدين اذا قضي من مال نفسه يرجع على الوكيل فكذا الوكيل بالشرا ۞ وله ان يحبس المبيع
لاستيفا الثمن من الموكل عند اصحابنا وعند زفر ليس له حبسه ۞ وجه قوله ان المبيع
امانة في يد الوكيل الا تري انه لو هلك في يده فالهلاك على الموكل حتي لا يسقط الثمن عنه وليس
للامين حبس الامانة بعد طلب اهلها قال الله تعالى ان الله يامركم ان تودوا الامانات
الي اهلها وصار كالوديعة ۞ ولنا انه عاقد وجب له الثمن على من وقع له حكم البيع ضمانا
للمبيع فكان له حق حبس المبيع لاستيفا الثمن كالبايع مع المشتري واذا طلب منه الموكل فحبسه
حتي هلك كان مضمونا عليه بلا اختلاف بين اصحابنا رحمهم الله لكنهم اختلفوا في كيفية
الضمان قال محمد رحمه الله يكون مضمونا ضمان المبيع ۞ وقال ابو يوسف يكون مضمونا
ضمان الرهن ۞ وقال زفر يكون مضمونا ضمان الغصب ۞ وجه قول زفر ما ذكرنا
ان المبيع امانة والامين لا يملك حبس الامانة عن صاحبها فاذا حبسها فقد صار غاصبا
والمغصوب مضمون بقدره من المثل او القيمة بالغا ما بلغ ۞ وجه قول ابي يوسف
ان هذا عين محبوسه بدين يسقط بهلاكها فكانت مضمونة بضمان البيع كالمبيع في يد البايع
والله اعلم ۞ وكذلك الوكيل بالبيع اذا باع وسلم وقبض الثمن ثم استحق المبيع من يد المشتري
فانه يرجع بالثمن على الوكيل فيا خذ عينه ان كان قايما ومثله وقيمته ان كان هالكا ۞

فصل واما بيان ما يخرج به الوكيل من الوكالة ۞ فنقول وبالله التوفيق
ان الوكيل يخرج من الوكالة باشيا ۞ منها عزل الوكيل اياه ونهيه لان الوكالة عقد غير لازم
فكان محتملا للفسخ بالعزل والنهي ۞ ولصحة العزل شرطان ۞ احدهما علم الوكيل به لان العزل
فسخ فلا يلزم حكمه الا بعد العلم كالفسخ فاذا عزله وهو حاضر انعزل ۞ وكذا لو كان غايبا
فكتب اليه كتاب العزل فبلغه الكتاب وعلم ما فيه انعزل لان الكتاب من الغايب كالخطاب
من الحاضر ۞ وكذلك لو ارسل اليه رسولا فبلغ الرسالة وقال ان فلانا ارسلني اليك
ويقول اني عزلتك عن الوكالة فانه ينعزل كاينا من كان الرسول عدلا كان او غير عدل
حرا كان او عبدا صغيرا كان او كبيرا بعد ان بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا لان الرسول
قايم مقام المرسل معبر وسفير عنه فتصح سفارته بعد ان صحت عبارته على اي صفة كان وان لم
يكتب كتابا ولا ارسل اليه رسولا ولكن اخبره بالعزل رجلان عدلان كانا او غير
عدلين او رجل واحد عدل ينعزل في قولهم جميعا سوا صدقه الوكيل او لم يصدقه
اذا ظهر صدق الخبر لان خبر الواحد مقبول في المعاملات وان لم يكن عدلا فخبر العدد
او العدل اولي ۞ وان اخبره واحد غير عدل فان صدقه ينعزل بالاجماع وان كذبه
لا ينعزل وان ظهر صدق الخبر في قول ابي حنيفة وعندهما ينعزل اذا ظهر صدق الخبر
وان كذبه وجه قولهما ان الاخبار عن العزل من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد
ولا العدالة في الاخبار في ساير المعاملات وجه قول ابي حنيفة ان الاخبار عن
العزل له شبهة الشهادة لان فيه الزام حكم المخبر به وهو العزل وهو لزوم الامتناع من التصرف

ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل فاشبه الشهادة فيجب اعتبار احد شرطيها
وهي العدالة او العدد وعلى هذا الاختلاف ۞ الشفيع اذا اخبره بالبيع واحد غير عدل فلم
يصدقه ولم يطلب الشفعة حتي ظهر الخبر فهو على شفعته عند ابي حنيفة وعندهما بطلت
شفعته وعلى هذا الاختلاف ۞ اذا جني العبد جناية في بني ادم ثم اخبر واحد غير عدل مولاه
ان عبده قد جني فلم يصدقه حتي اعتقه لا يصير المولي مختارا للفدا عند ابي حنيفة وعندهما
يصير مختارا للفدا وعلى هذا الاختلاف ۞ العبد الماذون اذا بلغه حجر المولي من غير عدل
فلم يصدقه لا يصير محجورا عنده وعندهما يصير محجورا ۞ وان عزله الموكل واشهد على عزله
وهو غايب ولم يخبره بالعزل احد لا ينعزل ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل
العزل في جميع الاحكام التي بيناها ۞ وعن ابي يوسف في الموكل اذا عزل الوكيل ولم يعلم به
فباع الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يد الوكيل فمات العبد قبل التسليم الي المشتري كان
للمشتري ان يرجع بالثمن على الوكيل ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سوا لان العزل لم يصح
لانعدام شرط صحته وهو العلم به ۞ والثاني ان لا يتعلق بالوكالة حق الغير فاما اذا تعلق
بها حق الغير فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق لان في العزل ابطال حقه من غير رضاه ولا
سبيل اليه وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه او وضعه على يدي عدل وجعل المرتهن
او العدل مسلطا على بيعه وقبض ثمنه عند حل الاجل فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح
عزله لما ذكرنا ۞ وكذلك اذا وكل المدعا عليه وكيلا بالخصومة مع المدعي بالتماس المدعي فعزله
المدعا عليه بغير حضرة المدعي لا ينعزل لما ذكرنا واختلف المشايخ ۞ فيمن وكل رجلا بطلاق
امراته وغاب ثم عزله الزوج من غير حضرة المراة ثم غاب قال بعضهم لا يصح عزله لانه تعلق
بهذه الوكالة حق المراة فاشبه الوكيل بالخصومة وقال بعضهم يصح عزله لانه غير مجبور على الطلا
ولا على التوكيل به وانما فعله باختياره فيملك عزله كما في ساير الوكالات ۞ ولو وكل وكالة
غير جايز الرجوع يعني بالفارسية وكيلي باوكسب هل يملك عزله اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم ان كان ذلك في الطلاق والعتاق لا يملك لانه لما وكله وكالة ثابتة غير جايز
الرجوع عنها فقد الحق حكم هذا التوكيل بالامر ثم لو جعل امر امراته الي رجل يطلقها متي
شا او امر عبده الي رجل يعتقه متي شا لا يملك الرجوع عنه ۞ وكذا اذا قال لرجل طلق
امراتي ان شيت او اعتق عبدي ان شيت لا يملك عزله كذا هذا ۞ وان كان في البيع والشرا
والاجارة ونحوها لا يملك عزله وقال بعضهم انه يملك العزل في الكل لان الوكالة ليست
بلازمة بل هي اباحة وللمبيح حق المنع عن المباح ۞ ولو قال عند التوكيل كلما عزلتك فانت
وكيلي وكالة مستقبلة فعزله ينعزل ولكنه يصير وكيلا ثانيا وكالة مستقبلة كالشرط لان
تعليق الوكالة بالشرط جايز ۞ ولو قال الموكل للوكيل كنت وكلتك وقلت لك كلما عزلتك فانت
وكيلي فقد عزلتك عن ذلك كله لا يصير وكيلا بعد ذلك الا بتوكيل جديد لان من علق
التوكيل بشرط ثم عزله عن الوكالة قبل وجود الشرط ينعزل الوكيل ولا يصير وكيلا بعد
ذلك بوجود الشرط ۞ وقال بعضهم في التوكيل المطلق المعلق لا يملك العزل قبل وجود
الشرط ويكون الوكيل على وكالته بعد العزل وكالة مستقبلة والاول اصح لانه لما ملك
العزل في المرسل ففي المعلق اولي والله اعلم ومنها موت الموكل لان التوكيل يتصرف بامر
الموكل وقد بطلت اهلية الامر بالموت فتبطل الوكالة علم الوكيل بموته او لا ۞ ومنها
جنونه جنونا مطبقا لان الجنون المطبق مبطل لاهلية الامر ۞ واختلف ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله في حد الجنون المطبق فحده ابو يوسف بما يستوعب الشهر ومحمد بما يستوعب

الحول ۞ وجه قول محمد ان المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها فكان التقدير بها اولى ۞ وجه قول ابي يوسف ان هذا القدر ادني ما يسقط عبادة الصوم فكان التقدير به اولى ۞ ومنها لحاقه بدار الحرب مرتدا عند ابي حنيفة وعندهما لا يخرج به الوكيل عن الوكالة بنا على ان تصرفات المرتد موقوفة عنده فكانت وكالة الوكيل موقوفة ايضا فان اسلم الموكل نفذت ۞ وان قتل على ردته او لحق بدار الحرب بطلت وعندهما تصرفاته نافذة فكذا الوكالة ۞ وان كان الموكل امراة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب بالاجماع لان ردة المراة لا تمنع نفاذ تصرفها لانها لو تؤثر فيما يترتب عليه البقا وهو الملك ومنها عجز الموكل والحجر عليه بان وكل المكاتب رجلا فعجز وكذا اذا وكل الماذون انسانا فحجر عليه لانه بالعجز والحجر عليه تبطل اهليته امره بالتصرف في المال فتبطل الامر فتبطل الوكالة ومنها موت الوكيل لان الموت مبطل لاهلية التصرف ومنها جنونه المطبق لما ذكرنا ۞ وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما لان امره قبل الحكم بلحاقه بدار الحرب كان موقوفا فاذا عاد مسلما هل تعود الوكالة قال ابو يوسف لا تعود وقال محمد تعود وجه قول محمد ان نفس الردة لا تنافي الوكالة الا ترى انها تبطل قبل لحاقه بدار الحرب الا انه لم يجز تصرفه في دار الحرب لتعذر التنفيذ لاختلاف الدارين فاذا عاد زال المانع فيجوز ۞ ونظيره من وكل رجلا ببيع عبده بالكوفة فلم يبعه فيها حتى خرج الى البصرة لا يملك بيعه بالبصرة ثم اذا عاد الى الكوفة ملك بيعه فيها كذا هذا ۞ وجه قول ابي يوسف ان الوكالة عقد حكم ببطلانه بلحاقه بدار الحرب فلا يحتمل العود كالنكاح ۞ فاما الموكل اذا ارتد ولحق بدار الحرب ثم عاد مسلما ثم عاد مسلما لا تعود الوكالة في ظاهر الرواية وروي عن محمد انها تعود ووجهه ان بطلان الوكالة لبطلان ملك الموكل فاذا عاد مسلما عاد ملكه الاول فتعود حقوقه ۞ وجه ظاهر الرواية ان لحوقه بدار الحرب بمنزلة الموت ولو مات لا يحتمل العود فكذا اذا لحق ومنها ان يتصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل نحو ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الموكل واعتقه او دبره او كاتبه او وهبه ۞ وكذا اذا استحق او كان حر الاصل لان الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فينتهي حكم الوكالة كما اذا هلك العبد ۞ ولو باعه الموكل بنفسه ثم رد عليه بعيب بقضا قاض هل تعود الوكالة قال ابو يوسف لا تعود وقال محمد تعود ۞ وجه قول محمد ان العايد بالفسخ عين الملك الاول فتعود بحقوقه ۞ وجه قول ابي يوسف ان تصرف الموكل بنفسه يتضمن عزل الوكيل لانه اعجزه عن التصرف فيما وكله به والوكيل بعد ما انعزل لا يعود وكيلا الا بتجديد التوكيل ۞ ولو وكله ان يهب عبده فوهبه الموكل بنفسه ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة حتى لا يملك الوكيل ان يهبه ۞ ومحمد يحتاج الى الفرق بين البيع وبين الهبة ۞ ووجه الفرق له لم يصح ۞ وكذلك لو وكله بشرا شي ثم اشتراه بنفسه لما قلنا ۞ وكذا اذا وكله بتزويج امراة فتزوجها لانه عجز عن تزوجها منه فتبطل الوكالة ۞ وكذا لو وكله بعتق عبده او بالكتابة او بالتدبير او الهبة ففعل بنفسه لما قلنا ۞ وكذا اذا وكله بخلع امراته ثم خلعها لان المختلعة لا تحتمل الخلع ۞ وكذا اذا وكله بطلاق امراته فطلقها بنفسه ثلثا او واحدة فانقضت عدتها لانها لا تحتمل الطلاق في العدة ۞ ولو وكله بالكتابة فكاتبه ثم عجز لم يكن له ان يكاتبه مرة اخرى ۞ وكذلك لو وكله ان يزوجه امراة فزوجه واباتها لم يكن للوكيل ان يزوجه مرة اخرى لان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار فاذا فعل مرة حصل الامتثال فانتهى حكم الامر كما في الاوامر الشرعية ۞ بخلاف ما اذا وكله ببيع عبده فباعه الوكيل ثم رد عليه بقضا قاض ان له ان يبيعه ثانيا لان الرد

نقضا

بقضا القاضي يوجب ارتفاع العقد من الاصل وجعله كان لم يكن فلم يكن تكرارا حتى لو رد عليه بغير قضا قاض لم يجز له ان يبيعه لان هذا بيع جديد وقد انتهت الوكالة بالاول فلا يملك الثاني الا بتجديد التوكيل ۞ ومنها هلاك العبد الذي وكله ببيعه او وهبه او تدبيره او كتابته او نحو ذلك لان التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه والتوكيل بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فيبطل ۞ ثم هذه الاشيا التي ذكرناها انه يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهي لا يفترق الحال فيها بينها اذا علم الوكيل بها واذا لم يعلم في حق الخروج عن الوكالة لكن يقع الفرق فيها بين البعض والبعض من وجه اخر وهو ان الموكل اذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل وقبض الثمن فهلك الثمن في يده ومات العبد قبل التسليم الى المشتري ورجع المشتري على الوكيل بالثمن يرجع الوكيل على الموكل ۞ وكذا لو دبره او اعتقه او استحق او كان حر الاصل وفيما اذا مات الموكل او جن او هلك العبد الذي وكل ببيعه او نحو ذلك لا يرجع والفرق ان الوكيل هناك واذا صار معزولا بتصرف الموكل لكنه صار مغرورا من جهته بترك اعلامه اياه فصار كفيلا له بما يلحقه من الضمان فيرجع عليه بضمان الكفالة اذ ضمان الغرور في الحقيقة ضمان الكفالة ومعنى الغرور لا يتقدر في الموت وهلاك العبد والجنون واخواتها فهو الفرق ۞ ولو وكله بقبض دين له على رجل ثم ان الموكل وهب المال الذي عليه الدين والوكيل لا يعلم بذلك فقبض الوكيل المال فهلك في يده فكان لدافع الدين ان ياخذ به الموكل ولا ضمان على الوكيل لان يد الوكيل يد نائبه عن الموكل لانه يقبضه بامره وقبض النايب كقبض المنوب عنه فكانه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا والله اعلم ۞

كتاب الوقف والصدقة

اما الوقف فالكلام فيه في مواضع ۞ في بيان جواز الوقف وكيفية جوازه ۞ وفي بيان شرايط الجواز ۞ وفي بيان حكم الوقف الجايز وما يتصل به ۞ اما الاول فنقول وبالله التوفيق لا خلاف بين العلما في جواز الوقف في حق وجوب التصدق بالفرع ما دام الواقف حيا حتى ان من وقف داره او ارضه يلزمه التصدق بغلة الدار والارض ويكون ذلك بمنزلة النذر بالتصدق بالغلة ولا خلاف ايضا في جوازه في حق زوال ملك الرقبة اذا اتصل به قضا القاضي او اضافه الى ما بعد الموت بان قال اذا مت فقد جعلت داري او ارضي وقفا على كذا او قال هو وقف في حياتي صدقة بعد وفاتي ۞ واختلفوا في جوازه لملك الرقبة اذا لم توجد الاضافة الى ما بعد الموت ولا اتصل به حكم حاكم قال ابو حنيفة رحمه الله لا يجوز حتى كان للواقف بيع الموقوف وهبته واذا مات يصير ميراثا لورثته ۞ وقال ابو يوسف ومحمد وعامة العلما يجوز حتى لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لا فرق بينهما اذا وقف في حالة الصحة وبينما اذا وقف في حالة المرض حتى لا يجوز عنده في الحالين جميعا اذا لم توجد الاضافة ولا حكم الحاكم وروى الطحاوي عنه انه اذا وقف في حالة المرض جاز عنده ويعتبر من الثلث ويكون ذلك بمنزلة الوصية بعد وفاته ۞ واما عندهما فهو جايز في الصحة والمرض ۞ وعلى هذا الخلاف اذا بنى رباطا او خانا للمجتازين او سقاية للمسلمين او جعل ارضه مقبرة لا تزول رقبة هذه الاشيا عن ملكه عند ابي حنيفة الا اذا اضافه الى ما بعد الموت او حكم به حاكم وعندهما يزول بدون ذلك لكن عند ابي يوسف بنفس القول وعند محمد بواسطة التسليم وذلك بسكنى المجتازين في الرباط والخان واستقاء الناس من السقاية والدفن في المقبرة ۞ واجمعوا على ان من جعل داره او ارضه مسجدا يجوز وتزول الرقبة عن ملكه لكن عزل الطريق وافرازه

بنه

رقة

ي

كان صح

والاذن للناس بالصلاة فيه والصلاة شرط عند ابي حنيفة ومحمد حتي كان له ان يرجع قبل ذلك وعند ابي يوسف يزول الرقبة عن ملكه بنفس قوله جعلته مسجدا وليس له ان يرجع عنه علي ما نذكره

وجه قول العامة الاقتدا برسول الله صلي الله عليه وسلم والاقتدا بالخلفا الراشدين وعامة الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فانه روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم وقف ووقف ابو بكر وعمر وعثمن وعلي واكثر الصحابة رضوان الله عليهم وقفوا ولان ليس الا ازالة الملك عن الموقوف وجعله لله تعالي خالصا فاشبه الاعتاق وجعل الارض والدار مسجدا ٥ والدليل عليه انه يصح مضافا الي ما بعد الموت فيصح منجزا وكذا لو اتصل به قضا القاضي يجوز وغير الجايز لا يحتمل الجواز بقضا القاضي ۞ ولابي حنيفة الله ما روي عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما انه قال لما نزلت سورة النسا وفرضت فيها الفرايض قال النبي صلي الله عليه وسلم لا حبس عن فرايض الله تعالي اي لا تحبس بعد موت صاحبه عن القسمة بين ورثته والوقف حبس عن فرايض الله تعالي فكان منفيا شرعا ۞ وعن شريح رحمه الله انه قال جا محمد ببيع الحبيس وهذا منه رواية عن النبي صلي الله عليه وسلم انه جوز بيع الموقوف لان الحبيس هو الموقوف فعيل بمعني المفعول اذ الوقف حبس لغة فكان الموقوف محبوسا فيجوز بيعه وبه تبين ان الوقف لا يوجب زوال الرقبة عن ملك الواقف ۞ واما وقف رسول الله صلي الله عليه وسلم فانما جاز لان المانع من وقوعه حبسا عن فرايض الله تعالي ووقفه صلي الله عليه وسلم لم يقع حبسا عن فرايض الله تعالي لقوله صلي الله عليه وسلم انا معشر الانبيا لا نورث ما تركنا صدقة ۞ واما اوقاف الصحابة رضوان الله عليهم فما كان منها في زمن رسول الله صلي الله عليه وسلم احتمل انها كانت قبل نزول سورة النسا فلم يقع حبسا عن فرايض الله تعالي وما كان بعد وفاته عليه السلم فاحتمل ان ورثتهم امضوها بالاجازة وهذا هو الظاهر والكلام فيه وانما جاز مضافا الي ما بعد الموت فقد اخرجه مخرج الوصية فيجوز كسائر الوصايا لكن جوازه بطريق الوصية لا يدل علي جوازه لا بطريق الوصية الا تري انه لو اوصي بثلث ماله علي الفقرا جاز ولو تصدق بثلث ماله علي الفقرا لا يجوز واما اذا حكم به حاكم فانما جاز لان حكمه صادف محل الاجتهاد وافضي اجتهاده اليه وقضا القاضي في موضع الاجتهاد بما افضي اليه اجتهاده جايز كما في ساير المجتهدات

فصل واما شرايط الجواز فانواع بعضها يرجع الي الواقف ۞ وبعضها يرجع الي نفس الوقف ۞ وبعضها يرجع الي الموقوف ۞ اما الذي يرجع الي الواقف ۞ فمنها العقل ۞ ومنها البلوغ فلا يصح الوقف من المجنون والصبي لانه من التصرفات الضارة لكونه ازالة الملك بغير عوض والصبي والمجنون ليسا من اهل التصرفات الضارة ولهذا لا يصح منهما الهبة والصدقة والاعتاق ونحو ذلك ۞ ومنها الحرية فلا يملكه العبد لانه ازالة الملك والعبد ليس من اهل الملك وسوا كان ماذونا او محجورا لان هذا ليس من باب التجارة ولا من ضروراتها فلا يملكه الماذون كما لا يملك الهبة والصدقة والاعتاق ۞ ومنها ان يخرجه الواقف من يده ويجعل له قيما ويسلمه اليه عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف هذا ليس بشرط واحتج بما روي ان عمر رضي الله عنه وقف وكان يتولي امر وقفه بنفسه وكان في يده وكذا روي عن علي رضي الله عنه انه كان يفعل كذلك ولان هذا ازالة ملك لا الي احد فلا يشترط فيه التسليم كالاعتاق ولنا ان الوقف اخراج المال علي الملك علي وجه الصدقة فلا يصح بدون التسليم كساير الصدقات ۞ واما وقف عمر وعلي رضي الله عنهما فاحتمل انهما اخرجاه عن يدهما وسلماه الي المتولي بعد ذلك فصح كمن وهب من اخر شيا او تصدق ولم يسلم وقت الهبة والصدقة ثم سلم صح التسليم كذا هذا ۞ ثم التسليم في الوقف عندهما ان يجعل له قيما ويسلمه اليه وفي المسجد ان يصلي فيه جماعة باذان واقامة كذا ذكر الطحاوي وذكر القدوري في مختصره انه اذا اذن

الناس بالصلاة فيه فصلي واحد كان تسليما ويزول ملكه عند ابي حنيفة ومحمد ۞ وهل يشترط ان لا يشترط الواقف لنفسه من منافع الوقف شيا عند ابي حنيفة وابي يوسف ليس بشرط وعند محمد شرط ۞ وجه قول محمد ان هذا اخراج المال الي الله تعالي وجعله خالصا له ٥ وشرط الانتفاع لنفسه يمنع الاخلاص فيمنع جواز الوقف كما لو جعل ارضه او داره مسجدا وشرط من منافع ذلك لنفسه شيا وكما لو اعتق عبدا وشرط خدمته لنفسه ۞ واحتج ابو يوسف بما روي عن عمر رضي الله عنه انه وقف وشرط في وقفه ولا جناح لمن وليه ان ياكل منه بالمعروف وكان يلي امر وقفه بنفسه ۞ وعن ابي يوسف ان الواقف اذا شرط لنفسه بيع الوقف وصرف ثمنه الي ما هو افضل يجوز لان شرط البيع شرط لا ينافيه الوقف الا تري انه يباع اثاث المسجد اذا خلق وشجر الوقف اذا يبس ۞ ومنها ان يجعل اخره بجهة لا تنقطع ابدا عند ابي حنيفة ومحمد فان لم يذكر ذلك لا يصح عندهما وعند ابي يوسف ذكر هذا ليس بشرط بل يصح وان سمي جهة تنقطع ويكون بعدها للفقرا وان لم يسمهم ۞ وجه قول ابي يوسف انه ثبت الوقف عن رسول الله صلي الله عليه وسلم وعن الصحابة رضي الله عنهم ولم يثبت عنهم هذا الشرط ذكرا وتسمية ولان قصد الواقف ان يكون اخره للفقرا وان لم يسمهم هذا هو الظاهر فكان تسمية هذا الشرط ثابتا دلالة والثابت دلالة كالثابت نصا ۞ لهما ان التابيد شرط جواز الوقف وتسمية جهة تنقطع توقيت له معني فيمنع الجواز واما الذي يرجع الي نفس الوقف فهو التابيد وهو ان يكون موبدا حتي لو وقت لم يجز لانه ازالة الملك لا الي احد فلا يحتمل التوقيت كالاعتاق وجعل الدار مسجدا

فصل واما الذي يرجع الي الموقوف فانواع منها ان يكون مما لا ينقل ولا يحول كالعقار ونحوه فلا يجوز وقف المنقول مقصودا لما ذكرنا ان التابيد شرط جوازه ووقف المنقول لا يتابد لكونه علي شرف الهلاك فلا يجوز وقفه مقصودا الا اذا كان تبعا للعقار بان وقف ضيعة ببقرها واكرتها وهم عبيده كذا قاله ابو يوسف وجوازه تبعا لا يدل علي جوازه مقصودا كبيع الشرب والطريق ومسيل الما انه لا يجوز مقصودا ويجوز تبعا للارض والدار وكان شيا جرت العادة بوقفه كوقف المر والقدوم لحفر القبور ووقف المرجل لتسخين الما ووقف الجنازة وثيابها ۞ ولو وقف اشجارا قايمة فالقياس ان لا يجوز لانه وقف المنقول وفي الاستحسان يجوز لتعامل الناس في ذلك وما راه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ۞ ولا يجوز وقف الكراع والسلاح في سبيل الله عند ابي حنيفة لانه منقول وما جرت العادة به وعند ابي يوسف ومحمد يجوز ويجوز بيع ما هرم منها وصار بحال لا ينتفع به فيباع ويرد ثمنه في مثله كانهما تركا القياس في الكراع والسلاح بالنص وهو ما روي عن النبي صلي الله عليه وسلم انه قال اما خالد فقد حبس ادرعا له وافراسا في سبيل الله ولا حجة لهما في الحديث لانه ليس فيه انه وقف ذلك فاحتمل قوله حبسه اي امسكه للجهاد لا للتجارة ۞ واما وقف الكتب فلا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله واما علي قولهما فقد اختلف المشايخ فيه وحكي عن نصير بن يحيي انه وقف كتبه علي الفقها من اصحاب ابي حنيفة رحمه الله ۞ ومنها ان يكون الموقوف مقسوما عند محمد فلا يجوز وقف المشاع وعند ابي يوسف هذا ليس بشرط ويجوز مقسوما كان او مشاعا لان التسليم شرط الجواز عند محمد والشيوع يخل بالقبض والتسليم وعند ابي يوسف ليس بشرط اصلا فلا يكون الخلل فيه مانعا وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه ملك ماية سهم بخيبر فقال له رسول الله صلي الله عليه وسلم احبس اصلها فدل ان الشيوع لا يمنع صحة الوقف وجواب محمد انه يحتمل انه وقف ماية سهم قبل القسمة ويحتمل بعدها فلا يكون حجة مع الاحتمال علي انه ان ثبت ان الوقف كان قبل التسليم القسمة فيحتمل انه وقفها شايعا ثم قسم وسلم وقد روي انه فعل ذلك كالموهب مشاعا ثم قسم وسلم

فصل

واما حكم الوقف الجايز وما يتصل به فالوقف اذا جاز على اختلاف العلما في ذلك فحكمه انه يزول الموقوف عن ملك الواقف ولا يدخل في ملك الموقوف عليه لكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه لان الوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع والحبس لا يوجب في ملك المحبوس كالرهن ٭ والواجب ان يبدا بصرف الفرع الى مصالح الوقف من عمارته واصلاح ما وهي من بنابه وساير موونانه التي لابد منها سوا اشترط ذلك الواقف او لا لان الوقف صدقة جارية في سبيل الله ولا تجري الا بهذا الطريق ٭ ولو وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى لان المنفعة له فكانت المونة عليه لقوله صلى الله عليه وسلم الخراج بالضمان كالعبد الموصى بخدمته ان نفقته على الموصى له بالخدمة لما قلنا كذا هنا ٭ فان امتنع من العمارة او لم يقدر عليها بان كان فقيرا اجرها القاضي وعمرها بالاجرة لان استيفا الوقف واجب ولا يبقى الا بالعمارة فاذا امتنع عن ذلك او عجز عنه ناب القاضي منابه في استيفايه بالاجارة كعبد او دابة امتنع صاحبه عن الانفاق عليه انفق عليه القاضي بالاجارة كذا هنا ٭ وما انهدم من بنا الوقف والته صرف القاضي في عمارة الوقف ان احتاج اليه وان استغنى عنه امسكه الى وقت الحاجة الى عمارته فيصرفه فيها ولا يجوز ان يقسمه بين مستحقي الوقف لان حقهم في المنفعة والغلة لا في العين بل هي حق الله تعالى خالصا ولو جعل داره مسجدا فخرب جوار المسجد واستغنى عنه لا يعود على ملكه ويكون مسجدا عند ابي يوسف وعند محمد يعود الى ملكه ٭ وجه قول محمد انه ازال ملكه بوجه مخصوص وهو التقرب الى الله تعالى بمكان يصلي فيه الناس فاذا استغنى عنه فقد فات غرضه ويعود الى ملكه كما لو كفن ميتا ثم اكله السبع وبقي الكفن يعود الى ملك المكفن كذا هذا ولابي يوسف رحمه الله انه لما جعله مسجدا فقد حرره وجعله لله خالصا على الاطلاق وصح ذلك فلا يحتمل العود الى ملكه بخلاف تكفين الميت لانه ما حرر الكفن وانما دفع حاجة الميت به وهو ستر عورته عنه فيعود ملكا له وقوله ازال ملكه بوجه وقع الاستغنا عنه قلنا ممنوع فان المجتازين يصلون فيه وكذا احتمال عود العمارة قايم وجهة القربة وقد صحت بيقين فلا يحتمل سبطل باحتمال عدم حصول المقصود ٭ ولو وقف لمرداراوا رضا على مسجد معين قال بعضهم هو على الاختلاف على قول ابي يوسف يجوز وعلى قول محمد لا يجوز بنا على ان المسجد عند ابي يوسف لا يصير ميراثا بالخراب وعند محمد يصير ميراثا وقال الاعمش ان يجوز بالاتفاق وقال ابو بكر الاسكاف ينبغي ان لا يجوز بالاتفاق والله اعلم بالصواب ٭

فصل

واما الصدقة اذا قال داري هذه في المساكين صدقة تصدق بثمنها وان تصدق بعينها جاز لان الناذر بالنذر يتقرب الى الله تعالى بالمنذور به ومعنى القربة يحصل بالتصدق بثمن الدار وبل اولى ولو تصدق بعين الدار لانه اتى بالمنصوص عليه ولو قال داري هذه صدقة موقوفة على المساكين يتصدق بالسكنى والغلة عند ابي حنيفة لان المنذور به صدقة موقوفة والوقف حبس الاصل وتصدق بالفرع ولو قال في المساكين صدقة تصدق بكل مال يجب فيه الزكاة استحسانا والقياس ان يتصدق بالكل لان اسم المال ينطلق على الكل وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ثم ايجاب الصدقة المتعلقة باسم المال من الله تعالى في قوله تعالى خذ من اموالهم صدقة ونحو ذلك انصرف الى بعض الاموال دون الكل فكذا ايجاب العبد ولو قال ما املك فهو صدقة يتصدق بجميع ماله ويقال له امسك قدر ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسبت مالا تصدقت بمثل ما امسكت لنفسك لانه اضاف الصدقة الى المملوك وجميع ماله مملوك له فيتصدق بالجميع الا انه يقال له امسك قدر النفقة لانه لو تصدق بالكل على غيره لاحتاج الى ان يتصدق غيره عليه وقد قال صلى الله عليه وسلم ابدا بنفسك ثم بمن تعول والله اعلم

كتاب الخنثى

الايمان

ادام البيت درمن له السكنى مع العمارة

وقف على مسجد معين

ابو بكر

الكلام فيه في مواضع في تفسير الخنثى ٭ وفي بيان ما يعرف به انه ذكر او انثى ٭ وفي بيان حكم الخنثى المشكل اما الاول فالخنثى من له الة الرجال والنسا والشخص الواحد لا يكون ذكرا وانثى حقيقة فاما ان يكون ذكرا واما ان يكون انثى

فصل

في بيان ما يعرف به انه ذكر او انثى فانما يعرف ذلك بالعلامة وعلامة الذكورة بعد البلوغ نبات اللحية وامكان الوصول الى النسا وعلامة الانوثة في الكبر نهود ثدي بين كثدي المراة ونزول اللبن في ثديه والحيض والحبل وامكان الوصول اليها من فرجها لان كل واحد مما ذكرنا يختص بالذكورة والانوثة فكانت علامة صالحة للفصل بين الذكر والانثى واما العلامة في حالة الصغر فالمبال لقوله صلى الله عليه وسلم الخنثى يورث من حيث يبول فان كان يبول من مبال الذكور فهو ذكر وان كان يبول من مبال النسا فهو امراة وان كان يبول منهما جميعا يحكم السبق لان سبق البول من احدهما يدل على انه هو المخرج الاصلي وان الخروج من الاخر بطريق بطريق الانحراف عنه ٭ وان كان لا يسبق احدهما الاخر توقف ابو حنيفة رحمه الله وقال هو خنثى مشكل وهذا من كمال فقه ابي حنيفة لان التوقف عند عدم الدليل واجب ٭ وقال ابو يوسف ومحمد يحكم الكثرة لانها في الدلالة على المخرج الاصلي كالسبق فيجوز تحكيمه ٭ ولابي حنيفة رحمه الله ان كثرة البول وقلته لسعة المحل وضيقه فلا يصلح للفصل بين الذكورة والانوثة بخلاف السبق وحكي انه لما بلغ ابو حنيفة قول ابي يوسف في تحكيم الكثرة لم يرض به وقال وهل رايت حاكما يزن البول فان استويا توقفا ايضا وقالا هو خنثى مشكل ٭

فصل

واما حكم الخنثى المشكل فله في الشرع احكام حكم الختان وحكم الغسل بعد الموت وحكم الميراث ونحو ذلك من الاحكام ٭ اما حكم الختان فلا يجوز للرجل ان يختنه لاحتمال انه انثى فلا يحل له النظر الى عورتها ولا يحل للمراة الاجنبية ان تختنه لاحتمال انه رجل فلا يحل لها النظر الى عورته فيجب الاحتياط في ذلك وذلك في ان يشتري له من ماله جارية ختانة ان كان له مال لانه ان كان انثى فالانثى تختن الانثى عند الحاجة ٭ وان كان ذكرا فتختنه امته لانه يباح لها النظر الى فرج مولاها ٭ وان لم يكن له مال يشتري له الامام من مال بيت المال جارية ختانة فاذا ختنته باعها ورد ثمنها الى بيت المال لان الختان من سنة الاسلام وهذا من مصالح المسلمين فيقام من بيت مالهم عند الحاجة والضرورة ثم تباع ويرد ثمنها الى بيت المال لاندفاع الحاجة والضرورة ٭ وقيل يزوجه امراة ختانة فتختنه لانه ان كان ذكرا فالمراة تختن زوجها وان كان انثى فالمراة تختن المراة عند الحاجة ٭ واما حكم غسله بعد الموت فلا يحل للرجل ان يغسله لاحتمال ان يكون انثى ولا يحل للمراة ان تغسله لاحتمال انه ذكر بل ييمم رجلا كان الميمم او امراة ٭ غير انه ان كان ذا رحم محرم منه يممه من غير خرقة ٭ وان كان اجنبيا يممه بالخرقة ويكف بصره عن ذراعيه ٭ واما حكم الوقوف في الصفوف في الصلاة فانه يقف بعد صف الرجال والصبيان قبل صف النسا احتياطا على ما ذكرنا في كتاب الصلاة ٭ واما حكم امامته في الصلاة فقد مر فلا يوم الرجال لاحتمال انه يكون انثى ويوم النسا ٭ واما حكم وضع الجنايز على الترتيب فيقدم جنازته على جنازة النسا ويوخر عن جنازة الرجال والصبيان على ما مر في كتاب الصلوة لجواز انه ذكر فيسلك مسلك الاحتياط في ذلك كله ٭ واما حكم الغنايم فلا يعطى سهما ولكن يرضخ له كانه امراة لان في استحقاق الزيادة شك فلا يثبت بالشك ٭ واما حكم الميراث فقد اختلف المشايخ فيه ٭ قال اصحابنا رحمهم الله يعطى اقل الانصبا وهو نصيب الانثى الا ان يكون اسوا حالته احواله ان يجعل ذكرا فيجعل ذكرا حكما ٭ وبيان هذا في مسايل اذا مات رجل وترك ابنا معروفا وولدا خنثى فعند اصحابنا يقسم المال بينهما اثلاثا للابن المعروف الثلثان وللخنثى الثلث ويجعل الخنثى هاهنا انثى كانه ترك ابنا وبنتا ٭ ولو ترك ولدا خنثى وعصبة فالنصف للخنثى والباقي للعصبة ويجعل الخنثى انثى كانه ترك بنتا وعصبة ٭ ولو ترك اختا

لاب ولام وخنثى لاب وعصبة فللاخت للاب والام النصف وللخنثى لاب السدس تكملة الثلثين والباقي للعصبة ويجعل الخنثى هاهنا ايضا انثى كانه ترك اختا لاب وام واختا لاب وام وعصبة فان ترك زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شي للخنثى ويجعل هاهنا ذكرا لان هذا اسوا احواله لانا لو جعلناه انثى لاصاب السدس ويعول الفريضة ولو جعلناه ذكرا لا يصيب شيا كانه ترك زوجا واختا لاب وام واخا لاب وهذا الذي ذكرنا قول اصحابنا • وقال الشعبي يعطى نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى لانه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون انثى فيعطى له نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء • والصحيح قول اصحابنا لان الاقل ثابت بيقين وفي الاكثر شك لانه ان كان ذكرا فله الاكثر وان كان انثى فلها الاقل فكان استحقاق الاقل ثابتا بيقين وفي استحقاق الاكثر شك فلا يثبت الاستحقاق مع الشك على الاصل المعهود في غير الثابت بيقين لانه لا يثبت بالشك ولان سبب استحقاق كل المال ثابت للابن المعروف وهو ذكرته وانما ينتقض بمزاحمة الاخر فاذا احتمل انه ذكر واحتمل انه انثى وقع الشك في سقوط حقه عن الزيادة على الثلث فلا يسقط بالشك على الاصل المعهود في الثابت بيقين انه لا يسقط بالشك • واختلف ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في تفسير قول الشعبي وتخريجه فيما اذا ترك ابنا معروفا وولدا خنثى • فقال ابو يوسف على قياس قوله يقسم المال على سبعة اربعة اسهم منها للابن المعروف وثلثه للخنثى • وقال محمد على قياس قوله يقسم المال على اثني عشر سهما سبعة منها للابن المعروف وخمسة للانثى وجه تفسير محمد وتخريجه لقول الشعبي ان للخنثى في حال سهما وهو ان يكون ذكرا وللابن المعروف سهم فله في حال ثلثا سهم وهو ان تكون انثى وللابن المعروف سهم وثلث سهم فيعطى نصف ما يستحقه في حالين لانه لا يستحق على حالة واحدة من الذكورة او الانوثة لاستحالة ان يكون الشخص الواحد ذكرا وانثى وليست احدى الحالتين اولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في حالين وهو خمسة اسداس سهم فانكسر الحساب بالاسداس فيصير كل سهم ستة فيصير جميع المال اثني عشر سهما للخنثى منها خمسة وللابن المعروف سبعة او يقال اذا جعلنا جميع المال اثني عشر سهما فالخنثى يستحق في حاله ستة من اثني عشر وهي ان يكون ذكرا وفي حاله اربعة من اثني عشر وهي ان يكون انثى والاربعة ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال ولا يثبتان في حال وليست احدى الحالتين اولى من الاخرى فينصف وذلك سهم فذلك خمسة اسهم للخنثى • واما الابن المعروف فالستة من الاثني عشر ثابتة بيقين وسهمان يثبتان في حال فينصف وذلك سهم فذلك سبعة اسهم للابن المعروف والله اعلم وجه قول ابي يوسف وتخريجه لقول الشعبي انه يحتمل ان يكون ذكرا ويحتمل ان يكون انثى فان كان ذكرا فله نصيب ابن وهو سهم وان كان انثى فله نصيب بنت وهو نصف سهم وانما يستحق على حالة واحدة وليست باحدهما باولى من الاخرى فيعطى نصف ما يستحقه في حالين وذلك ثلثة ارباع سهم وللابن المعروف سهم تام فيكون الميراث بينهما على سبعة اسهم للابن المعروف اربعة وللخنثى ثلثة والله اعلم بالصواب

كتاب الايمان

الكلام في بيان انواع اليمين • وبيان ركن كل نوع • وبيان شرايط الركن • وبيان حكمه • اما الاول فاليمين في القسمة الاولى ينقسم الى قسمين • يمين بالله تعالى وهي تسمى بالقسم في عرف الشرع ويمين بغير الله تعالى وقال اصحاب الظواهر هي قسم واحد وهي اليمين بالله تعالى والحلف بغير الله تعالى ليست بيمين حقيقة وانما سمي بها مجازا حتى ان من حلف لا يحلف فحلف بالطلاق او العتاق لا يحنث عندهم • وجه قولهم ان اليمين انما تعقد لها تعظيم المقسم به ولهذا كانت عادة العرب القسم لاجل قدره وعظم خطره وكثرة وقعه عند الخلق من السما والارض والشمس والقمر

والليل والنهار والمستحق للتعظيم بهذا النوع هو الله تعالى لانه عبادة ولا يجوز لغيره ولنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف بطلاق او عتاق واستثنى فلا حنث عليه سماه حلفا والحلف واليمين من الاسما المترادفة الواقعة على مسمى واحد والاصل في الاطلاق الاسم هو الحقيقة وكذا ماخذ الاسم دليل عليه لانها اخذت من القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين اي بالقوة ولهذا سميت اليد اليمين يمينا لفضل قوتها على الشمال عادة قال الشاعر

رايت عرابة الاوسي يسمو • الى الخيرات منقطع القرين
اذا ما راية رفعت لمجد • تلقاه عرابة باليمين

اي بالقوة ومعنى القوة يوجد في النوعين جميعا وهو ان الحالف يتقوى بها على الامتناع من المرهوب وعلى التحصيل في المرغوب وذلك ان الانسان اذا دعاه طبعه الى فعل ما يتعلق به من اللذة الحاضرة وعقله يزجره عنه لما يتعلق به من العاقبة الوخيمة وربما لا يبقى وطبعه فيحتاج الى ان يتقوى على الجري على موجب العقل فيحلف بالله لما يعرف عرفا من قبح هتك اسم الله تعالى وكذا اذا دعاه عقله الى فعل لحسن عاقبته وطبعه يستثقل ذلك فيمنعه منه فيحتاج الى اليمين بالله تعالى ليتقوى بها على التحصيل وهذا المعنى موجود في الحلف بالطلاق والعتاق لان الحالف يتقوى به على الامتناع من تحصيل الشرط خوفا من الطلاق والعتاق الذي هو مستثقل على طبعه فيثبت ان معنى اليمين يوجد بالنوعين فلا معنى للفصل بين نوع ونوع والدليل عليه ان محمدا رحمه الله سمى الحلف بالطلاق والعتاق لان الحالف يتقوى به على الامتناع من تحصيل الشرط خوفا من الطلاق والعتاق في ابواب الايمان من الاصل والجامع يمينا وقوله حجة في اللغة • ثم اليمين بالله تعالى ينقسم ثلثة اقسام في عرف الشرع يمين الغموس ويمين اللغو ويمين معقودة وذكر محمد في اول كتاب الايمان من الاصل وقال الايمان ثلثة يمين تكفر ويمين لا تكفر ويمين نرجوا ان الله لا يواخذ بها صاحبها وفسر الثالثة بيمين اللغو وانما اراد بقوله الايمان ثلثة الايمان بالله تعالى لا لجنس الايمان لان ذلك كثير فان قيل كيف اخبر محمد عن انتفا المواخذة بلغو اليمين بلفظة الترجي وانتفا المواخذة بهذا النوع من اليمين مقطوع به بنص الكتاب وهو قوله لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم الجواب عنه من وجهين ان يمين اللغو هي اليمين الكاذبة خطا او غلطا على ما نذكر تفسيرها والتحرز عن فعله وحفظ النفس عنه مقدور فكان جايز المواخذة عليه لكن الله تعالى رفع المواخذة عنه رحمة منه وفضلا ولهذا يجب الاستغفار والتوبة عن فعل الخطا والنسيان فذكر محمد رحمه الله لفظ الترجي ليعلم ان الله تعالى تفضل ورفع المواخذة عن هذا النوع بعد ما كان جايز المواخذة عليه • الثاني ان المواخذة وان كانت منتفية عن هذا النوع قطعا لكن العلم بمراد الله تعالى من اللغو المذكور غير مقطوع به بل هو محل الاجتهاد على ما نذكر والعلم الحاصل عن اجتهاد على غالب الراي واكثر الظن لا علم القطع فاستعمل محمد لفظة الرجا لاحتمال ان لا يكون مراد الله من اللغو المذكور ما ادى اليه اجتهاده فكان استعمال لفظة الرجا في موضعه • وقال الكرخي اليمين على ضربين ماض ومستقبل وهذه القسمة غير صحيحة لان من شرط صحتها ان تكون محيطة بجميع اجزا المقسوم به ولم توجد لخروج الحال عنها وانه داخل في يمين الغموس ويمين اللغو على ما نذكر من تفسيرهما فكانت القسمة ناقصة والنقصان في القسمة من عيوب القسمة كالزيادة فكانت القسمة الصحيحة ما ذكرنا لوقوعها حاصرة جميع اجزا المقسوم بحيث لا يشذ عنها جزء وكذا ما ذكره محمد صحيح الا انه بين كل نوع بنفسه وحكمه دفعة واحدة ونحن اخرنا بيان الحكم عن بيان النوع سوقا للكلام على الترتيب الذي ضمناه • واما يمين الغموس فهي اليمين الكاذبة قصدا في الماضي او الحال على النفي او على الاثبات وهي الخبر عن الماضي او الحال فعلا او تركا متعمدا للكذب في ذلك

والليل

مقرونا بذكر اسم الله تعالى نحو ان يقول والله ما فعلت كذا وهو يعلم انه فعله او يقول والله لقد
فعلت كذا وهو يعلم انه لم يفعله او يقول والله ما لهذا علي دين وهو يعلم ان له عليه دينا فهذا تفسير
يمين الغموس ٥ واما يمين اللغو اختلف في تفسيرها قال اصحابنا هي اليمين الكاذبة خطا او غلطا في
الماضي والحال وهو ان يخبر عن الماضي او عن الحال على ظن ان المخبر به كما اخبر وهو بخلافه في النفي
او في الاثبات نحو قوله والله ما كلمت زيدا في ظنه انه لم يكلمه او والله لقد كلمت زيدا وفي ظنه انه
كلمه ثم بان بخلافه او قال والله ان هذا الجائي لزيد ان هذا الطاير لغراب وفي ظنه انه كذلك
ثم تبين بخلافه وكذلك هكذا روي بن رستم عن محمد انه قال اللغو ان يحلف الرجل على الشي وهو
يري انه حق وليس بحق وقال الشافعي يمين اللغو هي اليمين التي لا يقصدها الحالف وهو ما يجري
على السن الناس في كلامهم لا على قصد اليمين من قولهم لا والله وبلى والله سوا كان في الماضي والحال
او في المستقبل وكذا عندنا ولا لغو في المستقبل بل اليمين على امر في المستقبل يمين معقودة
وفيها الكفارة اذا حنث قصد اليمين او لا ٥ واما اللغو في الماضي والحال فقط وما ذكر محمد على اثر
حكايته عن ابي حنيفة ان اللغو ما يجري بين الناس من قولهم لا والله وبلى والله فذلك محمول عندنا
على الماضي او الحال وعندنا ذلك لغو فيرجع حاصل الخلاف بيننا وبينه في يمين لا يقصدها الحالف في
المستقبل عندنا ليست بلغو وفيها الكفارة وعنده لغو ولا كفارة فيها ٥ وقال بعضهم يمين اللغو
هي اليمين على المعاصي نحو ان يقول والله لا اصلي صلاة الظهر او لا اصوم صوم رمضان او لا اكلم ابوي
او والله لاشربن الخمر او لازنين او لاقتلن فلانا ومنهم من يوجب الكفارة ان حنث في هذه اليمين
ومنهم من لا يوجب وجه قول هولا ان اللغو هو الاثم في اللغة قال الله تعالى واذا سمعوا اللغو
اعرضوا عنه اي كلاما فيه اثم فكان معنى قوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم اي لا يواخذكم
الله بالاثم في ايمانكم على المعاصي بنقضها والحنث فيها لان الله تعالى جعل قوله في سورة البقرة لا يواخذكم
الله باللغو في ايمانكم صلة قوله ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم الاية وقيل في القصة ان الرجل كان
يحلف ان لا يصنع المعروف ولا يبر ولا يصلي ولا يصلح بين الناس فاذا امر بذلك يقول اني حلفت
على ذلك فاخبر الله تعالى بقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم الاية لانه لا اثم عليهم بنقض
ذلك اليمين وتحنيث النفس فيها وان المواخذة بالله لنفس فيها بحفظها والاصرار عليها لقوله تعالى ولكن
يواخذكم بما كسبت قلوبكم وبقوله ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان ثم منهم من اوجب الكفارة بقوله
في هذه الاية فكفارته الى قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم اي حلفتم وحنثتم ومنهم من لم يوجب
فيها الكفارة اصلا لما نذكر من بيان حكم اليمين ٥ وجه قول الشافعي ما روي عن
عايشة رضي الله عنها انها سيلت عن يمين اللغو فقالت هي ان يقول الرجل في كلامه لا والله وبلى والله
وعن عطا انه سيل عن يمين اللغو فقال قالت عايشة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال هو كلام الرجل
في بيته لا والله وبلى والله فثبت موقوفا ومرفوعا ان تفسير يمين اللغو ما قلنا من غير فصل بين الماضي ٥
والمستقبل فكان لغوا على كل حال اذا لم يقصده الحالف ولان الله تعالى قابل يمين اللغو باليمين المكسوبة
بالقلب بقوله لا يواخذكم باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما كسبت قلوبكم والمكسوبة هي المقصودة
فكان غير المقصودة داخلا في قسم اللغو تحقيقا للمقابلة ٥ ولنا قوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في
ايمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان قابل يمين اللغو باليمين المعقودة وفرق بينهما في المواخذة
وبينها فوجب ان يكون يمين اللغو غير المعقودة تحقيقا للمقابلة واليمين في المستقبل يمين معقودة
سوا وجد القصد او لا ولان اللغو في اللغة اسم للشي الذي لا حقيقة له قال الله تعالى لا
يسمعون فيها لغوا اي باطلا وقال خبرا عن الكفرة والغواية وذلك مما قلنا وهو الحلف بما لا حقيقة
له بل على ظن الحالف ان الامر كما حلف عليه والحقيقة بخلافه وذلك اما يجري على اللسان من غير قصد في

الماضي او الحال فهو مما لا حقيقة له فكان لغوا ولان اللغو لما كان هو الذي لا حقيقة له كان هو الباطل
الذي لا حكم له فلا يكون يمينا معقودة لان لها حكما الا تري ان المواخذة فيها ثابتة وفيها الكفارة بالنص
فدل ان المراد من اللغو ما قلنا ٥ وكذا روي بن عباس في تفسير يمين اللغو هي ان يحلف الرجل على اليمين
الكاذبة وهو يري انه صادق وبه تبين ان المراد من قول عايشة ان قول رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يمين اللغو ما يجري من كلام الناس لا والله وبلى والله في الماضي لا في المستقبل والدليل عليه انها
فسرتها بالماضي في بعض الروايات لما سالها عبد الله بن عمر عن لغو اليمين فقالت قول الرجل
فعلنا والله كذا وصنعنا والله كذا فيحمل تلك الرواية على هذه توفيقا بين الروايتين اذ المجمل محمول
على المفسر ٥ واما قوله ان الله تعالى قابل اللغو باليمين المكسوبة في تلك لانه قابلها بالمكسوبة وهذه
الاية قابلها بالمعقودة ومتى امكن حمل الاثنين على التوافق كان اولى من الحمل على التعارض فيجمع حكم
الاثنين فنقول يمين اللغو التي هي مكسوبة وغير معقودة والحالف عطل احدى الاثنين فكان اسعد
حالا منه واما قوله تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم الاية ٥ وقد روي عن بن عباس ان ذلك
نهي عن الحلف على المعاصي معناه ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم ان لا تبروا اي لا تحلفوا ان لا تبروا
وتجوز اضمار حرف لا في موضع القسم قال الله تعالى ولا ياتل اولوا الفضل منكم والسعة ان يوتوا
اولي القربى اي لا يوتوا ويحتمل ان يكون الاية عامة اي لا تحلفوا لكي تبروا فتجعلوا الله عرضة
بالحنث بعد ذلك بترك التعظيم بترك الوفا باليمين يقال فلان عرضة للناس اي لا يعظمونه ويقعون
فيه فيكون ذلك نهيا عن الحلف بالله اذا لم يكن الحالف على يقين من الاصرار على موجب اليمين وهو
البر او غالب الراي ٥ واما اليمين المعقودة فهو اليمين على امر في المستقبل نفيا او اثباتا نحو ان
يقول والله لا افعلن ذلك ٥ فصل واما ركن اليمين بالله تعالى فهو اللفظ الذي يستعمل في
اليمين بالله تعالى وانه مولف على المقسم عليه والمقسم به ثم المقسم به قد يكون اسما وقد يكون صفة
والاسم قد يكون مذكورا وقد يكون محذوفا وقد يكون صريحا وقد يكون كناية ٥ اما الاسم
صريحا فذكر اسم الله تعالى صريحا اي اسم كان سوا كان اسما خاصا لا يطلق الا على الله تعالى نحو
والله والرحمن او كان يطلق على غيره ايضا كالعليم والحكيم والكريم والحكيم ونحو ذلك لان هذه الاسما
وان كانت تطلق على الخلق ولكن تعين الخالق مرادا بدلالة القسم اذ القسم بغيره لا يجوز فكان الظاهر انه
اراد به اسم الله تعالى حملا لكلامه على الصحة ٥ وان نوي به غير الله تعالى لا يكون يمينا لانه نوي ما يحتمله
كلامه فيصدق في امر بينه وبين الله تعالى ٥ وحكي عن المريسي فيمن قال والرحمن انه ان قصد
اسم الله تعالى فهو حالف وان اراد به سورة الرحمن فليس بحالف فكانه حلف بالقران ٥ وسوا كان القسم
بحرف البا او الوا او التا بان قال بالله او والله او تالله لان القسم بذلك من عادة الناس وقد ورد
به الشرع ايضا ٥ قال الله تعالى والله ربنا ما كنا مشركين ٥ وقال الله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم
وقال الله تعالى تالله تفتوا تذكر يوسف وقال الله تعالى تالله لقد ارسلنا الى امم من قبلك
وقال تعالى واقسموا بالله ٥ وقد روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحلفوا
بابايكم ولا بالطواغيت من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر والبا هي الاصل وما سواها دخيل قايم
مقامها فقول الحالف بالله اي احلف بالله لان البا حرف الصاق وهو الصاق الفعل وربط الفعل
بالاسم والنحويون يسمون البا حرف الالصاق وحرف الربط وحرف الالة والتسبيب فانك
اذا قلت كتبت بالقلم فقد الصقت الفعل بالاسم وربطت احدهما بالاخر وكان القلم الة للكتبة
وسببا يتوصل به اليها فاذا قال بالله فقد الصق الفعل المحذوف وهو قوله احلف بالاسم وهو
قوله بالله وجعل اسم الله تعالى الة الحلف وسببا يتوصل به الا انه لما كثر استعمال هذه اللفظة
سقطت قوله احلف واكتفي بقوله بالله كما هو داب العرب من حذف البعض وابقا البعض عند

كثرة الاستعمال اذا كان فيما بقي دليلا على المحذوف كما في قولهم بسم الله ونحو ذلك خفض الاسم لان البا من حروف
الخفض والواو قائم مقام البا تصار كان البا هو المذكور وكذا البا قائم مقام الواو فكان الواو هو المذكور
البا تستعمل في جميع ما يقسم به من اسما الله تعالى وصفاته وكذا الواو ۔ فاما التا لا تستعمل الا في اسم الله
تعالى يقول تالله ولا يقول تالرحمن وتعزة الله لمعنى يعرف في النحو ولو لم يذكر شيا من هذه الادوات بان قال
لا افعل كذا يكون يمينا لما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم حلف ركانة بن زيد او زيد بن ركانة حين
طلق امراته البتة وقال ما اردت بالبتة الا واحدة وبه تبين ان الصحيح ما قاله الكوفيون وهو ان يكون
بالكسر لانه علق ذكر الله بالكسر وهو افصح العرب وكذا روي عن بن عمر ان غيره من الصحابة قال له كيف
اصبحت قال خير عافاك الله بكسر الرا ولو قال لله هل يكون يمينا لم يذكر هذا في الاصل وقالوا انه
يكون يمينا لان البا توضع موضع اللام يقال امن به وامن له بمعنى ۔ وقال الله تعالى عن قصة فرعون
في موضع امنتم به وموضع اخر امنتم له والقصة واحدة ۔ ولو قال وربي او ورب العرش او ورب العالمين
كان حالفا لان هذا من الاسما الخالصة لله تعالى لا يطلق على غيره ۔ واما الصفة فصفات الله تعالى
مع انها كلها ازلية على ثلثة اقسام منها ما لا يستعمل في عرف الناس وعاداتهم الا في الصفة نفسها
والحلف بها يكون يمينا ۔ ومنها ما يستعمل في الصفة وفي غيرها استعمالا على السوا والحلف بها يكون
يمينا ۔ ومنها ما يستعمل في الصفة وفي غيرها لكن استعمالها في غير الصفة هو الغالب والحلف بها لا يكون
يمينا ومن مشايخنا من قال من تعارفه الناس يمينا يكون يمينا الا ما ورد الشرع بالنهي عنه وما لا يتعارفونه
يمينا لا يكون يمينا وتاتي هذه الجملة ۔ اذا قال وعزة الله وعظمته وجلاله وكبريايه يكون حالفا لان هذه
الصفات اذا ذكرت في العرف والعادة لا يراد بها الا انفسها فكان المراد الحالف بها الحلف بالله تعالى وكذا
الناس تعارفوا الحلف بهذه الصفات ولم يرد الشرع بالنهي عن الحلف بها ۔ وكذا لو قال وقدرة الله وقوته
وارادته ومشيته ورضاه ومحبته وكلامه يكون حالفا لان هذه الصفات وان كانت تستعمل في غير الصفة
كما يستعمل في الصفة لكن الصفة تعينت مرادا بدلالة القسم اذ لا يجوز القسم بغير اسم الله تعالى ه
وصفاته فالظاهر ارادة الصفة بقرينة القسم وكذا الناس يقسمون بها في العادات فان الحلف بها يمين
ولو قال ورحمة الله او غضبه او سخطه لا يكون يمينا لانه يراد بهذه الصفة اثارها عادة لا انفسها
فالرحمة يراد بها الجنة قال الله تعالى ففي رحمة الله هم فيها خالدون ۔ والغضب والسخط يراد به
ان الغضب والسخط عادة وهو العذاب والعقوبة لا نفس الصفة فلا يصير به حالفا الا اذا نوى به الصفة
وكذا العرب ما تعارفت القسم بهذه الصفات فلا يكون الحلف بها يمينا وكذا وعلم الله استحسانا
والقياس ان يكون يمينا وهو قول الشافعي لان علم الله صفة كالعزة والعظمة ۔ ولنا انه يراد به المعلوم
من عادة الناس يقال اللهم اغفر علمك فينا اي معلومك منا من زلاتنا ويقال هذا علم ابي حنيفة اي
معلومه لان علم ابي حنيفة قايم به لا يزايله ومعلوم الله تعالى قد يكون غير الله تعالى من العالم باعيانها
واعراضها والمعدومات كلها لان المعدوم معلومة فلا يكون الحلف به يمينا الا اذا اراد به الصفة وكذا
العرب لم يتعارفوا القسم بعلم الله تعالى لا يكون يمينا بدون القسم ۔ وسيل محمد عمن قال وسلطان
الله فقال لا ادري من حلف بهذا اي لا يكون يمينا وذكر القدوري انه ان اراد به السلطان القدرة
يكون حالفا كما اذا قال وقدرة الله وان اراد المقدور لا يكون حالفا لانه حلف بغير الله ۔ ولو قال وامانة
الله ذكر في الاصل انه يكون يمينا ۔ وذكر بن سماعة عن ابي يوسف لا يكون يمينا وذكر الطحاوي عن اصحابنا
جميعا انه ليس بيمين لان امانة الله تعالى فرايضه التي تعبد عباده بها من الصلاة وغيرها قال الله
تعالى انا عرضنا الامانة الاية فكانه حلف بغير اسم الله تعالى ۔ وجه ما ذكر في الاصل ان
الامانة المضافة الى الله تعالى عند القسم يراد بها صفته الا ترى ان الامين من اسما الله تعالى وانه
مشتق من الامانة فكان المراد بها عند الاطلاق خصوصا في موضع القسم صفة الله تعالى ۔ ولو قال

وعهد الله فهو يمين لان العهد يمين لما نذكر فصار كانه قال ويمين الله ولو قال باسم الله لا افعل كذا ه
يكون يمينا كذا روي عن محمد لان الاسم والمسمى واحد عند اهل السنة والجماعة فكان الحلف بالاسم حلفا
بالذات كانه قال بالله ولو قال ووجه الله فهو يمين كذا روي بن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة لان
الوجه المضاف الى الله تعالى يراد به الذات قال الله تعالى كل شي هالك الا وجهه اي ذاته وقال
ويبقى وجه ربك اي ذاته وذكر الحسن بن زياد عن ابي حنيفة ان الرجل اذا قال ووجه الله لا افعل كذا ثم
فعل انها ليست بيمين وقال بن شجاع انها ليست من ايمان الناس انما هو حلف السفلة ۔ وروي المعلى عن محمد
اذا قال لا اله الا الله لا افعل كذا وكذا لا يكون يمينا الا اذا نوى ۔ وكذا قوله سبحان الله لان العادة
ما جرت بالقسم بهذا اللفظ وانما يذكرهما قبل الخبر على طريق التعجب فلا يكون يمينا الا اذا نوى
لانه اذا نوى اليمين فكانه حذف حرف القسم يكون حالفا ۔ وعن محمد فيمن قال وملكوت الله وجبروت
الله انه يمين لانه من صفاته التي لا تستعمل الا في الصفة فكان الحلف به يمينا كقوله وعظمة الله وكبريايه
ولو قال وعمر الله لا افعل ذلك كان يمينا لان هذا حلف ببقا الله تعالى وهو لا يستعمل الا في الصفة
وكذا القسم به متعارف قال الله تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون ۔ وقال طرفة

لعمرك ان الموت ما اخطا الفتى ۔ لكالطول المرخى وثنياه باليد

ولو قال وايم الله لا افعل كذا فهو يمين لان هذا من صلات اليمين عند البصرة وقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم في زيد بن خارجة حين امره في حرب موتة وقد بلغه الطعن وايم الله انه لخليق الامارة وعند
الكوفيين هو جمع اليمين بقدرة الله وايمن الله لان النون سقطت عند كثرة الاستعمال للتخفيف كما في
قوله تعالى حنيفا ولم يك من المشركين والايمن جمع يمين فكانه قال ويمين لانه حلف بالله تعالى
لان العرب تعارفته يمينا ۔ قال امرؤ القيس

فقلت يمين الله ما لك حيلة ۔ وما ان ارى عنك الغواية تنجلي

فقلت يمين الله ابرح قاعدا ۔ وان قطعوا راسي لديك واوصالي

حلفت لها بالله حلفة فاجر ۔ لناموا فما ان من حديث ولا صالي

فقد استعمل يمين الله وسماه حلفا بالله ۔ ولو قال وحق الله لا يكون حالفا في قول ابي حنيفة ومحمد
واحدى الروايتين عن ابي يوسف ۔ وروي عنه رواية اخرى انه يكون يمينا ووجهها ان قوله وحق الله ه
وان كان اضافة الحق الى الله تعالى لكن الشي قد يضاف الى نفسه في الجملة والحق من اسما الله تعالى فكانه قال
والله الحق ۔ لهما ان الاصل ان يضاف الشي الى غيره لا الى نفسه فكان حلفا بغير الله تعالى ولان الحق المضاف
الى الله تعالى يراد به الطاعات من العباد ان لله تعالى في عرف الشرع الا ترى انه سيل رسول الله فقيل له
ما حق الله على عباده فقال ان يعبدوه ولا يشركوا به شيا والحلف بطاعة الله تعالى وعبادته لا يكون يمينا
ولو قال والحق يكون يمينا لان الحق من اسما الله تعالى قال الله تعالى ويعلمون ان الله هو الحق المبين وقيل
ان نوى به اليمين يكون يمينا والا فلا لان اسم الحق كما يطلق على الله يطلق على غيره فيقف على النية ۔ ولو
قال حقا لا رواية فيه واختلف المشايخ قال محمد بن سلمة لا يكون يمينا لان قوله حقا بمنزلة قوله
صدقا وقال ابو مطيع هو يمين لان الحق من اسما الله تعالى فقوله حقا كقوله والحق ۔ ولو قال اقسم
بالله او احلف بالله او اشهد بالله او اعزم بالله يكون يمينا عندنا وعند الشافعي لا يكون يمينا الا اذا
نوى لانه يحتمل الحال ويحتمل الاستقبال ۔ ولنا ان صيغة افعل للحال حقيقة والاستقبال
بقرينة سين وسوف هو الصحيح فكان هذا اخبارا عن حلفه بالله تعالى للحال وهذا اذا اظهر المقسم به
فان لم يظهر بان قال اقسم او احلف او اشهد او اعزم كان يمينا خلافا لزفر لانه اذا لم يذكر المحلوف
به فيحتمل انه اراد به الحلف بالله ويحتمل انه اراد به الحلف بغير الله تعالى فلا يجعل حلفا مع الشك
ولنا ان القسم لما لم يجز الا بالله تعالى كان الاخبار عنه اخبارا عن ما لا يجوز بدونه كما في قوله واسال

القرينة التي كانت بها ونحو ذلك ولان العرب تعارفت الحلف على هذا الوجه قال الله تعالى يحلفون لكم
لترضوا عنهم ولم يقل بالله وقال تعالى اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله سماه يمينا
بقوله اتخذوا ايمانهم جنة وقال اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين ولم يذكر بالله ثم سماه قسما والقسم
لا يكون الا بالله تعالى في عرف الشرع واستدل محمد بقوله ولا يستثنون فقال ولا يكون الاستثناء الا
في اليمين وفيه نظر لان الاستثناء لا يستدعي تقدم اليمين لا محالة وانما يستدعي الاخبار على ان يفعله
في المستقبل كما في قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل الاية وقوله اعزم معناه اوجب فكان اخبارا عن الايجاب
في الحال وهذا معنى اليمين وكذا لو قال عزمت لا افعل كذا كان حالفا وكذا لو قال آليت لا افعل
كذا لان الالية هي اليمين وكذا لو قال علي نذر او نذر الله لقوله من نذر وسمى فعليه بما سمى ومن نذر
ولم يسم فعليه كفارة اليمين وقال عليه السلام النذر يمين وكفارته كفارة يمين • وروي ان
عبد الله بن الزبير قال لتنتهين عائشة عن بيع رباعها او لاحجرن عليها فبلغها فقالت او قال ذلك
قالوا نعم فقالت لله علي نذر ان كلمته ابدا فاعتقت عن يمينها عبدا وكذا قوله علي عهد او يمين الله
وقال زفر قوله علي يمين لا يكون يمينا • وجه قوله على نحو ما ذكرنا فيما تقدم وان اليمين
قد يكون بالله تعالى وقد يكون بغير الله تعالى فلا ينعقد يمينا بالشك • ولنا ان قوله علي يمين
اي يمين الله اذ لا تجوز اليمين بغير الله تعالى وقوله يمين الله دون قوله علي يمين فكيف مع انه يقال معنى قوله
علي يمين او يمين الله اي علي موجب يمين الله الا انه حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه طلبا
للتخفيف عند كثرة الاستعمال • ولو قال علي عهد الله او ذمة الله او ميثاقه فهو يمين لان اليمين
بالله هي عهد الله على تحقيق فعل او نفيه الا ترى الى قوله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم
قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها جعل العهد يمينا والذمة هي العهد ومنه اهل الذمة
اي اهل العهد والميثاق والعهد من الاسماء المترادفة • وقد روي ان رسول الله صلى الله
عليه وسلم كان اذا بعث جيشا قال في وصيته اياهم وان ارادوكم ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله
فلا تعطوهم اي عهد الله وعهد رسوله • ولو قال ان فعل كذا فهو يهودي او نصراني او مجوسي او بري
من الاسلام او يعبد الصليب ونحو ذلك مما يكون اعتقاده كفرا فهو يمين استحسانا والقياس
ان لا يكون يمينا وهو قول الشافعي • وجه القياس انه علق الفعل المحلوف عليه بما
هو معصية فلا يكون حالفا كما لو قال ان فعلت كذا فهو شارب خمر او اكل الميتة • وجه
الاستحسان ان الحلف بهذه الالفاظ متعارف فيما بين الناس وانهم يحلفون بها من لدن رسول الله
الى يومنا هذا من غير نكير ولو لم يكن ذلك حلفا بالله تعالى لما تعارفوا لان الحلف بغير الله تعالى معصية
فدل تعارفهم على انهم جعلوا ذلك كناية عن الحلف بالله تعالى وان لم يعقل • وجه الكناية
فيه كقول العرب لله علي ان اضرب ثوبي حطيم الكعبة ان ذلك جعل كناية عن التصدق في عرفهم
وان لم يعقل وجه الكناية فيه كذا ههنا • هذا اذا اضاف الى المستقبل • فاما اذا اضاف الى الماضي
بان قال هو يهودي او نصراني ان كان فعل ذلك لشيء قد فعله فهذا يمين الغموس بهذا اللفظ ولا كفارة
فيها عندنا لكنه هل يكفر لم يذكر في الاصل وعن محمد بن مقاتل الرازي انه يكفر لانه علق الكفر بشيء
يعلم انه موجود فصار كانه قال هو كافر بالله وكتب نصير بن يحيى الى ابي بن شجاع فسأله عن ذلك فقال لا
يكفر وكذا روي عن ابي يوسف وهو الصحيح لانه ما قصد به الكفر ولا اعتقده وانما قصد به ترويج
كلامه وتصديقه فيه • ولو قال عصيت ان فعلت كذا او عصيته في كل ما افترض علي فليس بيمين لان
الناس ما اعتادوا الحلف بهذه الالفاظ • ولو قال ان هو ياكل الميتة ويستحل الدم او لحم الخنزير او
يترك الصلوة او الزكوة ان فعل كذا فليس شيء من ذلك يمينا لانه ليس بايجاب بل هو اخبار عن فعل
المعصية في المستقبل بخلاف قوله هو يهودي او نحو ذلك لان ذلك ايجاب في الحال وكذا لو دعا على

نفسه بان قال عليه عذاب الله ان فعل ذلك كذا او قال اماته الله ان فعل كذا لان هذا بايجاب بل دعاء
على نفسه ولا يحلف بالآباء والامهات والابناء • ولو حلف بشيء من ذلك لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله تعالى
والناس وان تعارفوا الحلف بهم لكن الشرع نهى عنه • وروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليذر وروي انه قال
من حلف بغير الله فقد اشرك ولهذا النوع من الحلف لتعظيم المحلوف به وهذا النوع من التعظيم
لا يستحقه الا الله تعالى • ولو قال ودين الله وطاعته او شرائعه او انبيائه او ملائكته او عرشه لم
يكن يمينا لانه حلف بغير الله تعالى ومن الناس من قال الحلف بالانبياء عليهم السلام يمين وهذا غير
سديد للحديث ولانه حلف بغير الله تعالى فلا يكون يمينا كالحلف بالكعبة • وكذا لو قال وبيت الله
او حلف بالكعبة او بالمشعر الحرام او بالصفا او بالمروة او بالصلاة او بالصوم والحج لان كل ذلك
حلف بغير الله تعالى وكذا بالحجر الاسود والقبر والمنبر ولا يحلف بالسماء والارض ولا بالشمس ولا بالقمر
ولا بكل شيء سوى الله وصفاته لما قلنا • وقد قال ابو حنيفة لا يحلف الا بالله متجردا بالتوحيد
والاخلاص • ولو قال وعبادة الله وحمد الله فليس بيمين لانه حلف بغير الله تعالى الا ترى ان العبادة
والحمد فعلك • ولو قال بالقران او بالمصحف او بسورة كذا من القران فليس بيمين لانه حلف بغير
الله تعالى اما المصحف فلا شك فيه واما القران او سورة منه فلان المتعارف من اسم القران الحروف
المنظومة والاصوات المقطعة بتقطيع خاص لا كلام الله تعالى الذي هو صفة ازلية قائمة بذاته تعالى
منافي السكوت والافة • ولو قال بحدود الله لا يكون يمينا كذا ذكر في الاصل واختلفوا في المراد
بحدود الله تعالى قال بعضهم اراد به الحدود المعروفة من حد الزنا والشرب والقذف • وقال بعضهم
ان المراد بها الفرائض من الصلوة والصوم وكل ذلك حلف بغير الله تعالى فلا يكون يمينا وروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ولا بحد من حدود الله ولا تحلفوا الا
بالله ومن حلف له بالله فليرض ومن لم يرض فليس منا • ولو قال عليه غضب الله او سخطه او لعنته ان
فعل كذا لم يكن يمينا لانه دعا على نفسه بالعذاب والعقوبة والطرد عن الرحمة فلا يكون حالفا كما لو
قال عليه عذاب الله وعقابه وبعده عن رحمته • ومن مشايخنا بالعراق من قال في تخريج القسم
بالصفة انها على ضربين صفة للذات وصفة للفعل وفصل بينهما بالنفي والاثبات وهو ان ما
يثبت ولا ينفى فهو صفة الذات كالعلم والقدرة ونحوهما وما يثبت وينفى فهو صفة الفعل كالتكوين
والاحياء والرزق ونحو ذلك وجعل الرحمة والغضب من صفات الفعل فجعل صفات الذات
قديمة وصفة الفعل حادثة فقال الحلف بصفة الذات يكون حلفا بالله تعالى فيكون يمينا والحلف
بصفة الفعل يكون حلفا بغير الله تعالى فلا يكون يمينا والقول بحدوث صفات الفعل مذهب
المعتزلة والاشعرية الا انهم اختلفوا في الحد الفاصل بين الصفتين ففصلت المعتزلة بما ذكره هذا
القائل بين النفي والاثبات • والاشعرية فصلت بلزوم النقيصة بنفيها وعدم اللزوم وهو ان
ما يلزم بنفيه نقيضه فهو من صفات الذات وما لا يلزم بنفيه فهو من صفات الفعل مع اتفاق
الفريقين على حدوث صفات الفعل وانما اختلف عبارتهم في التحديد لاجل الكلام وكلام الله تعالى
محدث عند المعتزلة لانه ينفى ويثبت فكان من صفات الفعل فكان حادثا وعند الاشعرية ازلي لانه
يلزم بنفيه نقيضه فكان من صفات الذات فكان قديما • ومذهبنا وهو مذهب اهل السنة
والجماعة وانما الطريقة الصحيحة والحجة المستقيمة في تخريج هذا النوع من المسائل ما سلكنا والله
الموفق للسداد والهادي الى سبيل الرشاد هذا الذي ذكرنا اذا ذكر اسم الله في القسم مرة واحدة
فاما اذا كرر • فجملة الكلام فيه ان الامر لا يخلو اما ان ذكر المقسم به وهو اسم الله تعالى ولم يذكر المقسم
عليه حتى ذكر اسم الله تعالى ثانيا ثم ذكر المقسم عليه • واما ان ذكرهما جميعا ثم اعادهما وكل ذلك لا

يخلوا من ان يكون بحرف العطف او بدونه فان ذكر اسم الله تعالى ولم يذكر المقسم عليه حتى كرر اسم الله تعالى ٥
ثم ذكر المقسم عليه فان لم يدخل بين الاسمين حرف العطف كان يمينا واحدا بلا خلاف سواء كان الاسم مختلفا
او متفقا فالمختلف نحو ان يقول والله الرحمن ما فعلت كذا لانه لما لم يذكر حرف العطف والثاني يصلح صفة
للاول علم انه اراد به الصفه فيكون حالفا بذات موصوف لا باسم الذات على حدة وباسم الصفة على حدة
والمتفق نحو ان يقول والله الله ما فعلت كذا لان الثاني يصلح معنى للاول ويصلح تكريرا وتاكيدا له فيكون
يمينا واحدة الا ان ينوي به يمين فيكون يمين ويصير قوله الله ابتدا يمين بحذف حرف القسم وانه فصيح
على ما بينا ٭ وان ادخل بين الاسمين حرف عطف بان قال والله والرحمن لا افعل كذا فذكر محمد في الجامع انهما
يمينان وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة وابي يوسف ٭ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه
يكون يمينا واحدا وبه اخذ زفر وقد روي هذا ايضا عن ابي يوسف في غير رواية الاصول وجـــــه
المذكور في الجامع انه لما عطف احد الاسمين على الاخر كان الثاني غير الاول لان المعطوف غير المعطوف عليه فكان
كل واحد منهما يمينا على حدة بخلاف ما اذا لم يعطف لانه اذا لم يعطف احدهما على الاخر يجعل الثاني صفة للاول
ولا يصلح صفة له لان الاسم يختلف ولهذا يستحلف القاضي بالاسما والصفات من غير حرف العطف فيقول
والله الرحمن الرحيم الطالب المدرك ولا يجوزان يستحلف مع حرف العطف لانه ليس على المدعى عليه الا يمين
واحدة ٭ وجـــــه رواية الحسن ان حرف العطف قد يستعمل للاستئناف وقد يستعمل للصفة فانه يقال فلان العالم
والزاهد والجواد فاحتمل المغايره واحتمل الصفه فلا تثبت يمين اخرى مع الشك ٭ والحاصل ان اهل اللغة
اختلفوا في هذه المسلة انها تكون يمينا واحدة او تكون قسمين يمينين وكون المسلة ان ادخال القسم على القسم
قبل تمام المذكور هل يجوز ٭ قال بعضهم لا يجوز وهو قول ابي علي الفسوي والخليل حتى حكى سيبويه
عن الخليل ان قوله تعالى والليل اذا يغشى والنهار اذا تجلى يمين واحدة ٭ وقال بعضهم يجوز وهو قول الزجاج
والفراحتى قال الزجاج ان قوله تعالى ص قسم ٭ وقوله والقران قسم اخر والحجج وترجيح احد القولين على
الاخر يعرف في النحو وقد قيل في ترجيح القول الاول انا جعلناها يمينا واحدة لا يحتاج الى ان نزاحموا با
اخر بل يصير قوله لا افعل مقسما عليه بالاسمين جميعا ولو جعلنا كل واحد منهما قسما على حدة لاحتجنا الى
التزاحم ذكر المقسم عليه لاحد الاسمين فيصير كانه قال والله لا افعل كذا الرحمن لا افعل كذا فتعين الاول
مقسما به ويقف الثاني على وجود النية ٭ ولو قال والله والله لا افعل ذلك فعلى قياس ما ذكر محمد في الجامع ٥
يكون يمينين ٭ وروي عن محمد في النوادر انه يمين واحدة كانه استحسن وحمله على التكرار لتعارف الناس
وكذا ذكر في المنتقى عن محمد اذا قال والله والله والله لا افعل كذا القياس ان يكون ثلثة ايمان وكذا قوله
والله والرحمن والرحيم وفيه قبح وينبغي في الاستحسان ان تكون يمينا واحدة هكذا ذكر ٭ ولو قال والله ٥
ووالله لا افعل كذا ذكر محمد في القياس ان تكون عليه كفارتان ولكني استحسن فاجعل عليه كفارة واحدة
وهذا كله في الاسم المتفق ترك محمد القياس مذهبه واخذ بالاستحسان لمكان العرف لما زعم ان معاني كلام
الناس عليه ٭ هذا اذا ذكر المقسم به ولم يذكر المقسم عليه حتى ذكر اسم الله تعالى ثانيا ٭ واما اذا ذكرهما
جميعا ثم اعادهما فان كان بحرف العطف بان قال والله لا افعل كذا والرحمن لا افعل او قال والله لا افعل
كذا والرحمن لا افعل كذا او قال والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا فلا شك انهما يمينان سواء كان في مجلس
او مجلسين وكذا لو اعادهما بدون حرف العطف بان قال والله لا افعل الرحمن لا افعل كذا او قال والله لا
افعل كذا الله لا افعل كذا لانه لما اعاد المقسم عليه مع الاسم الثاني وعلم انه اراد به يمينا اخرى واراد
به الصفة او التاكيد لما اعاد المقسم عليه ٭ ولو قال والله لا افعل كذا والله لا افعل كذا وقال اردت
بالثاني الخبر عن الاول ذكر الكرخي انه يصدق لان الحكم المعلق باليمين بالله تعالى هو وجوب الكفارة وانه
امر بينه وبين الله تعالى ولفظه يحتمله في الجملة وان كان خلاف الظاهر فكان مصدقا فيما بينه وبين الله
تعالى ٭ وروي عن ابي حنيفة انه لا يصدق ٭ قال المعلى روى عن ابي عن ابي يوسف في رجل حلف في ٥

مقعد واحد باربعة ايمان او باكثر او باقل فقال ابا يوسف سالت ابا حنيفة عن ذلك فقال لكل يمين
كفارة ومقعد واحد ومقاعد مختلفة واحدة قال فان عني بالثانية الاولى لم يصدق في اليمين بالله ٥
تعالى ويصدق في اليمين بالحج والعمرة والهدي وكل يمين قال فيها كذا والفرق ان الواجب القرب في لفظ
الحالف لان لفظه تدل على الوجوب وهو قوله علي كذا وصيغته هذا صيغة الخبر فاذا اراد بالثانية الخبر
عن الاول صح بخلاف اليمين بالله تعالى فان الواجب فيها ليس في لفظ الحالف لان لفظه لا يدل على الوجوب
وانما يجب لحرمة اسم الله تعالى وكل يمين مفردة بالاسم فتنفرد بحكمها فلا يصدق فان اراد بالثانية الاولى
وروي عن محمد انه قال في رجل قال هو يهودي ان فعل كذا او هو نصراني ان فعل كذا او هو مجوسي ان فعل
كذا او هو مشرك ان فعل كذا لشي واحد فان عليه لكل شي من ذلك يمين ولو قال هو يهودي هو نصراني
هو مجوسي هو مشرك فهو يمين واحدة وعلى الاصل الذي ذكرنا انه اذا ذكر المقسم مع المقسم عليه ثم
اعاده فالثاني غير الاول في قولهم جميعا واذا ذكر المقسم به وكرره من غير عطف فهو يمين واحدة في قولهم
جميعا

فصـــل

واما شرايط ركن اليمين بالله تعالى فانواع ٭ بعضها يرجع الى الحالف
وبعضها يرجع الى المحلوف عليه ٭ وبعضها يرجع الى نفس الركن ٭ اما الاول فانواع ٭ منها ان يكون عاقلا
بالغا فلا يصح يمين الصبي والمجنون لانها تصرف ايجاب وهما ليسا من اهل الايجاب ٭ ومنها ان يكون مسلما
فلا يصح يمين الكافر عندنا وعند الشافعي ليس بشرط حتى ان الكافر اذا حلف على يمين ثم اسلم فحنث لا كفارة
عليه وعنده يجب عليه الكفارة الا انه اذا حنث في حال الكفر لا يجب عليه الكفارة بالصوم بل بالمال
وجـــه قوله ان الكافر من اهل اليمين بالله تعالى بدليل انه يستحلف في الدعاوي والخصومات
وكذا يصح ايلاوه ولو لم يكن اهلا لما انعقد كايلا الصبي والمجنون وكذا هو من اهل اليمين بالطلاق والعتاق
فكان اهلا لليمين بالله تعالى كالمسلم بخلاف الصبي والمجنون ولنا ان الكفارة عبادة والكافر ليس من
اهلها والدليل على ان الكفارة عبادة انها لا تتادى بدون النية وكذا لا يسقط باداء الغير وهما حكمان
مختصان بالعبادات وكذا الصوم فيها يدخل على وجه البدل وبدل العبادة تكون عبادة والكافر ليس
من اهل العبادة فلا يجب بيمينه الكفارة فلا تنعقد بيمينه كيمين الصبي والمجنون وانما يستحلف في الدعاوي
لان المقصود من الاستحلاف التحرج عن الكذب والكافر يتحرج عن الكذب فاستويا فيه وانما يفارق المسلم
فيما هو عبادة وكذا نقول في ايلايه لا يصح في حق وجوب الكفارة لان الايلا يتضمن حكم وجوب الكفارة
على تقدير القربات ووقوع الطلاق بعد انقضا المدة اذا لم يقربها في المدة والكفارة حق الله تعالى
ولا يواخذ به ٭ واما الحرية فليست بشرط حتى تصح من المملوك الا انه لا يجب عليه للحال الكفارة
بالمال لانه لا يملك له وانما يجب عليه التكفير بالصوم وللمولى ان يمنعه من الصوم وكذا كل صوم ٥
وجب بمباشرة سبب الوجوب من العبد كالصوم المنذور به لان المولى يتضرر بصومه والعبد لا
يملك الاضرار بالمولى ٭ ولو اعتق قبل ان يصوم وجب عليه التكفير بالمال لانه استفاد اهلية الملك
بالعتق وكذا الطواعية ليست بشرط عندنا فتصح من المكره لانها من التصرفات التي لا تحتمل الفسخ
فلا يوثر فيه الاكراه كالطلاق والعتاق والنذر وكل تصرف لا يحتمل الفسخ ٭ وعند الشافعي شرط
وهي من مسايل الاكراه ٭ وكذا الجد والعمد فيصح من الخاطي والهازل وهي من مسايل الاكراه ٭ واما
الذي يرجع الى المحلوف عليه فهو ان يكون متصور الوجود حقيقة عند الحلف هو شرط انعقاد
اليمين على امر في المستقبل وبقاوها ايضا متصور الوجود بعد اليمين شرط انعقاد اليمين على امر
في المستقبل وبقاوها ايضا متصور الوجود حقيقة بعد اليمين شرط بقا اليمين حتى لا تنعقد اليمين
على ما هو مستحيل الوجود حقيقة ولا يبقى اذا صار بحال يستحيل وجوده في قول ابي حنيفة ومحمد
وزفر ٭ وعند ابي يوسف ليس بشرط لانعقاد اليمين ولا لبقايها وانما الشرط ان تكون اليمين على
امر في المستقبل واما كونه متصور الوجود عادة فهل هو شرط انعقاد اليمين قال اصحابنا

الثلثه ليس بشرط فتنعقد على ما هو مستحيل وجوده عادة بعد ان كان لا استحيل وجوده حقيقة
وقال زفر هو شرط لا تنعقد اليمين بدونه ٭ وبيان هذه الجملة اذا قال والله لاشربن الما الذي في
هذا الكوز فاذا لاما فيه لم تنعقد في قول ابي حنيفة ومحمد وزفر لعدم شرط الانعقاد وهو تصور شرب
الما الذي حلف عليه ٭ وعند ابي يوسف تنعقد لوجود الشرط وهو الاضافة الى امر في المستقبل وان
كان يعلم انه لاما في الكوز تنعقد عند الثلثة وعند ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة انه لا تنعقد
علم او لم يعلم ٭ وعلى هذا الخلاف اذا وقت فقال والله لاشربن الما الذي في هذا الكوز اليوم ولا ما
في الكوز لا تنعقد عند الثلاثة وعند ابي يوسف تنعقد ٭ وعلى هذا الخلاف اذا قال لاقتلن فلانا
وفلان ميت وهو لم يعلم بموته لا تنعقد عندهم خلافا لابي يوسف وان كان عالما بموته تنعقد عندهم
خلافا لزفر ٭ ولو قال والله لاصعدن السما او لاحولن هذا الحجر دهبا تنعقد ٭ وعند زفر لا تنعقد
اما الكلام مع ابي يوسف ٭ وجه قوله ان الحالف جعل شرط حنثه عدم القتل وعدم الشرب
في المطلق وفي الموقت عدم الشرب في المدة وقد تاكد العدم فيتاكد شرط الحنث فيحنث كما في قوله
والله لامسن السما او لاحولن هذا الحجر دهبا ٭ ولهما ان اليمين تعقد للبر لان البر هو موجب اليمين
وهو المقصود من اليمين ايضا لان كل حالف بالله تعالى يقصد بيمينه تحقيق البر والوفا بما عهد وانجاز ما
وعد ثم الكفارة تجب لدفع الذنب الحاصل بتفويت البر وهو الحنث فاذا لم يكن البر متصور الوجود
حقيقة لا يتصور الحنث فلم يكن في انعقاد اليمين فائدة فلا تنعقد والدليل على ان البر غير متصور
الوجود من هذه اليمين حقيقة انه اذا كان عنده ان في الكوز ما وان الشخص حي فيمينه تقع على الما
الذي كان فيه وقت اليمين وعلى ازالة حيوة قائمة وقت اليمين والله تعالى وان كان قادرا على خلق الما في
الكوز لكن هذا المخلوق لا يكون ذلك الما الذي وقعت يمينه عليه وفي مسئلة القتل زالت تلك الحيوة
على وجه لا يتصور عودها بخلاف ما اذا كان عالما به فانما تنعقد على ما اخر يخلقه الله تعالى وعلى حيوة
اخرى يحدثها الله تعالى لان ذلك على نقض العادة فكان السعي عن تحقيق البر ثابتا عادة فيجب بخلاف
قوله لامسن السما ونحوه لان البر هناك متصور الوجود في نفسه حقيقة بان يقدره الله تعالى على
ذلك كما اقدر الملايكة وغيرهم من الانبيا عليهم السلام الا انه عاجز عن ذلك عادة متصور وجوده
حقيقة انعقدت اليمين والعجز عن تحقيقه عادة حنث ووجب الكفارة ٭ واما الكلام مع زفر في اليمين
على مس السما ونحوه فهو يقول المستحيل عادة ملحق بالمستحيل حقيقة وفي المستحيل حقيقة لا تنعقد
كذا في المستحيل عادة ونحن نقول اعتبار الحقيقة واجب ما امكن وفيما قلنا اعتبار الحقيقة والعادة
جميعا وفيما قاله اعتبار العادة واهدار الحقيقة فكان ما قلنا اولى ٭ ولو قال والله لامسن السما
اليوم يحنث في اخر اليوم عند ابي حنيفة ومحمد ٭ وفي قياس قول ابي يوسف يحنث في الحال وقد
روي عنه ما يدل عليه فانه قال في رجل حلف ليشربن ما دجلة كله اليوم قال ابو حنيفة لا يحنث
حتى يمضي اليوم وقال ابو يوسف يحنث لساعته فان كان قال في يمينه غدا لم يحنث في قول ابي حنيفة
لان الانعقاد يتعلق باخر اليوم عنده فاما ابو يوسف فقال يحنث اول جز من اجزا الغد لان شرط البر
غير منتظر فكانه قال لها انت طالق غدا هذا اذا كان المحلوف عليه متصور الوجود حقيقة وعادة
وقت اليمين انعقدت اليمين بلا خلاف ثم فات ٭ فالحلف لا يخلو اما ان يكون مطلقا عن الوقت
واما ان يكون موقتا بوقت وكل لا يخلو اما ان يكون في الاثبات او في النفي فان كان مطلقا بان قال
والله لاكلن هذا الرغيف او لاشربن الما الذي في هذا الكوز او لادخلن هذه الدار او لاتين البصرة فادام الحالف
والمحلوف عليه قائمين لا يحنث لان الحنث في اليمين المطلقة عن الوقت يتعلق بجميع العمر فما دام قائما عن
لا يقع الياس عن تحقيق البر فلا يحنث فاذا هلك احدهما يحنث لوقوع العجز عن تحقيقه غير انه اذا
هلك المحلوف عليه يحنث وقت هلاكه واذا هلك الحالف يحنث في اخر جز من اجزا حياته لان الحنث
في الحالين بفوت البر ووقت فوت البر هلاك المحلوف عليه وفي هلاكه وفي هلاك الحالف
اخر جز من اجزا حياته فان كان في النفي بان قال والله لاكلن هذا الرغيف او لاشربن الما الذي في هذا الكوز
فلم ياكل ولا شرب حتى هلك احدهما فقد بر في يمينه لوجود شرط البر وهو عدم الاكل والشرب
وان كان موقتا بوقت فالموقت نوعان موقت نصا وموقت دلالة اما الموقت نصا فان كان في الاثبات بان قال
والله لاكلن هذا الرغيف اليوم او لاشربن الما الذي في هذا الكوز اليوم او لادخلن هذه الدار اليوم ونحو ذلك
فما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين والوقت قائما لا يحنث لان البر في الوقت مرجو فتبقى اليمين وان كان
الحالف والمحلوف عليه قائمين ومضى الوقت حنث في قولهم جميعا لان اليمين كانت موقتة بوقت فاذا لم يفعل
المحلوف عليه حتى مضى الوقت وقع الياس عن فعله في الوقت ففات البر عن الوقت فيحنث وان هلك الحالف
في الوقت والمحلوف قائم لمضي الوقت لا يحنث اجماعا لان الحنث في اليمين الموقتة بوقت يقع في اخر اجزا الوقت
وهو ميت في ذلك الوقت والميت لا يوصف بالحنث ٭ وان هلك المحلوف عليه والحالف قائم والوقت
باق تبطل اليمين في قول ابي حنيفة ومحمد وزفر ٭ وعند ابي يوسف لا تبطل ويحنث واختلفت الرواية عنه انه
يحنث عند غروب الشمس ٭ وروي انه يحنث للحال وهو الصحيح من مذهبه وان كان في النفي بمعنى الوقت
والحالف والمحلوف عليه قائمين فقد بر في يمينه لوجود شرط البر وكذلك ان هلك الحالف او المحلوف عليه
في الوقت حنث لوجود شرط الحنث وهو الفعل في الوقت والله اعلم ٭ واما الموقت دلالة وهو المسمى يمين
الفور واول من اهتدى الى جوابها ابو حنيفة ثم كل من سمعه استحسنه وما راه المسلمون حسنا فهو عند
الله حسن وهو ان يكون اليمين مطلقا عن الوقت نصا ودلالة الحال تدل على تقييد الشرط بالفور
فان خرج جوابا لكلام او بنا على امر نحو ان يقول لاخر تعال تغد معي فقال والله لا اتغدى فلم يتغد
معه ثم رجع الى منزله فتغدى لا يحنث استحسانا والقياس ان يحنث وهو قول زفر ٭ وجه القياس
انه منع نفسه عن الغدا عاما فتصرفه الى البعض دون البعض تخصيص العموم ٭ ولنا ان كلامه خرج جوابا
عن السوال فينصرف الى ما وقع السوال عنه والسوال وقع عن الغدا المدعو اليه فينصرف الجواب
اليه كانه اعاد السوال وقال والله لا اتغدى الغدا الذي دعوتني اليه ٭ وكذا اذا قامت امراته
لتخرج من الدار فقال لها ان خرجت فانت طالق فقعدت ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث استحسانا
لان دلالة الحال تدل على التقييد بتلك الخرجة كانه قال ان خرجت هذه الخرجة فانت طالق ٭ ولو قال
لها ان خرجت من هذه الدار في هذا اليوم فانت طالق بطل اعتبار الفور لانه ذكر ما يدل على انه ما اراد
به الخرجة المقصود اليها وانما اراد به الخروج المطلق عن الدار في اليوم حيث زاد على حرف الجواب
وعلى هذا يخرج ما اذا قيل له انك تغتسل الليلة في هذه الدار من جنابة فقال ان اغتسلت فعبدي
حر ثم اغتسل لا عن جنابة ثم قال عنيت به الاغتسال عن جنابة يصدق لانه اخرج الكلام مخرج
الجواب ولم يات بما يدل على اعراضه عن الجواب فيتقيد بالكلام السابق وجعل كانه اعاده وقال
ان اغتسلت فيها الليلة عن جنابة فعبدي حر ٭ ولو قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار فعبدي
حر ثم قال عنيت الاغتسال عن جنابة لا يصدق في القضا لانه زاد على القدر المحتاج اليه من
الجواب حيث اتى بكلام مفيد مستقل بنفسه في حد الجواب فصار كلاما مفيدا فلا يصدق في القضا
لكن يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمل انه اراد به الجواب ومع هذا زاد على قدره وان كان
خلاف الظاهر لكن كلامه يحتمله في الجملة ٭ وعلى هذا يخرج ما قاله ابن سماعة سمعت محمدا يقول في رجل
يقول لاخر ان ضربتني ولم اضربك فهو ههنا على الفور وقوله ويكون على ضربين على قبل وعلى بعد
فان كانت على بعد فهي على الفور ٭ ولو قال ان كلمتك ولم اجبك فهذا على فعل وهو على الفور فان
قال ان ضربتني ولم اضربك فهو عندنا على ان يضرب الحالف قبل ان يضرب المحلوف عليه فان اراد
به بعد ونوى ذلك فهو على الفور وكذا روي عن محمد ٭ وجملة هذا اللفظ قد يدخل على الفعل الماضي

وما اشبه ذلك صح

وقد يدخل على المستقبل فما كان معاني كلام الناس عليه حمل عند الاطلاق عليه وان كانت مستعمله
في الوجهين على السوا يميز احدهما بالنيه فاذا قال ان ضربتني ولم اضربك فقد حمله محمد على
الماضي كانه قال معاني كلام الناس كان عليه عند الاطلاق فكانه قال ان ضربتني من غير مجازاة لما
كان مني من الضرب فعبدي حر ويحتمل الاستقبال ايضا فاذا نواه حمل عليه وقوله ان كلمتني ولم
احيك فهذا على المستقبل لان الجواب لا يتقدم الكلام فيحمل على الاستقبال ويكون على الفور لانه
اراد به الفور عادة • وروي عن محمد فيمن قال كل جارية يشتريها ولم يطاها فهي حرة قال هذا يطاها
من ساعة يشتريها فان يفعل فهي حرة لان الفا يقتضي التعقيب ولو كان مكان ما ان لم اطاها فهذا
على ما بينه ومن المدين فما وطيها بري لان كلمه ان كلمه شرط فلا يقتضي التعجيل • قال هشام عن ابي
يوسف فان قال لغلامه ان لم تاتني حتى اضربك فانت حر فجاه من ساعته فلم يضربه قال متى ما ضربه
بر في يمينه ولا يعتق الا ان ينوي ساعة امره بذلك لما ذكرنا ان إن للشرط فلا يقتضي التعجيل
اذا لم يكن في الكلام ما يدل عليه • ولو قال ان لم اشتر اليوم عبدا فاعتقه فعلي كذا فاشترى
عبدا فوهبه ثم اشترى اخر فاعتقه قال محمد انما وقعت يمينه على العبد الاول فاذا امسى ولم يعتقه
حنث لان تقدير كلامه ان اشتريت عبدا فعلي عتقه فان لم اعتقه فعلي حجة وهذا قد استحقه الاول
فلم يدخل الثاني في اليمين • قال هشام عن محمد فيمن قال لاخر ان مت ولم اضربك فكل مملوك
لي حر فمات الحالف ولم يضربه لا يعتقون لان من شرط الحنث ان يكون بعد الموت ولا ملك له في ذلك
الوقت فلا يعتقون ولو قال ان لم اضربك فكل مملوك لي حر لا يحنث حتى يخرج نفسه فيحنث قبل خروج
نفسه يعني في اخر جز من اجزا حيوته فيعتقون حينئذ لان شرط الحنث ترك الضرب وانه يتحقق في
تلك الحال • ولو قال ان لم ادخل هذه الدار حتى اموت فغلامه حر فلم يدخلها حتى مات لم يعتق
وكذا قال محمد فيمن قال ان لم اضربك فيما بيني وبين ان اموت فعبدي حر فلم يضربه حتى مات
عتق العبد قبل ان يموت قال لان في الاول حنث بعد الموت • وقال محمد في الزيادات فيمن قال
لرجل امراته طالق ان لم تخبر فلانا بما صنعت حتى يضربك فعبدي حر فاخبره ولم يضربه بر في
يمينه لانه جعل شرط البر الاخبار لانه سبب صالح للضرب جزا على صنعه والاخبار مما لا يمتد ولا
يضرب له المدة فيكون جعله للغايه فجعل للجزا وقوله حتى يضربك بيان الغرض يعني ليضربك فيصير
معناه ان لم اتسبب لضربك فاذا اخبر بصنعه فقد تسبب لضربه فبر في يمينه وكذلك اذا
قال ان لم اتك حتى تغديني ان لم اضربك حتى تضربني فعبدي حر فاتاه فلم يغده او ضربه ولم
يضربه بر في يمينه لان التغديه لا يصلح غاية للاتيان لكونها داعية الى زيادة الاتيان وكذا الضرب
يدعوا الى زيادة الضرب لا الى تركه وانهايه فلا يجعل غايه ويجعل جزا لوجود شرطه • ولو قال
ان لم الازمك حتى تقضي حقي ولم اضربك حتى يدخل الليل وحتى يشتكي يدي او حتى يصبح او
حتى يشفع لك فلان او حتى تنهاني فلان فترك الملازمه قبل يقضي حقه او ترك الضرب قبل وجود
هذه الاشيا حنث لان كلمة حتى هنا للغايه اذ المعقود عليه فعل يمتد وهو الملازمة والضرب في قضا
الديون موثر في انها الملازمة اذ هو المقصود من الملازمة والشفاعة والصياح والنهي وغيرها
موثر في تلك الضرب وانهايه فصارت للغايه لوجود شرطها ولو نوى به الجزا يصدق فيما بينه وبين الله
تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه ولا يصدق في القضا لانه اراد التخفيف على نفسه فكان متهما • ولو قال
ان لم اتك اليوم حتى اتغدى عندك او ان لم اتك حتى اضربك فعبده حر فاتى ولم يتغد عنده او لم
يضربه حتى مضى اليوم حنث لان كلمة حتى هنا للعطف لان الفعلين جميعا من واحد وهو الحالف فيصير
كانه قال ان لم اتك اليوم فاضربك او فاتغدى عندك فما لم يوجدا جميعا لا يبر بخلاف قوله
حتى تغديني لان هناك احد الفعلين من غيره فكان غرض فعله فلا يحنث لعدمه وان لم يوقت

باليوم فاتاه ولم يتغد لم يحنث لان البر مرجو بان ياتيه ويتغدى او يتغدى من غير اتيان ووقت البر ممتنع
فلا يحنث كما لو خرج به • ولو قال ان لم اتك فاتغدى عندك ولو قال ذلك لا يحنث ما داما حيا كذا هنا
وحكى هشام عن ابي يوسف انه ان قال لامته ان لم يجيني الليلة حتى اجامعك مرتين فانت حرة
فجاته فجامعها مرة واصبح حنث في يمينه وهكذا في قوله ان لم يجيني الليلة فاجامعك مرتين سوا فيصير المجيء
والمجامعة مرتين شرطا للبر فاذا انعدم يحنث فان لم يوقت بالليل لا يحنث فله ان يجامعها في اي وقت شا
لان وقت البر متسع عند عدم التوقيت • وقال ابن سماعة عن محمد اذا قال ان ركبت دابتك فلم
اعطك دابتي فعبدي حر قال هذا على الفور اذا ركب دابته فينبغي ان يعطيه دابة نفسه ساعتيد
وكذلك ان قال ان دخلت دارك فلم اجلس فيها لان الفا للتعقيب فيقتضي وجود ما دخلت عليه عقيب
الشرط قال ولو قال ان رايت فلانا فلم اتك به فعبدي حر فراه اول ما راه مع الرجل الذي قال له ان
رايتك فلم اتك به فان الحالف حانث الساعه لان يمينه وقعت على اول روية ويستحيل ان ياتيه بمن
هو معه قال القدوري وقد كان يجب ان لا يحنث عند ابي حنيفة ومحمد كما لو قال ان رايت فلانا
فلم اعلمك بذلك فعبدي حر فراه مع الرجل الذي قال له ذلك لم يحنث عندهما لان العلم بمن قد علم
محال وكذلك الاتيان بمن معه فيصير كمن قال لا اشرب الما الذي في هذا الكوز ولا ما فيه ولو ان
رجلا قال ان لقيتك فلم اسلم عليك فان سلم ساعة يلقاه والا حنث وكذا ان قال ان استعرت
دابتك فلم تعرني لان هذا على المجازاه بدابتك وليس هذا مثل قوله ان دخلت الدار فان لم اكلم فلانا
فهذا متى ما كلمه بر • والاصل فيه انه يجي في هذا الباب امور تشبه يجي فان لم يعني فلم فيحمل
على عظم معاني كلام الناس • ولو قال ان اتيتني فلم اتك او ان زرتني فلم ازرك او ان اكرمتني فلم
اكرمك فهذا على العبد وهو في هذا الوجه مثل فان اكثر الزياره ولا يعقب الزيارة عادة فكان المقصود
هو الفعل • فان قال فان اتيتني فلم اتك قال هذا شبيه قد يكون بمعنى ان لم اتك قبل اتيانك
وقد يكون بمعنى ان لم اتك قبل اتيانك فكان محتملا للامرين فيحمل على ما كان الغالب من معاني كلام
الناس عليه فان لم يكن فهو على ما نوى اي ذلك نوى من قبل وبعد حمل على ما نوى وان لم يكن له نيه
يلحق بالمشتبه الذي لا يعرف له معنى فاما الذي يعرف من معناه انه قبل وبعد فهو على الذي يعرف في
القضا فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يكن له نيه فان نوى خلاف ما يعرف لم يدين في الحكم ودين فيما
بينه وبين الله تعالى فالذي الظاهر منه قبل كقوله ان خرجت من باب الدار ولم اضربك والذي ظاهره
بعد يقبل قوله ان اعطيتني كذا ولم اكافئك عليه والمحتمل كقوله ان كلمتك ولم يكلمني فهذا احتمل قبل
وبعد فايما فعل لم يكن للحالف فيه وان نوى احد الفعلين فهو على ما نوى وان كان قبل ذلك منطق يكون
هذا جوابا فهو على الجواب • واما الذي يرجع الى نفس الركن فخلوه عن الاستثنا نحو ان يقول ان شا الله
او الا ان شا او ما شا الله او الا ان يبدو الي غير هذا او الا اريد غير هذا او الا ان احب غير هذا او قال
ان اعانني الله او ان يسر الله او قال بمعونة الله او بتيسيره ونحو ذلك فان قال شيا من ذلك موصولا لم
ينعقد اليمين وقد مر الكلام في الاستثنا وشرايطه في كتاب الطلاق • ولو قال الا ان استطيع
فان عني به استطاعه الفعل وهو المعنى الذي يوجد فلا يحنث ابدا لانها مقارنة للفعل عندنا ولا يوجد
اذا لم يوجد الفعل وان عني به استطاعة الاسباب وهي سلامة الاسباب والالات والجوارح
والاعضا فان كانت له هذه الاستطاعه فلم يفعل حنث والا فلا وهذا لان لفظ الاستطاعه يحتمل
كل واحد من المعنيين مستعمل فيهما قال الله تعالى ما كانوا يستطيعون السمع وقال انك لن تستطيع
معي صبرا والمراد به استطاعة الفعل • وقال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع
اليه سبيلا • وقال تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد استطاعه سلامة
الاسباب والالات فاي ذلك نوى صحت نيته وان لم يكن له نية يحمل على استطاعة الاسباب

وهو ان لا يمنعه مانع من العوارض والاشتغال لانه مراد بها على ذلك عرفا وعادة فعند الاطلاق ينصرف اليها والله الموفق

فصل واما حكم اليمين بالله تعالى فيختلف باختلاف اليمين • اما يمين الغموس فحكمها وجوب الكفارة لكن بالتوبة والاستغفار لانها جريمة عظيمة حتى قال الشيخ ابو منصور الماتريدي رحمة الله عليه كان القياس عندي ان المتعمد بالحلف على الكذب يكفر بالله تعالى لان اليمين بالله تعالى جعلت للتعظيم له والحالف بالغموس يجتري على الله تعالى مستخف به ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحلف بالآبا والطواغيت لان في ذلك تعظيما لهم وحيلا بالوزر له في الجراة على الله تعالى اعظم وهذا لان المتعمد بالحلف كاذبا على المعرفة بان الله تعالى يسمع استشهاده بالله تعالى كاذبا جترى على الله تعالى مستخف به وان كان يزعم انه ذكر على طريق التعظيم فسبيل هذا سبيل اهل النفاق ان اظهارهم الايمان بالله تعالى استخفافا لما كان اعتقادهم بخلافه وان كان ذلك تعظيما وصدقا في الحقيقة فلزمهم العقوبة لما فيه من الاستخفاف فكذا هذا ولكن نقول لا يكفر بذلك لان قوله وان خرج مخرج الجراة على الله تعالى والاستخفاف به من حيث الظاهر لكن غرضه الوصول الى مناه لا القصد الى ذلك وعلى هذا خرج قول ابي حنيفة في سوال السايل ان العاصي يطيع الشيطان ومن اطاع الشيطان فقد كفر كيف لا يكفر العاصي فقال وان فعله وان خرج مخرج الطاعة للشيطان لكن ما فعله قصدا الى الطاعة وانما يكفر بالقصد والكفر عمل القلب لانما خرج فعله فعل معصية فكذلك الاول • واما الكفارة المعهودة بالمال لا تجب عندنا وعند الشافعي يجب احتج بقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما كسبت قلوبكم نفى المواخذة باليمين اللغو في الايمان واثبتها بما كسبه القلب ويمين الغموس مكسوبة القلب فكانت المواخذة ثابتة بها الا ان الله تعالى ابهم المواخذة في هذه الاية ايهاما ثم امر بالكفارة المعهودة لكن فسر في الاخرى ان المواخذة بالكفارة المعهودة وهي قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الاية فعلم ان المراد من المواخذة المذكورة في تلك الاية هذه المواخذة • وبقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الاية اثبت المواخذة في اليمين المعقودة بالكفارة المعهودة ويمين الغموس معقودة لان اسم العقد على عقد القلب وهو العزم والقصد ثم اخذ وبقوله تعالى في اخر الاية ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم جعل الكفارة المعهودة كفارة الايمان على العموم ثم خص منه يمين اللغو فمن ادعى تخصيص الغموس فعليه الدليل معا ان حق ما يراد به الغموس لانه علق الوجوب بنفس الحلف دون الحنث وذلك هو الغموس اذ الوجوب من غيره متعلق بالحنث • ولنا قوله تعالى ان الذين يشترون بعهد الله ثمنا قليلا الاية وروي عن عبد الله بن مسعود عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقطع بها مالا لقي الله تعالى وهو عليه غضبان • وروي عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على منبري هذا بيمين الله تبوا مقعده من النار الاستدلال بالنصوص ان الله جعل موجب الغموس العذاب في الاخرة فمن اوجب الكفارة فقد زاد على النصوص فلا يجوز الا بمثلها وكذا روي عن نبي الرحمة صلى الله عليه وسلم انه قال للمتلاعنين بعد فراغهما من اللعان الله يعلم ان احدهما كاذب فهل منكما تايب دعاهما الى التوبة لا الى الكفارة المعهودة لو كانت واجبة كانت اشد من حاجتهما الى بيان كذب احدهما وايجاب التوبة لان وجوب التوبة بالذنب معرفة كل عاقل بمجرد العقل من غير معرفة السمع والكفارة المعهودة لا تعرف الا بالسمع فلما لم يبين مع ان الحال حال الحاجة الى البيان دل انها واجبة • وكذا الحديث الذي روي في الحضرمي انه مضى لاحدهم في كرنيه الوعيد والتشديد ان ياخذه وهو غير محق في ذلك ثم امرهما بالاستفهام وان تخلل كل واحد منهما صاحبه ولم يبين الكفارة والموضع موضع الحاجة الى البيان لو كانت واجبة فعلم انها غير واجبة • ولان وجوب الكفارة المعهودة حكم شرعي ولا تعرف الا بدليل شرعي وهو النص والاجماع او القياس ولم يوجد واقوى الدلايل في نفي الحكم نفي دليله اما الاجماع فظاهر الانتفا وكذا النص القاطع لان اهل الديانة لا يختلفون في موضع فيه نص قاطع والنص الظاهر واجب العمل به ايضا وان كان لا يجب الاعتقاد قطعا فلا يقع الاختلاف ظاهرا فبقي الاستدلال باليمين المعقودة من شرطه التساوي ولم يوجد لان الذنب في اليمين الغموس اعظم وما صلح لرفع ادنى الذنبين لا يصلح لرفع اعلاهما • وقال اسحاق رحمه الله في يمين الغموس اجمع المسلمون على انه لا تجب الكفارة فيها فقول من يوجبها ابتدا شرع ونصب حكم على الخلق وهو لم يشرك في حكمه احدا ولا حجة له في قوله تعالى ولكن يواخذكم بما كسبت قلوبكم لان مطلق المواخذة في الجنايات يراد بها المواخذة في الاخرة لانها حقيقة المواخذة والجزا فاما المواخذة في الدنيا فقد يكون حدا وتكفيرا فلا يكون مواخذة معنى ونحن به نقول ان المواخذة بيمين الغموس ثابتة في الاخرة ولان قوله يواخذكم اخبار انه يواخذ فاما قضية المواخذة فليس بمذكور فيستدعي نوع مواخذة والمواخذة بالاثم مراده من هذه الاية فلا يكون غيره مراد له اذا • واما قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فالمراد منه اليمين على امر في المستقبل لان العقد هو الشد وقد نذكره العهد وكل ذلك لا يتحقق الا في المستقبل ولان الاية قريت بقرايتين بالتشديد والتخفيف والتشديد لا يحتمل الا عقد اللسان وهو عقد القول والتخفيف يحتمل العقد باللسان والعقد بالقلب وهو العزم والقصد فكانت قراة التشديد محكمة في الدلالة على ان ارادة العقد باللسان وقراة التخفيف محتملة فرد المحتمل الى المحكم ليكون عملا بالقرايتين على الموافقة • والدليل على ان المراد من الاية اليمين على امر في المستقبل انه علق الكفارة فيها بالحلف والحنث عرفناه بقراة عبد الله بن مسعود اذا حلفتم وحنثتم والحنث لا يتصور الا في اليمين على المستقبل وكذا قال الله تعالى واحفظوا ايمانكم وحفظ اليمين انما يتصور في المستقبل لان ذلك حقق البر والوفا بالعهد وانجاز الوعد وهذا لا يتصور في الماضي والحال • واما يمين اللغو فلا كفارة فيها بالتوبة ولا بالمال بلا خلاف بيننا وبين الشافعي لقوله تعالى لا يواخذكم الله باللغو في ايمانكم ادخل كلمة النفي على يواخذ فيدل على انتفا المواخذة فيها بالاثم والكفارة جميعا وانما اختلفا في تفسيرها • واختلف قول من فسرها باليمين على الماضي في وجوب الكفارة فيها على ما بينا ثم الحالف باللغو انما يواخذ في اليمين بالله تعالى واما في اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعتاق فانه يواخذ به حتى يقع الطلاق والعتاق وان كان ظاهر الاية في نفي المواخذة عاما عرفنا ذلك بالخبر والنظر • اما الخبر فقوله ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وذكر الطلاق والعتاق واللاعبي لا يعدوا هذين فدل على ان اللغو داخل في اليمين بالطلاق والعتاق • واما النظر فهو ان الطلاق والعتاق لا يقع معلقا وجزاء ومتى علق بشرط كان يمينا فاعظم ما في اللغو انه يمنع انعقاد اليمين وارتباط الجزا بالشرط فيبقى مجرد ذكر صفة الطلاق والعتاق من غير شرط فيعمل في افادة موجبها بخلاف اليمين بالله تعالى فان هناك اذا الغا المحلوف عليه يبقى مجرد قوله والله فلا يجب به شي فيثبت بما ذكرناه ان المراد بالاية اللغو في اليمين بالله تعالى لا اليمين بغير الله تعالى من الطلاق والعتاق وساير الاجوبة • واما حكم اليمين المعقودة وهي اليمين على المستقبل • فلا يخلوا • اما ان يكون على واجب • واما ان يكون على تركه • واما ان يكون على ترك المندوب • واما ان يكون على ترك مباح فان كان على فعل واجب بان قال والله لاصلين صلاة الظهر اليوم او لاصومن شهر رمضان فانه يجب عليه الوفا به ولا يجوز الامتناع عنه لقوله من حلف ان يطيع الله فليطعه ولو امتنع ياثم ويحنث وتلزمه الكفارة • وان كان على ترك واجب او فعل معصية بان قال والله لا اصلي صلاة الفرض او لا اصوم شهر رمضان او قال والله لاشربن الخمر او لازنين او لاقتلن فلانا او لا اكلم والدي ونحو ذلك فانه يجب عليه للحال الكفارة بالتوبة والاستغفار ثم يجب عليه ان يحنث نفسه ويكفر بالمال لان عقد هذه اليمين معصية فيجب تكفيرها بالتوبة والاستغفار في الحال كساير الجنايات الذي ليس لها كفارة معهودة وعلى هذا يحمل ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من

حلف علي يمين فراي غيرها خيرا منها فليكفر يمينه ثم ليات الذي هو خير اي فليكفر يمينه بالتوبة ثم ليات الذي هو خير اي عليه ان يحنث نفسه لقوله من حلف ان يعصي الله تعالى فلا يعصه وترك المعصية فيحنث نفسه فيها ويكفر بالمال وهذا قول عامة العلما ٭ وقال الشعبي لا يجب الكفارة المعهودة في اليمين علي المعاصي وان حنث نفسه فيها لما روي عن ابي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلف احدكم علي يمين فراي ما هو خير منها فلياته فانه لا كفارة فيها لان الكفارة ما شرعت الا لرفع الذنب والحنث في هذه اليمين ليس بذنب لانه واجب فلا يجب الكفارة لرفع الذنب ولا ذنب ٭ ولنا قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الي قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم من غير فصل بين اليمين علي المعصية وغيرها والحديث المعروف ٭ وهو ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف علي يمين فراي غيرها خيرا منها فليات الذي هو خير وليكفر يمينه ٭ وما روي عن ابي هريرة فقد روي عنه خلاف ذلك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حلف احدكم بيمين ثم راي خيرا مما حلف عليه فليكفر يمينه وليفعل الذي هو خير فوقع التعارض بين حديثه فبقي الحديث المعروف بلا معارض ولان الامة اجمعت علي ان الكفارة لا يمنع وجوبها لعذر في الحانث بل يتعلق بمطلق الحنث سوا كان الحانث ساهيا او خاطيا او نايما او مغما عليه او مجنونا فلا يمنع وجوبها لاجل المعصية ولان الكفارة انما وجبت في اليمين علي المباحات اما لان الحنث فيها يقع خلفا في الوعد ونقضا للعهد لان الحالف وعد ان يفعل ذلك وعهد الله تعالى فاذا حنث فقد صار بالحنث مخلفا في الوعد ناقضا للعهد فوجبت الكفارة ليصير الخلف مكفرا مستورا كانه لم يكن او لان الخلف معه يخرج مخرج الاستخفاف بالاستشهاد باسم الله تعالى من حيث الصورة متى تو بل ذلك بعقده السابق لا من حيث الحقيقة والمسلم لا يباشر المعصية فيقصد المخالفة الله تعالى وارادة الاستخفاف باسمه فوجب عليه التكفير جبرا لما هتك من حرمة الله تعالى صورة لا حقيقة وسترا وكذا كل واحد من الوجهين موجود هنا فيجب ٭ واما قوله شرعت لرفع الذنب فنعم لكن لم قلتم انه لا ذنب قوله الحنث واجب قلنا انه من حيث ترك المعصية لا من حيث انه نقض اليمين التي هي عقد مع الله تعالى بل الحنث من الجهة ذنب فيحتاج الي التكفير بالمال ٭ وان ترك المندوب بان قال والله لا اصلي نافلة ولا اصوم تطوعا ولا اعود مريضا ولا اشيع جنازة ونحو ذلك فالافضل له ان يفعل ويكفر ويكفر عن يمينه بالحديث الذي روينا ٭ وان كان علي مباح تركا او فعلا كدخول الدار ونحوه فالافضل له البر وله ان يحنث ويكفر ٭ والكفارة تجب في اليمين المعقودة علي مستقبل سوا قصد اليمين او لم يقصد عندنا بان كان علي امر في المستقبل وعند الشافعي لا بد من قصد اليمين لتجب الكفارة لما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق والنكاح فيختص هذه الاشيا بالذكر في التسوية بين الجد والهزل فيها دليل علي ان حكم الجد والهزل يختلف من غيرها ليكون التخصيص مفيدا ٭ واما قوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اثبت المواخذة بالكفارة المعهودة في اليمين المعقودة مطلقا عن شرط القصد اذ العقد هو الشد والربط والعهد علي ما بينا وقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم اي حلفتم وحنثتم جعل احد الاشيا المذكورة كفارة الايمان علي العموم عند وجود الحلف والحنث وقد وجد واما الحديث فقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ثلث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق ٭ واما الرواية الاخرى فسكوته عن غير الاشيا المذكورة اذ لا تعرض لغيرها بالنفي ولا الاثبات فلا يصح الاحتجاج به ثم الكفارة المعهودة في اليمين علي المستقبل بوقت وجود الحنث ولا يجب الا بعد الحنث عند عامة العلما بان قال قوم وقته وقت وجود اليمين فيجب الكفارة بعقد اليمين من غير حنث لقوله تعالى ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان وقوله ذلك

كفارة ايمانكم اذا حلفتم وقوله تعالى فكفارته اي فكفارة ما عقدتم من الايمان لان الاضافة تستدعي مضافا اليه وكذا في قوله ذلك كفارة ايمانكم اضاف الكفارة الي اليمين وعلي ذلك نسب الكفارة الي اليمين فقال وكفارة اليمين والاضافة تدل علي السببية من الاصل ٭ وبما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف علي يمين فراي غيرها خيرا منها فليكفر يمينه ثم ليات الذي هو خير والاستدلال من وجهين احدهما انه امر بالتكفير بعد اليمين قبل الحنث ومطلق الامر يحمل علي الوجوب والثاني انه قال فليكفر يمينه اضاف التكفير الي اليمين وكذا في الرواية الاخرى فليات الذي هو خير وليكفر يمينه امر بتكفير اليمين لا بتكفير الحنث فدل ان الكفارة لليمين ولان الله تعالى نهى عن الوعد الا بالثنيا بقوله تعالى ولا تقولن لشي الاية ومعلوم ان ذلك النهي في اليمين كذلك ومعلوم ان ذلك النهي في اليمين اكد واشد فمن حلف علي شي بلا ثنيا فقد صار به عاصيا باثبات ما نهي عنه فيجب الكفارة لرفع ذلك الاثم عنه ٭ ولنا ان الواجب كفارة والكفارة تكون للسيات ومن البعيد تكفير الحسنات بل الحسنات تكفر السيات للنص وعقد اليمين مشروع وقد اقسم رسول الله صلى الله عليه وسلم في غير موضع وكذا الرسل المتقدمة صلوات الله عليهم قال الله تعالى خبرا عن ابراهيم تالله لاكيدن اصنامكم ٭ وقال خبرا عن اولاد يعقوب تالله تذكر يوسف وكذا ايوب عليه السلام وكان حلف ان يضرب امراته فامره الله تعالى بالوفا بقوله وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث والانبيا عليهم السلام معصومون عن الكبائر والمعاصي فدل ان نفس اليمين ليس بذنب ٭ وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلفتم فاحلفوا بالله وقال لا تحلفوا بابائكم ولا بالطواغيت فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليذر امر باليمين بالله تعالى فدل ان نفس اليمين ليس بذنب فلا يجب لتكفيرها وانما يجب للحنث لانه هو المأثم في الحقيقة ومعنى الذنب فيه انه كان عاهد الله تعالى ان يفعل كذا بالحنث يخرج مخرج نقض العهد فيه فياثم بالتقصير لا بالعقد وكذلك قال الله تعالى واوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها ولان عقد اليمين خرج مخرج التعظيم والتبجيل لله تعالى وجعله مفزعا اليه ومانعا عنه فيمتنع ان يجب به الكفارة بحواله وسيرا وتبين بطلان قولهم ان الحالف يصير عاصيا بترك الاستثنا في اليمين لان الانبيا عليهم السلام تركوا الاستثنا في اليمين ولم يجز وصفهم بالمعصية فدل ان ترك الاستثنا في اليمين ليس بحرام وان كان تركه في مطلق الوعد منهيا نهي كراهة فيه وذلك والله اعلم لوجهين احدهما ان الوعد اضافة الفعل الى نفسه بان يقول افعل كذا وكل فاعل يفعله تحت مشية الله تعالى فان فعله لا يتحقق فيه الا بعد تحقيق الله تعالى منه ولا يتحقق منه الاكتساب لذلك الا باقراره فندب الي قرار الاستثنا بالوعد فيوثق علي ذلك ويعصم عن الترك وفي اليمين يذكر الاستشهاد بالله تعالى علي طريق التعظيم لانه استعان بالله تعالى واليه فزع فيتحقق التعظيم الذي يحصل بالاستثنا وزيادة فلا معنى للاستثنا ٭ الثاني ان اليمين شرعت لتاكيد المحلوف عليه خصوصا في البيعة وقرار الاستثنا في مثل ذلك فيبطل المعنى الذي وضع له العقد بخلاف الوعد المطلق ٭ واما الاية فتاويلها من وجهين ٭ احدهما اي يواخذكم بمحافظة بما عقدتم من الايمان والوفا بها كقوله ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فان تركتم فكفارته كذا وكذلك في قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم وتركتم المحافظة الا ترى انه قال واحفظوا ايمانكم والمحافظة تكون بالبر ٭ والثاني ان يكون علي اضمار الحنث اي ذلك يواخذكم بحنثكم فيما عقدتم وكذا قوله ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم اي اذا حلفتم وحنثتم كما في قوله فمن كان منكم مريضا او به اذى من راسه ففدية من صيام او صدقة او نسك معناه فحلق ففدية من صيام ٭ وقوله فان احصرتم فما استيسر من الهدي معناه فتحلل ٭ وقوله ومن كان منكم مريضا او علي سفر فعدة

من ايام اخراي فانظر بعده من ايام اخر لان ظاهر الملفوظ وهو العذر الذي هو سبب التخفيف لا يصلح
سببا للوجوب فصار استعمال الرخصة مضمرا فيه كذلك هنا ولا يصلح اليمين التي هي تعظيم الرب
جل جلاله سببا لوجوب التكفير فيجب اضمار ما هو صالح وهو الحنث • واما اضافة الكفارة الى اليمين
فليست للوجوب بها على ارادة الحنث كاضافة كفارة الفطر الى الصيام واضافة الدم الى الحج والسجود
الى السهو وان لم يكن ما اضيف اليه سببا كذا هذا • واما الحديث فقد روي بروايات يروى
فلياتِ الذي هو خير وليكفر يمينه • وروي فليكفر يمينه وليات الذي هو خير • وروي فليات
الذي هو خير ثم ليكفر يمينه وهو على الروايات كلها حجة عليكم لا لكم لان الكفارة لو كانت واجبة
بنفس اليمين لقال من حلف على يمين فليكفر من غير التعرض لما وقع عليه اليمين انه ماذا ولما امر
بالحنث اذا كان خيرا ثم بالتكفير فلما خص اليمين على ما كان الحنث خيرا من البر بالتقصير والكفارة
علم انها تختص بالحنث دون اليمين نفسها وانها لا تجب بعقد اليمين دون الحنث • واختلف
في جوازها قبل الحنث • قال اصحابنا لا تجوز • وقال الشافعي يجوز التكفير بالمال قبل
الحنث فاما التكفير بالصوم فلا يجوز قبل الحنث اجماعا • وجه قوله انه كفر بعد
وجود سبب الوجوب فيجوز كما لو كفر بالمال بعد الجرح قبل الموت • بيان الدعوى ان اليمين
سبب وجوب الكفارة بدليل ان الكفارة تضاف الى اليمين يقال كفارة اليمين • وقال
الله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم والحكم انما يضاف الى سبب هو الاصل فدل ان اليمين
سبب لوجوب الكفارة فكان هذا تكفيرا بعد سبب الوجوب فيجوز كما في موضع الاجماع • وقد
روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كفر قبل الحنث وذلك لما راى حمزة سيد الشهدا قد مثل به
وجرح جراحات عظيمة اشتد ذلك عليه فاقسم ان كذلك بكذا كذا من قريش فنزل النهي
عن الوفا بذلك فكفر عن يمينه وذلك تكفير قبل الحنث لان الحنث في مثل هذه اليمين لا يتحقق
الا في الوقت الذي لا يحتمل البر فيه حقيقة وذلك عند موته فدل على جواز الكفر قبل
الحنث لان الحنث في مثل هذه اليمين ان هو صلى الله عليه وسلم قد وقع • ولنا ان السبب ما
يكون مفضيا الى المسبب اذ هو في اللغة اسم لما يتوسل به الى الشي واليمين مانعة من الحنث
لكون الحنث خلفا من الوعد ونقضا للعهد • وقال الله تعالى واوفوا بالعهد اذا عاهدتم
ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها الاية ولا تكونوا كالتي نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا
ولكونه استخفافا باسم الله تعالى من حيث الصورة وكل ذلك مانع من الحنث فكان اليمين مانعة
من الوجوب اذ الوجوب شرط الحنث بالاختلاف بيننا فكيف يكون سببا للوجوب ولهذا لم
يجز تعجيل التكفير بالصوم فكذا بالمال بخلاف التكفير بعد الجرح قبل الموت لان الجرح قبل
الموت كونه سببا مفضيا الى فوات الحيوة عادة فكان تكفيرا بعد وجود السبب فجاز • واما
اضافة الكفارة الى اليمين تعلق اضمار الحنث فيكون اليمين بعد الحنث سببا لا قبله و الحنث
يكون سببا والدليل عليه انه سماه كفارة بقوله ذلك كفارة ايمانكم وهي اسم لما يكفر بالذنب
ولا ذنب الا ذنب الحنث فكان المراد منه اذا حلفتم وحنثتم كما رواه ابن مسعود • فان قيل الكفارة
تجب بنفس اليمين اصل الوجوب لكن يجب اداؤها عند الحنث كالزكوة تجب عند وجود النصاب
لكن يجب الادا عند الحول • وقوله عليه السلام لا زكوة في مال حتى يحول عليه لنفي
وجوب الادا لا لنفي اصل الوجوب • فالجواب انه لا وجوب الا وجوب الفعل • فاما وجوب غير
الفعل فامر لا يعقل لما عرف في موضعه على انه لو كان كذلك لجاز التكفير بالصوم لانه صام
بعد الوجوب نعلم ان الوجوب غير ثابت اصلا فان قيل يجوز ان يسمى كفارة قبل وجوبها كما
يسمى ما يعجل من المال زكوة قبل الحول وكما يسمى ما يعجل كفارة بعد الجراحة قبل الموت فلا

حاجة الى الحنث في جوازها فالجواب انه لا خلاف ان الكفارة الحقيقية وهي الكفارة الواجبة
بعد الحنث مرادة بالاية فامتنع ان يراد بها ما يسمى كفارة مجازا الفرضية الوجوب لاستحالة كون اللفظ
الواحد منتظما الحقيقة والمجاز • واما تكفير النبي عليه السلام فذلك في المعنى كان تكفيرا بعد
الحنث لانه كان تكفيرا بعد العجز عن تحصيل البر فيكون تكفيرا بعد العجز الحنث من حيث المعنى كمن
حلف لياتين البصرة فمات تلزمه الكفارة لتحقق العجز بعد الموت وبيان ذلك ان النبي صلى الله
عليه وسلم معصوم عن المعصية والوفا بتلك اليمين معصية اذ هو نهي عن ذلك فكانت يمينه قبل النهي
عن الذي حلف عليه وكانت منعقدة على فعل مباح ولما نهي عليه السلام عن تحصيل ذلك الفعل صار
ذلك معصية صار عاجزا عن البر فصار عاجزا حانثا وان كان ذلك الفعل ممكن الوجود في نفسه فكان
وقت ايأسه وقت النهي لا وقت الموت اما في غيره وقت الناس والعجز حقيقة اذ هو وقت الموت اذ
غيره غير معصوم عن المعاصي فلا يتحقق العجز لتصور وجود البر مع وصف العصيان فهو الفرق والله
اعلم • فصل واما بيان اليمين بالله تعالى على نية الحالف والمستحلف • فقد روى ابو
يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم رحمهم الله انه قال اليمين على نية الحالف اذا كان مظلوما
فاذا كان ظالما فعلى نية المستحلف • وذكر الكرخي ان هذا قول اصحابنا جميعا • وذكر القدوري
انه ان اراد به اليمين على الماضي فهو صحيح لان المواخذة باليمين على الماضي هو الاثم فاذا كان الحالف ظالما كان
اثما في يمينه وان نوى به غير ما حلف عليه لانه يتوصل باليمين الى ظلم غيره • وقد روى ابو امامه عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من اقتطع جوار مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة واوجب له النار
قالوا وان كان شيا يسيرا قال وان كان قضيبا من اراك قالها ثلثا • وروي عن عبد الله بن مسعود
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امري مسلم
لقي الله تعالى وهو عليه غضبان • واما اذا كان مظلوما فهو لا يقتطع بيمينه حقا فلا ياثم بيمينه
وان نوى غير الظاهر • قال فاما اليمين على المستقبل اذا قصد بها الحالف معنى دون معنى فهو على
نيته دون نية المستحلف لانه عقد وهو العاقد يتعقد على ما عقده والله اعلم
فصل واما اليمين بغير الله تعالى فهي في الاصل نوعان احدهما ما ذكرنا وهو اليمين
بالاباء والاصنام والملايكة والصور وساير الشرايع والكعبة والحرام ونحو ذلك ولا يجوز الحلف
بشي من ذلك لما ذكرنا فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا حلفتم فاحلفوا بالله ولو حلف
بذلك لا يعتد به ولا حكم له اصلا • والثاني اليمين بالشرط والجزا • وهذا النوع ينقسم الى قسمين
يمين بالقرب • ويمين بغير القرب • اما اليمين بالقرب فهو ان يقول ان فعلت كذا فعلي صلوة
او صوم او حجة او عمرة او بدنة او هدي او عتق رقبة او صدقة ونحو ذلك • وقد اختلف في حكم
هذه اليمين انه وجوب الوفا بالمسمى بحيث لا يخرج عن عهدته الا به او يخرج عنها بالكفارة مع الاتفاق
على انه يمين حقيقة حتى لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث بلا اختلاف ولوجود ركن اليمين وهو ما
نذكر ووجود معنى اليمين ايضا وهو القوة على الامتناع من تحصيل الشرط خوفا من لزوم المذكور
ونذكر هذا النوع في كتاب النذر ان شا الله تعالى لان هذا التصرف يسمى ايضا نذرا معلقا بالشرط
لوجود معنى النذر وهو التزام القربة عند وجود الشرط • واما اليمين بغير القرب فهو الحلف
بالطلاق والعتاق فلا بد من بيان ركنه • وبيان شرايط الركن • وبيان حكمه • وبيان ما يبطل به
اما الركن فهو ذكر شرط وجزا مربوط بالشرط معلق به فلا بد من معرفة المسمى بالشرط والجزا
ومعرفة معناهما • اما الشرط فلا دخل فيه حرف من حروف الشروط وحروفه ان واذا واذا ما
ومتى ومتى ما ومهما واشيا اخر يذكرها اهل النحو واللغة واصل حروفه ان الحقيقة وغيرها داخل
عليها لانها لا تستعمل الا في الشرط وما سواها من الحروف يستعمل فيه وفي غيره وهو الوقت وهذا

اماره الاصالة والتبعية وذكر الكرخي مع هذه الحروف كلما وعدها من حروف الشرط وانها ليست
بشرط في الحقيقة واهل اللغة لم يعدوها من حروف الشروط لكن فيها معنى الشرط وهو توقف الحكم
على وجود ما دخلت فيه عليه لذلك سماها شرطا . وفي قوله كل امراة اتزوجها فهي طالق وقوله
كل عبد اشتريه فهو حر انما توقف الطلاق والعتاق على التزوج والشرا لا على طريق التعليق بالشرط بل
لانه اوقع الطلاق والعتاق على امراة متصفة بانه زوجها او على عبد متصف بانه اشتراه ويحصل
الاتصاف بذلك عند التزوج والشرا . واما معنى الشرط فهو العلامة ومنه اشراط الساعة
اي علاماتها ومنه الشرطي والشراط والمشترط فسمي ما جعله الحالف علما لنزول الجزا شرطا حتى
لو ذكره لمقصود اخر لا يكون شرطا على ما نذكر . واما المسمى بالجزا مما دخل فيه حرف من حروف التعليق
وهي حرف الفا اذا كان متاخرا في الذكر عن الشرط كقوله ان دخلت الدار فانت طالق فاما اذا كان الجزا
متقدما فلا حاجة الى حرف الفا بل يتعلق بالشرط بدون حرف التعليق لانه قد تعقب قوله انت طالق
فاستانه يمين فيخرج به تخريجه من ان يكون تطليقا الى كونه يمينا وتعليقا فلا حاجة في مثل هذا الى
حرف التعليق بخلاف حروف الشرط فانها لازمة للشرط سوا تقدم ذكرها على الجزا او تاخر وانما اختصت
الفا بالجزا لانها حرف يقتضي التعقيب من غير تراخي كقول القايل جاني زيد فعمرو والجزا يتعقب الشرط
بلا تراخي . واما معنى الجزا فجزا الشرط ما علق بالشرط ثم قد يكون مانعا من تحصيل الشرط اذا كان
الشرط مرغوبا فيه لوخامة عاقبته وقد يكون حاملا على تحصيله لحسن عاقبته لكن الحمل والمنع من
الاغراض المطلوبة من اليمين ومن ثمراتها بمنزلة الربح بالبيع والولد بالنكاح فانعدامها لا يخرج
التصرف عن كونه يمينا كانعدام الربح والولد لان وجود التصرف بوجود ركنه لا بحصول المقصود
منه كوجود البيع وغيرهما وركن اليمين هما شرط الشرط والجزا فاذا وجدا كان التصرف يمينا من غير مراعاة
ولان المرجع في معرفة الاسامي الى اهل اللغة وانهم يسمون الشرط والجزا يمينا من غير مراعاة معنى المنع
والحمل دل ان ذلك ليس بشرط لوقوع التصرف يمينا . وبيان هذه الجملة في مسايل اذا قال لامراته ان
دخلت الدار فانت طالق او قال لعبده ان دخلت الدار فانت حر او قال اذا او اذ ما او متى او حيثما او مهما
كان يمينا لوجود الشرط والجزا حتى لو حلف لا يحلف فقال ذلك يحنث . ولو قال انت طالق غدا او راس
شهر كذا لا يكون يمينا لانعدام حرف الشرط بل هو اضافة الطلاق الى الغد والشهر لانه جعل الغد والشهر
طرفا لوقوع الطلاق لان معناه في غد وفي شهر ولا يكون ذلك طرفا لوقوع الطلاق الا بوقوع الطلاق
ولو قال اذا جا غد فانت طالق او قال اذا مضى غد او اذا اهل رمضان او اذا ذهب شهر رمضان
او اذا خرج شهر رمضان او اذا طلعت الشمس او غربت كان يمينا وعند الشافعي يكون يمينا لانعدام
معنى اليمين وهو المنع وهو الحمل اذ لا يقدر الحالف على الامتناع في مجي الغد ولا على الاتيان به فلم
يكن يمينا بخلاف دخول الدار وكلام زيد ولانا في وجوده في المستقبل خطر وهو ان يكون مما يجوز
ان يوجد وعكسه والغد ياتي لا محالة فلا يصلح شرطا فلم يكن يمينا . ولنا انه وجد ذكر شرط وجزا
معلق بالشرط فكان يمينا ومعنى المنع او الحمل من اعراض اليمين وثمراتها وحقايق الاسامي تتبع
حصول المسميات بذواتها وذلك باركانها لا بمقاصدها المطلوبة منها على ما بينا . واما قوله
ان الشرط في وجوده الى اخره ممنوع ان هذا من شرط كونه شرطه بل من شرطه ان يكون جايز الوجود
في المستقبل ونعني به ان لا يكون مستحيل الوجود وقد وجدها هنا فكان التصرف التصرف يمينا
جواب ثاني ان جواز العدم ان كان شرطا فهو موجود هنا لان مجي الغد ونحوه ليس
مستحيل العدم حقيقة لجواز قيام الساعة في كل لحظة كما قال الله تعالى وما امر الساعة الا كلمح
البصر او هو اقرب وهذا لان الساعة وان كان لها شرايط لا تقوم الا بعد وجودها ولم يوجد شي
من ذلك في يومنا هذا فيقع الامن عن قيام الساعة قبل مجي الغد ونحوه لكن هذا يوجب الامن عن

من الشرط صح

القيام اما لا يمنع تصور القيام في نفسه لان خبر الصادق عن امر انه لا يوجد يقتضي ان لا يوجد اما لا
يقتضي ان لا يتصور وجوده في نفسه حقيقة . ولهذا قلنا ان خلاف المعلوم يتعلق به التكليف وان كان
لا ثم كان مجي الغد جايز العدم في نفسه لا مستحيل العدم فكان شرط كونه شرطا وهو جواز العدم
حقيقة موجودا فكان يمينا . ولو قال لامراته انت طالق ان شيت او اردت او احببت او رضيت
او هويت لم يكن يمينا حتى لو حلف لا يحلف لا يحنث بهذا لما ذكرنا ان الشرط معناه العلامة وهو ما
جعله الحالف علما لنزول الجزا والحالف هنا وهو ما جعل قوله ان شيت علما لوقوع الطلاق بل
جعلها لتمليك الطلاق منها كانه قال ملكتك طلاقك او قال لها اختاري وامرك بيدك الا ترى انه
اقتصر على المجلس وما جعل علما لوقوع الطلاق فيقتصر على المجلس كقوله انت طالق ان دخلت الدار وان
كلمت فلانا وهذا لان العلم المحض ما دل على حصول الطلاق فحسب . واما يتعلق به وجوده فانه
لا يكون علما بل يكون علة لحصوله والمشية مما حصل به الطلاق بدليل ان الزوج لو قال
لامراته شيت طلاقك فطلقي فاذا لم يوجد معنى الشرط لم تكن المشية المذكورة طلاقا فلم
يوجد احد ركني اليمين وهو الشرط فلم يوجد اليمين فلا يحنث . وكذلك لو قال لها انت
طالق ان شيت انا لم يكن يمينا حتى لا يحنث اذا حلف لا يحلف . ولو قال لها اذا حضت وطهرت
فانت طالق لم يكن يمينا لان الحالف ما جعل هذا الشرط علما لنزول الجزا بل جعله ايقاع الطلاق
على وجه السنة لان مثل هذا الكلام يذكر لهذا عادة كانه قال انت طالق للسنة وكذا اذا قال
اذا حضت وطهرت حيضة فانت طالق لان الحيضة اسم للكامل فصار بمنزلة قوله اذا حضت
وطهرت فانت طالق وما زاد على هذا يعرف في الجامع . ولو حلف لا يحلف فقال كل امراة لي تدخل هذه
الدار فهي طالق او قال لامراته كلما دخلت هذه الدار فانت طالق يحنث لا لوجود تعليق الطلاق بالدخول
لتعذر التعليق لانعدام حرفه بل لضرورة وجود الاتصاف على ما بينا والتعليق بالدخول طرف
في وجود الاتصاف فصار من حيث انه معلق بواسطة الاتصاف تسمية الشرط لا ان يكون شرطا
ثم في كلمة كل اذا دخلت هذه فطلقت ثم دخلت ثانيا لم تطلق وفي كلمة كلما تطلق كل مرة تدخل
وانما كان كذلك لان كلمة كل كلمة عموم واحاطة لما دخلت عليه وفي المسلة الاولى دخلت في
التعيين وهي المراة لا في الفعل وهو الدخول فاذا دخلت به مرة فقد انحلت اليمين فلا يحنث
بدخولها ثانيا واما في المسلة الثانية فانما دخلت الكلمة على فعل الدخول لان ما بعدها من
الفعل مصدر لغة يقال يعجبني ما قلت واعجبني ما صنعت اي قولك وصنعك فصارت
الكلمة داخلة على المصدر لا على من وقع عليه المصدر فيقتضي تعميم المصدر قال
الله تعالى كلما نضجت جلودهم بدلناهم جلودا غيرها فيجدد التبديل عند تجدد النضج
وان كان المحل متحدا فصار الطلاق متعلقا بكل دخول وقد وجد الدخول في المرة الثانية
والثالثة فطلقت ثلاثا فلو انها تزوجت بزوج اخر بعد ذلك فتزوجها الاول فدخلت
الدار لا يقع الطلاق خلافا لزفر وقد ذكرنا المسلة في كتاب اليمين ولو عقد اليمين على التزوج
بكلمة كلما فطلقت ثلاثا فكل زوج تزوجها بعد زوج اخر طلقت لانه اضاف الطلاق الى الملك
والطلاق المضاف الى الملك يتعلق بوجود الملك بخلاف الدخول . ولو قال لامراته انت
طالق لو دخلت الدار كان يمينا كما لو قال ان دخلت او اذا دخلت لان كلمة لو تذكر لوقت
المذكور على ما وجد وجود ما دخلت عليه قال الله تعالى ولو كنت فظا غليظ القلب الاية
وقال ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه فكانت في معنى الشرط الوقت الجزا على وجود الشرط
وان لم يكن شرطا . ولو قال انت طالق لو حسن خلقك سوف اراجعك لم يكن يمينا ويقع
الطلاق الساعة لان لو ما دخلت على الطلاق وانما دخلت على وقت الرجعة فيقع الطلاق

الطلاق صح

في الحال كما لو قال انت طالق ان حسن خلقك راجعتك وكذا لو قال انت طالق لو قدم ابوك
راجعتك كما لو قال انت طالق ان دخلت الدار راجعتك وهذا كله ليس بيمين بل هو عدة
وروى بن سماعة عن ابي يوسف اذا قال لامراته انت طالق لو دخلت الدار لطلقتك لم
تطلق الساعة وان دخل الدار لم تطلق حتى يطلقها فان لم يطلقها طلقت قبل موته او موتها
بلا فصل لان هذا رجل حلف بطلاق امراته ليطلقها اذا دخلت الدار فان لم يطلقها فهي طالق
كانه قال طلقتك اذا دخلت فان دخلت الدار ولم اطلقك فانت طالق ولو قال ذلك لم تطلق
للحال واذا دخلت الدار ولم يطلقها حتى مات او ماتت طلقت في اخر جز من اجزا الحيوة لفوات
شرط البر في ذلك الوقت فيقع الطلاق ذلك الوقت كما لو قال لها انت طالق ان لم ات البصرة
فمات قبل ان ياتيها كذا هذا • ونظيره اذا قال لامراته عبدي حر لو دخلت لاضربنك معناه لو
دخلت لاضربنك اذا دخلت الدار فان دخلت ولم اضربك فعبدي حر • وروى المعلى عن محمد
اذا قال لامراته انت طالق لولا دخولك الدار وانت طالق لولا مهرك علي او انت طالق لولا شرفك
هذا كله استثنا ولا يقع عليها الطلاق ومعناه انه في معنى الاستثنا من حيث انه يمنع وقوع الطلاق
كالاستثنا يمنع ثبوت الملك الحكمي في المستثنى • والاصل ان هذه الكلمة تستعمل في امتناع الشي
لوجود غيره قال الله تعالى ولولا ان يكون الناس امة واحدة الاية ولولا رهطك لرجمناك ويقال
في العرف لولا المطر لجيتك فصار معنى هذا الكلام لولا دخولك الدار وكذا لو قال يقع عليها الطلاق
وكذا لو قال طلقتك لولا دخولك الدار وكذا لو قال لولا دخولك الدار فقد طلقتك امس لولا دخولك
الدار اي لولا دخولك الدار امس لطلقتك • وقال بن سماعه سمعت ابا يوسف يقول في رجل قال
لامراته انت طالق ان دخلت الدار فهذا بخبر انه دخل الدار واكد ذلك باليمين كانه قال انت طالق
ان لم اكن دخلت الدار فان كان لم يدخل طلقت وان كان قد دخل لم تطلق لان هذا ليس بشرط بل هو
خبر عن الماضي اكده باليمين فان كان كاذبا طلقت وان كان صادقا لم تطلق • ولو قال انت طالق
لا دخلت الدار فهذا مثل قوله انت طالق ان دخلت الدار فلا تطلق حتى يدخل لان لا حرف نفي
اكده بالحلف فكانه نفى دخولها واكد ذلك بتعليق الطلاق بدخولها • ولو قال انت طالق
دخلت الدار فانها تطلق الساعة لان قوله دخلت ليس بتعليق بل هو اخبار عن دخولها الدار
لانه جعل الدخول علة لكنه حذف حرف العلة وسوا كانت دخلت الدار او لم يدخل يقع الطلاق
لان التعليل معا لم يوجد لا يمنع وقوع الطلاق لان العلة لم يصح وبقي الايقاع صحيحا • وروى
ابن سماعة عن محمد في رجل قال لامراته انت طالق وان دخلت الدار فهي طالق الساعة لما نذكر
ولو قال انت طالق الساعة وان دخلت الدار كانت طالقا الساعة واحدة واذا دخلت الدار
اخرى لانه طلقها تطليقة الساعة وعطف الشرط عليها بلا جزا فيضمر فيه الجزا فيصير كانه قال
انت طالق الساعة وطالق ان دخلت الدار يقع في الحال واحدة وبعد الدخول اخرى • ولو قال
انت طالق لدخولك الدار فهي طالق الساعة واحدة لانه اوقع الطلاق ثم جعل الدخول المقدم
علة لايقاع الطلاق ومن اوقع الطلاق لعلة وقع وجدت العلة او لم توجد لما بينا • وكذا لو
قال انت طالق لحيضك ولو قال بحيضك او في حيضك او بدخولك او في دخولك
لم تطلق حتى تحيض او يدخل لان البا حرف الصاق فيقتضي الصاق الطلاق بالحيضة والدخول
فيتعلق بها وفي حرف ظرف دخلت على ما لا يصلح ظرفا فيجعل شرطا لمناسبة بينهما وقد ذكرنا
هذا في كتاب الطلاق • وذكر محمد في الجامع اذا قال لامراته ان دخلت الدار انت طالق تطلق
في القضا حين تكلم به • وجملة الكلام في هذا ان الامر لا يخلو اما ان قدم الشرط او اخر فان قدم
فهو على اربعة اوجه • اما ان قال ان دخلت الدار انت طالق • او قال ان دخلت الدار فانت

طالق

طالق • او قال ان دخلت الدار وانت طالق • او قال ان دخلت الدار انت طالق وان اخر الشرط
فهو على ثلثة اوجه • اما ان يكون قال انت طالق ان دخلت الدار • او قال وانت طالق وانت دخلت
الدار • او قال انت طالق فان دخلت الدار انت طالق فالجواب ما ذكره محمد انها تطلق
في القضا حين تكلم به لانه ما علق الطلاق لانعدام حرف التعليق وهو حرف الفا فكان منجزا
لا تعليقا وان عنى به التعليق دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه عنى ما يحتمله كلامه بجواز اضمار حرف
الفا في الجزاء • قال القايل

من يفعل الحسنات يشكرها • والشر بالشر عند الله مثلان •

اي فالله يشكرها ولا يدين في القضا لانه خلاف الظاهر وهذا جواب ظاهر الرواية • وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف انها لا تطلق حتى تدخل الدار وجهه انه يحذف حرف الجزا تصحيحا
للشرط اذ لم يحذف للغا • ولو قال ان دخلت الدار وانت طالق تطلق في الحال لانعدام حرف
التعليق اذ الواو غير موضوعة للتعليق وان عنى به التعليق لا يصدق في القضا ولا فيما بينه
وبين الله تعالى لانه نوى ما لا يحتمله الكلام لان الواو لا تحتمل التعليق • ولو ادرج فيه الفا
يصير تقدير الكلام ان دخلت الدار وانت طالق وهذا لغو • ولو قدم واخر لا يستقيم
ايضا لانه يصير كانه قال وانت طالق ان دخلت الدار والواو لا يبتدا بها وما يذكره اهل
اللغة ان الواو قد تكون للاستيناف فمرادهم ان يبتدا كلام بعد كلام بعد تقدم جملة مفيدة
من غير ان تكون الجملة الثانية تساوي الاولى • واما ابتدا الكلام من غير ان يتقدم شي بالواو
فغير موجود ولا جايز • وان قال وان دخلت الدار انت طالق طلقت للحال لانعدام دلالة التعليق
وحرفه على ان الواو في مثل هذا يذكر للتحقيق كما يقال لا اسافر وان كان الطريق مخوفا • ولو نوى
التعليق لا يصدقه القاضي لانه عدول عن الظاهر ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى ما
يحتمله كلامه لانه اضمار حرف الفا فصار كانه قال وان دخلت الدار فانت طالق ويلغو الواو • وهذا
اذا قدم الشرط • فاما اذا اخر فقال انت طالق ان دخلت الدار لا تطلق ما لم يدخل الدار لانه عقب
الايجاب واخرجه عن كونه ايجابا الى كونه يمينا فلا حاجة في مثل هذا الى حرف التعليق • ولو قال انت
طالق وان دخلت الدار فهي طالق حين تكلم لان هذا يوجب التاكيد لما بينا يدل عليه قوله عليه
السلام من قال لا اله الا الله دخل الجنة وان زنى وان سرق • ولو قال عنيت به التعليق لا
يصدق في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى لما ذكرنا ان الواو لا يحتمل التعليق • وذكر الكرخي
انه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان الواو يجعل زيادة كما في قوله تعالى حتى اذا فتحت
ياجوج وماجوج الى ان قال واقترب الوعد الحق معناه اقترب الوعد الحق والواو زايدة لان قوله
اقترب جواب حتى اذا والجواب عن هذا ان الواو في كلام العرب وهي زايدة في موضع يصلح
للعطف او التحقيق فلا يمكن ان يجعل هنا زايدة على انا نقول كثير من محققي اهل اللغة جعلوا الواو
زايدة في موضع ما وكانوا يقولوا تقدير الاية حتى اذا فتحت ياجوج وماجوج وهم من كل حدب
ينسلون فيجيب واقترب الوعد الحق فكانت الواو للعطف على الجواب المضمر • ولو قال انت
طالق فان دخلت الدار لا رواية لهذا الفصل • وللقايل ان يقول تطلق للحال لان الفا صارت فاصلة
لانها كانت لغوا واللغو من الكلام يجعل بمنزلة السكوت • وللقايل ان يقول يتعلق الطلاق
بالدخول لان الفا وان كانت يستغنى عنها في الحال على انها في الجملة حرف تعليق فلا يجوز ان يجعل
مانع من التعليق من جهة الاستصحاب • ولو قال انت طالق ان ولم يذكر فعلا هل يتعلق ام لا ذكر
هذه المسلة في ظاهر الرواية والنوادر على قول محمد يقع الطلاق للحال لانه لم يذكر ما يتعلق به
وعلى قول ابي يوسف لا يقع الطلاق للحال لانه لما ذكر حرف الشرط علم انه لم يرد به التعليق وانما اراد

به اليمين والتعليق ● ولو قال لامرأته انت طالق في الدار او في مكة الاصل فيه ان كلمة في كلمة ظرف فان دخلت على ما يصلح ظرفا حمل على حقيقتها وان دخلت على ما لا يصلح ظرفا تجعل مجازا عن الشرط لمناسبة بين الظرف والشرط ● ثم الظرف نوعان ظرف زمان وظرف مكان فان دخلت على المكان وقع الطلاق في ذلك المكان وفي غيره بان قال لامرأته انت طالق في الدار او في مكة وان لم تكن المرأة في الدار ولا في مكة لان الطلاق لا يختص بمكان دون مكان فاذا وقع في مكان وقع في الاماكن كلها وان دخلت على الزمان فان كان ماضيا يقع الطلاق في الحال نحو ان يقول انت طالق في امس او في العام الماضي لان انشاء الطلاق في الزمان الماضي لا يتصور فيجعل اخبارا او تلغوا الاضافة الى الماضي ويبقى قوله انت طالق فيقع في الحال وكذا اذا كان حاضرا فان قال انت طالق من هذا الوقت او في هذه الساعة يقع في الحال وان كان مستقبلا لا يقع حتى يأتي بان قال انت طالق في ساعة غد او في الشهر الآتي لان الطلاق يحتمل الاختصاص بوقت دون وقت فاذا جعل الغد ظرفا له لا يقع قبله ● ولو قال انت طالق في دخولك الدار او في قيامك او في قعودك يتعلق بهذه الافعال لان الفعل لا يصلح ظرفا ويصلح شرطا فيحمل الكلمة على الشرط مجازا وكذلك لو قال انت طالق في ذهابك الى مكة لان الذهاب فعل وكذا اذا قال بذهابك لان الباء حرف الصاق الطلاق بالذهاب وذلك بتعلقه به فيتعلق به ● ولو قال انت طالق في الشمس وهي في الظل كانت طالقا لان الشمس لا تصلح ظرفا للطلاق ولا شرطا فاما ان يلغوا واراد مكان الشمس والطلاق لا يحتمل التخصيص بمكان دون مكان ● ولو قال انت طالق في صومك كانت طالقا حين يطلع الفجر اذا نوت الصوم لان الصوم فعل وهو الامساك وانه لا يصلح ظرفا فيجعل المذكور مجازا عن الشرط والفعل يصلح شرطا واذا وجدت اول الجزء وجدت مع النية في وقته من اهله فيوجد الصوم الشرعي فيوجد الشرط فيقع الطلاق ولو قال انت طالق في صلوتك لم تطلق حتى تركع وتسجد سجدة لان الصلوة فعل ايضا فلا يصلح ظرفا كالصوم الا انها اسم لافعال مختلفة لا ينطلق عليه الا بوجود بعضها كالابلق المركب عن السواد والبياض والسكنجبين المركب عن السكر والخل ونحو ذلك فما لم يوجد الافعال التي وصفنا لا ينطلق عليها اسم فعل الصلاة فلا يحنث بالشروع بخلاف الصوم فانه اسم لافعال متفقة متجانسة ينطلق اسم كله على بعضها لغة كاسم الماء كما ينطلق على ماء البحر ينطلق على قطرة منه فكان الامساك في اول الجزء امساكا حقيقة فيقع الطلاق بمجرد الشروع فهو الفرق بينهما ● ولو قال انت طالق في حيضك او في طهرك فان كان موجودا وقع والا فلا ويتوقف على وجوده فان المراد منه وقت الحيض والطهر او في الوقت الذي يكون حائضا او طاهرة فيه ● ونظير هذه المسائل ما ذكره محمد اذا قال انت طالق في ثلثة ايام طلقت حين تكلم ● ولو قال انت طالق في اكلك هذا الرغيف لا يقع الطلاق ما لم يفرغ من اكله جميعه والفرق ان المسئلة الاولى دخلت كلمة الظرف على الزمان وهو يصلح ظرفا فجعل وقت الطرق وقتا الوقت ظرفا لكونها طالقا ولا يكون كذلك الا اذا وقع الطلاق في اوله وفي الثانية علق الطلاق لان الفعل رحمه الله

ويبتني على قول ابي حنيفة ان لا يصح الاستثناء ويقع الطلاق في الفصلين بناء على اصله فيمن قال لامرأته انت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله ● ومنها ان لا يدخل بين الشرط والجزاء حايل فان دخل لم يكن يمينا وتعليقا بل يكون منجزا وعلى هذا يخرج ادخال النداء في وسط الكلام انه يكون فاصلا مانعا من التعليق اولا ● وجملة الكلام فيه ان النداء انواع ثلثة نداء بالقذف بان يقول يا زانية ونداء بالطلاق بان يقول يا طالق ● ونداء بالعلم بان يقول يا زينب او يا عمرة وكل واحد من الانواع الثلثة على ثلثة اوجه اما ان ذكر النداء في اول الكلام واما ان ذكره في وسطه ● واما ان ذكره في اخره وكل ذلك ينقسم الى قسمين ● اما ان علق بشرط وهو دخول الدار ونحوه ● واما بجزء

في الجامع صح

وادخل

وادخل فيه الاستثناء فقال ان شاء الله ● اما النداء بالقذف اذا ذكره في اول التعليق بالشرط لا يمنع من التعليق ويكون قذفا صحيحا بان قال لامرأته يا زانية انت طالق ان دخلت الدار وان كان موضوعا للنداء لكنه وصف لها بالزنا من حيث المعنى لانه اسم مشتق من المعنى وهو الزنا والاسم المشتق من معنى يقتضي وجود ذلك المعنى لا محالة كساير الاسماء المشتقة من المعاني من المتحرك والساكن ونحو ذلك سواء كان الاسم موضوعا للنداء او غيره فصار وصفه اياها بالزنا ونسبة الزنا اليها قاذفا لها بالزنا وهي زوجته وموجب قذف الزوجات اللعان عند استجماع شرايط اللعان ثم صار معلقا طلاقها بدخول الدار بقوله انت طالق ان دخلت الدار فيتعلق به وهذا لانه ناداها للتنبيه لسماع كلامه فلما تنبهت خاطبها باليمين وهي تعليق طلاقها بدخول الدار ● وكذا لو قال يا زانية انت طالق ان شاء الله صار قاذفا لما قلنا ولا يقع الطلاق لدخول الاستثناء فيه ● ولو بدأ بالنداء في الطلاق فقال يا طالق انت طالق ان دخلت الدار وقع الطلاق بقوله يا طالق لانه وصفها بالطلاق فيقتضي تقدم ثبوت الطلاق على وصفه اياها لضرورة صحة الوصف ويتعلق طلاق اخر بدخول الدار لما ذكرنا في الفصل الاول وكذا لو قال يا طالق انت طالق ان شاء الله يقع الطلاق بقوله يا طالق ولم يقع الثاني لدخول الاستثناء عليه ● ولو بدأ بالنداء بالعلم فقال يا عمرة انت طالق ان دخلت الدار لا يقع شيء ويتعلق الطلاق بالدخول لانه يبدأ به بالعلم تنبيها لسماع كلامه ثم علق طلاقها بالدخول وكذا لو قال يا عمرة انت طالق ان شاء الله لا يقع شيء لما ذكرنا وهذا اذا بدأ بالنداء اما بالقذف او بالطلاق او بالعلم ● اما اذا اتى بالنداء في وسط الكلام في التعليق بالشرط بان قال لها انت طالق يا زانية ان دخلت الدار ● فقد روى ابن سماعة عن محمد انه لا يصير فاصلا ويتعلق الطلاق بدخول الدار ويصير قاذفا ويجب اللعان وكان ابو يوسف يقول بهذا القول ثم رجع وقال يقع الطلاق في الحال ولا يصير قاذفا حتى لا يجب اللعان وذكر محمد في الجامع ان الطلاق يتعلق بدخول الدار ولا يصير النداء فاصلا بين الشرط والجزاء مانعا من التعليق ولا يصير قاذفا ولا يجب اللعان ● قال الشيخ ما ذكره ابن سماعة عن محمد هو قوله الاخير وما ذكره محمد في الجامع هو قول ابي حنيفة فحصل في المسئلة ثلثة اقوال على قول ابي حنيفة يتعلق القذف ويبطل في نفسه ويتعلق الطلاق ● وعلى قول محمد يتعلق الطلاق ولم يتعلق القذف بل يتحقق للحال ● وعلى قول ابي يوسف يتعلق القذف فيبطل ولم يتعلق الطلاق بل يتنجز ● وجه قول ابي يوسف انه لما ذكر قوله ان دخلت الدار عقيب قوله يا زانية فقد علق القذف بالشرط والقذف لا يتعلق بالشرط لانه وصف الشخص بالزنا كقولنا قائمة وقاعدة انه وصف لها بالقيام والقعود ووصف الشيء بصفة يكون اخبارا عن وجود الصفة فيه والاخبار مما لا يتعلق بالشرط حتى يكون صادقا عند وجوده كاذبا عند عدمه ويخبرا عند وجوده غير مخبر عند عدمه واذا لم يتعلق بقي لغوا فصار حايلا بين الشرط والجزاء فنزل الجزاء لكن مع هذا لا يصير قاذفا لانه قصد تعليق القذف بالشرط ومن قصد تعليق شيء بشرط لا يكون مثبتا للحال فلم يصر قاذفا للحال وعند وجود الشرط ايضا لا يصير قاذفا لانه لم يتعلق به حتى ينزل عند وجوده ● وجه ما روى ابن سماعة عن محمد ان قوله يا زانية وان لم يتعلق ولكنه مع هذا لا يصير لغوا لانه لتأكيد الخطاب الموجود بقوله انت طالق فصار هو كذا لها الخطاب فالتحق به فصار كأنه قال انت يا زانية طالق ان دخلت الدار فيتعلق الطلاق بالدخول ويبقى العدم محسا الا ترى لو قال انت طالق يا عمرة ان دخلت الدار صح التعليق ولم يجعل قوله يا عمرة فاصلا كذا هذا ● وجه قول ابي حنيفة ان تعليق الطلاق بالشرط قد صح لما في كلام محمد والقذف لم يتحقق لانه ذكر عقيب الشرط والقذف متى علق بالشرط لا يقصد الانسان تحقيقه للحال ولا ما بعد وجود الشرط على ما مر ● وكان القاضي الجليل تعليق القذف بالشرط يكون متعمدا القذف كما يقول الرجل ان صدق كذا فامرأته زانية او امه زانية يريد

بذلك تبعيد الفعل ولن يتحقق الفعل الا بتبعيد الانصاف بالزنا عن امراته وامه وبمثل هذا يحصل
الوصف بالاحصان دون الوصف بالزنا ◦ وكذلك لو قال انت طالق يا زانية ان شا الله فهو على هذا
الخلاف ◦ ولو كان النداء بالطلاق بان قال انت طالق يا طالق ان دخلت الدار فهذا ايضا على هذا الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد الا ان ابا حنيفة يفرق بين هذا وبين النداء بالزنا بقوله يا زانية ويقول يقع
الطلاق منجزا بقوله انت طالق ولا يتعلق في حق الدار ويصير قوله يا طالق فاصلا ووجه
الفرق ان قوله يا طالق وان كان ندا فهو ايقاع الطلاق فكان قوله انت طالق يا طالق ايقاعا عقيب ايقاع
من غير عطف البعض على البعض والشرط اتصل باجزاء الايقاع دون النازل منهما فبقي الاول منجزا بخلاف قوله
يا زانية فانه ندا وما اكد الما بعده من تاء الخطاب لا ايقاع فلم يتعلق به فلم يصر حايلا فلم يمنع من تعلق
الشرط بالجزاء ◦ ولو قال انت طالق يا طالق ان شا الله فهذا ايضا على ما ذكرنا من الخلاف بينهم والفرق
لابي حنيفة بين هذا وبين قوله انت يا زانية ان شا الله ولو كان الندا بالعلم بان قال انت طالق يا عمرة ان
دخلت الدار فهنا يتعلق الطلاق بالشرط بالاجماع ◦ وابو يوسف يحتاج الى الفرق بين هذا وبين قوله
يا زانية والفرق ان قوله يا عمرة لا يفيد الا ما يفيده قوله انت فكان تاكيدا له فالتحق به فلم يصر فاصلا
واما قوله يا زانية ففيه زيادة امر لا يفيد تاء الخطاب وهو اثبات صفة الزنا ويتعلق به شرعا حكم وهو
الحد او اللعان في الجملة ولا يمكن ان يجعل تكرارا للتاء الموضوعة للخطاب فكان معتبرا في نفسه فلم يصر
ملحقا بتاء الخطاب فبقي فاصلا فاما فيما عرفته فبخلافه على ما مر ◦ ولو قال انت طالق يا عمرة ان شا الله
لا يقع الطلاق لما مر ◦ هذا اذا اتى بالندا في اول الكلام او في وسطه ◦ فاما اذا اتى به في اخر الكلام
فاما بالندا في الزنا بان قال انت طالق ان دخلت الدار يا زانية فان الطلاق يتعلق بالدخول ثم زاد ها بعد
ذلك فصار قاذفا ولم يوجد بعد القذف شرط ايضا لانه قصد تعليق القذف بعد تحققه ◦ وكذا في
قوله انت طالق ان شا الله يا زانية بطل الطلاق وحق القذف ◦ وفي قوله انت طالق ان دخلت الدار
يا طالق تعلق الاول بالدخول ووقع بقوله يا طالق طلاقا لدخول الشرط في الاول دون قوله يا طالق
وكذا لو قال انت طالق ان شا الله يا طالق وكذا في قوله انت طالق ان دخلت الدار يا عمره فهذا رجل
علق الطلاق بدخول الدار ثم زاد ها ونبهها بالندا على اليمين والخطاب فصح التعليق وكذا لو قال
انت طالق ان شا الله يا عمرة لا يقع شيا لما مر ◦ قال ابو حنيفة ولو قال لامراته ولم يدخل بها
انت طالق يا زانية ثلثا فهي ثلث ولا حد ولا لعان ◦ وقال ابو يوسف هي طالق واحدة وعليه الحد
ابو حنيفة لم يفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها لان قوله يا زانية ندا فلا يفصل بين العدد وهو قوله ثلاثا
وبين اصل الايقاع وهو قوله انت طالق واذا لم يفصل فيتوقف الوقوع على اخر الكلام وهو قوله ثلاثا
فيلبين فلا يمكن الحاق اللعان بعد البينونة ◦ وابو يوسف يقول ان قوله يا زانية يفصل بين الايقاع والعدد
فبانت بقوله انت طالق فصادفها قوله يا زانية وهي اجنبية فيجب عليه الحد ويلغو قوله ثلثا قال
ابو يوسف ولا يشبه هذا المدخول بها اذا قال لها انت طالق يا زانية ثلثا انها تبين بثلاث ولا حد ولا لعان
لانا وان اعتبرنا قوله يا زانية فاصلا فانه لا يمنع الحاق الثلاث به فانه لو قال لها انت طالق وسكت فقيل
له كم فقال ثلاثا كان ثلاثا فكذا اذا فصل بقوله يا زانية ◦ وقال ابو حنيفة وابو يوسف اذا قال
لها قبل الدخول بها انت طالق ثلاثا او قال انت طالق ان دخلت الدار فماتت بعد قوله انت طالق
قبل قوله ان دخلت الدار فهذا باطل لا يلزمه طلاق لان العدد اذا قرن بالتطليق كان الواقع هو العدد
وهي عند ذلك ليست بمحل لوقوع الطلاق عليها والشرط اذا لحق باخر الكلام يتوقف اوله الكلام على اخره
ولا يفصل اخر الكلام عن اوله وقد حصل اخر الكلام وهي اجنبية ◦ ولو قال انت طالق ثلاثا يا عمرة
فماتت قبل ان يقول عمره فالطلاق لازم لان قوله يا عمره ندا ليس بشرط ولا عدد ليتوقف الوقوع عليه

فصل

واما حكم هذه اليمين فحكمها واحد وهو وقوع الطلاق والعتاق عند وجود الشرط لكن

620

ان حكم ان هذه اليمين وقوع الطلاق او العتاق المعلق بالشرط قائم بمعنى اعتبار الشروط التي تعلق بها
الطلاق والعتاق على التفصيل ومعنى كل واحد منهما حتى اذا وجد ذلك المعنى وهو الشرط وقع الطلاق
والعتاق والا فلا ◦ اما الاول فمعنى الطلاق والعتاق هو تعليقهما بالشرط ومعنى تعليقهما بالطلاق والشرط
هو ايقاعهما في زمان ما بعد الشرط لا يعقل له معنى اخر فاذا وجد ركن الايقاع مع شرايطه لا بد من
الوقوع عند الشرط فاما عدم الوقوع عند عدم الشرط فليس حكم التعليق بالشرط عندنا بل هو
حكم العدم الاصلي لان الوقوع لم يكن ثابتا في الاصل والثبوت على حسب الاثبات والحالف لم يثبت الا
بعد الشرط فيبقى حكمه باقيا على اصل العدم لا ان يكون موجب التعليق بالشرط بل موجبه الوقوع عند
وجود الشرط فقط ◦ ثم الشرط ان كان شيا واحدا يقع الطلاق عند وجوده بان قال لامراته
ان دخلت هذه الدار فانت طالق او انت طالق ان دخلت هذه الدار يستوي فيه تقدم الشرط في الذكر
وتاخيره ◦ وسوا كان الشرط معينا او مبهما بان قال ان دخلت هذه الدار او هذه الدار وكذا اذا وسط
الجزاء بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق او دخلت هذه الدار لان كلمة ها هنا تقتضي التخيير فصار
كل فعل على حياله شرطا فايهما وجد وقع الطلاق وكذا لو اعاد الفعل مع اخر بان قال ان دخلت هذه
الدار او دخلت هذه الدار سوا اخر الجزاء او قدم او وسط ◦ وروى ابن سماعة عن محمد فيمن قال
ان دخلت هذه الدار او هذه الدار وان دخلت هذه فعبدي حر ان اليمين على ان يدخل احدى الاوليين
ويدخل الثالثة فاي الاوليين دخل ودخل الثالثة حنث لانه جعل شرط حنثه دخول احدى الاوليين
ودخول الثالثة لانه ذكر احد الاوليين شرطا واحدا فاذا وجد حنث ◦ هذا اذا دخل كلمة او بين
شرطين في يمين واحدة ◦ فاما اذا ادخلها بين ايقاع ويمين او بين يمينين ◦ كما روى ابن سماعة
وبشر عن ابي يوسف فيمن قال لامراته انت طالق ثلاثا او والله لاضربن هذه الجارية اليوم فضربها
في يمينه فقد بر في يمينه وبطل الطلاق لانه خير نفسه بين الطلاق وبين الضرب في اليوم فاذا وجد
احدهما انتفى الاخر فان مضى اليوم قبل ان يضرب الجارية فقد حنث ويخير فان شا اوقع الطلاق وان
شا الزم نفسه بين الطلاق وبين الضرب اليمين لانه قد حنث في احد الامرين وهو المبهم فكان اليه
التعيين ◦ فان قال في اليوم قبل مضيه قد اخترت ان اوقع الطلاق لزمه وبطلت اليمين لانه
خير نفسه بين الامتناع وبين اليمين فاذا اوقع فقد سقطت اليمين ◦ ولو قال قد اخترت التزام
اليمين وابطلت الطلاق فان الطلاق لا يبطل حتى لو مضى اليوم قبل ان يضرب الجارية حنث في يمينه
لان اختيار التزام اليمين لا يبطل اليمين لان اليمين لا تجب على الانسان بالالتزام حتى يبطل بالاختيار
فبقيت اليمين على حالها ◦ ولو قال لامراته انت طالق ثلاثا او والله لاضربن فلانة فماتت فلانة قبل
ان يضربها فقد حنث في يمينه وهو مخير ان شا الزم نفسه الطلاق وان شا الكفارة لان شرط البر
فات بموتها فحنث في احدى اليمينين ولو كان الرجل هو الميت والحلوف على ضربها حية فقد وقع
الحنث على الرجل او الطلاق وقد مات قبل ان يبين فلا يقع الطلاق عليها ولها الميراث لانه لما كان مخيرا
بين الطلاق والتزام الكفارة فلا يقع الطلاق بالشك ولا يجبره الحاكم على البيان لان احدهما وهو الكفارة
لا يدخل تحت الحكم فلا يقدر الحاكم على التزامه ولكن يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى ◦ ولو كان بدل
الكفارة طلاق اخرى فقال انت طالق ثلاثا او هذه فههنا يجبره الحاكم حتى يبين لان الواقع طلاق
وانه مما يدخل في الحكم ◦ ولو قال انت طالق او علي حجة او عمرة لم يجبره الحاكم على الاختيار انما
يفتي في الورع ان يوقع ايهما شا ويبطل الاخرى ◦ ولو قال انت طالق ثلاثا او ثلثه علي حرام يعني
اليمين فانه يخير المفتي الفتوى ولا يجبره الحاكم حتى يمضي اربعة اشهر قبل ان يقرب لانه لا يقدر
على ان يسقط ذلك عن نفسه بالكفارة فاذا مضت اربعة اشهر قبل ان يفوت يجبر بحكم
ويقال له اوقع طلاق الايلا على التي حرمت او طلاق الكلام على التي تكلمت بطلاقها لان الطلاق

لابد ان يقع على احدهما المخبر فيه بجبر الحكم • وقال محمد في الجامع اذا قال والله لا ادخل هذه الدار
او لا ادخل هذه فان دخل احدهما حنث لان كلمة او اذا دخلت بين شيئين تناولت كل واحد منهما على الانفراد
قال الله تعالى ولا تطع منهم اثما او كفورا • ولو قال والله لا ادخل هذه الدار ابدا او لا ادخل هذه الدار
الاخرى اليوم فان دخل الاولى حنث وان لم يدخلها ولم يدخل الاخرى حتى مضى اليوم حنث لانه خير نفسه
في اليمين ان لا يدخل الدار الاولى او يدخل الاخرى في اليوم فان دخل الاخرى في اليوم بر في يمينه وان
مضى اليوم حنث في احدى اليمينين • قال ابن سماعة في نوادره سمعت محمدا قال في رجل قال عبده
حر ان لم يدخل هذه الدار اليوم فان لم يدخلها اليوم دخل هذه قال محمد ليس هذا باستثنا واليمين
على حالها ولا ابالي وصل هذا الكلام او فصله فان لم يدخل الدار الاولى اليوم حنث لان قوله فان لم
يدخلها ليس بلفظ تخيير فبقيت اليمين الاولى بحالها والله اعلم • هذا اذا كان الشرط شيا واحدا فان
كان شيئين بان عطف احدهما على الاخرى بحرف العطف لا ينزل الجزا الا عند وجود الشرط لانه علقه بهما
فلو نزل عند وجود احدهما لنزل من غير صنعه وهذا لا يجوز سوا قدم الشرط او الجزا في الذكر او اخرهما
او وسط الجزا بان قال لها ان دخلت هذه الدار وهذه الدار فانت طالق او قال انت طالق ان دخلت هذه
الدار او قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وهذه الدار لا يقع الطلاق الا عند وجود الدارين جميعا
اما اذا قدم الشرطين على الجزا او اخرهما عنه فلانه جمع بين الشرطين بحرف الجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع
بلفظ الجمع • ولو جمع بينهما بلفظ الجمع بان قال ان دخلت هاتين الدارين فانت طالق او انت طالق ان
دخلت هاتين الدارين لا يقع الطلاق الا عند دخول الدارين جميعا كذا هنا • وانما استوى فيه
تقديم الشرطين وتاخيرهما لان الجزا معلق بالشرط كيف ما كان فكان التقديم والتاخير فيه سوا • فاما
اذا وسط الجزا فلان الشي يعطف على جنسه لا على غير جنسه ولا يصح عطف الشرط على الجزا فجعل معطوفا
على الشرط • وكذا اذا كان العطف بحرف الفا • بان قال ان دخلت الدار فهذه الدار فانت طالق
او قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق فهذه كله سوا ولا يقع الطلاق الا عند دخول الدارين جميعا
كما في الفصل الاول الا ان هناك لا يراعى الترتيب في دخول الدارين وهاهنا يراعى وهو ان يدخل
الدار الثانية بعد دخولها الاولى والا فلا يقع الطلاق لان الواو والفا وان كان كل واحد منهما حرف
عطف وجمع لكن الواو للجمع المطلق والفا للجمع المقيد وهو الجمع على سبيل التعقيب لذلك مراعاة الترتيب
في الثاني دون الاول وكذا لو كان العطف بكلمة ثم بان قال ان دخلت هذه الدار ثم هذه الدار فانت
طالق • او قال انت طالق ان دخلت هذه الدار ثم هذه الدار • او قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق
ثم هذه الدار فهذه والفا سوا في انه يراعى الترتيب في الدخول في كل واحد منهما الا ان هنا لا بد وان
يكون دخول الدار الثانية متراخيا عن دخول الاولى لان كلمة ثم للترتيب والتعقيب مع التراخي هذا
اذا ذكر حرف العطف بدون الفعل • فان كرر مع الفعل فان كان بالواو بان قال ان دخلت هذه الدار
ودخلت هذه الدار فهذا فانت طالق او قال ان دخلت هذه الدار ودخلت هذه الدار فهذا وما اذا
كرر حرف العطف بدون الفعل سوا لان الواو للجمع فيقتضي اجتماع الشرطين فيستوي فيه اعادة الفعل
وعدم الاعادة • وان كان بالفا فقال ان دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الاولى الاخرى
فانت طالق • او قال انت طالق ان دخلت هذه الدار فدخلت هذه الدار الاخرى فقد ذكر ابن
سماعة عن ابي يوسف انه فرق بين الفا والواو في هذا الوجه فقال في الاول يقع الطلاق عند دخول
الدارين من غير مراعاة الترتيب والثاني لا يقع الا ان يكون المذكور بالفا اخرا حتى لو دخلت
الدار الثانية قبل الاولى ثم دخلت الاولى لا يحنث • ووجه الفرق ما ذكرنا ان الواو
يقتضي الجمع المطلق من غير شرط الترتيب والفا يقتضي التعقيب فيستدعي تاخر الفعل الثاني
عن الاول • وقد ذكر ابن سماعة عن محمد في هذا زيادة تفصيل فقال في رجل قال لامراته ان دخلت

الدار فهذه صح

انت طالق صح

دار فلان فدخلت هذه الدار فانت طالق ولم يدخل بها ثم طلقها فدخلت دار فلان ثم تزوجها فدخلت
الدار الثانية لم يطلق كانه جعل دخول دار فلان شرطا لانعقاد اليمين فانما يصير حالفا حين دخلت
الدار الاولى ولا ملك له في ذلك الوقت فيصير حالفا بطلاق امراة لا يملكها فلا يطلق وان دخلت الدار
الثانية وهي امراته لما لم تنعقد اليمين • وقد روي عن ابي يوسف مثل هذا في مسئلة اخرى فقال
اذا قال لامراتين له اذا غشيت هذه فاذا غشيت هذه الاخرى فعبدي حر فليس الحلف على الاولى
انما تنعقد عليه اليمين في الثانية اذا غشي الاولى ويكون موليا من الثانية اذا غشي الاولى والفا
في هذه المواضع لا تشبه الواو وقد دل ذلك على انه جعل غشيان الاولى شرطا لانعقاد اليمين في الثانية
ولو قال لامراته قبل ان يدخل بها انت طالق ان دخلت هذه الدار وان دخلت هذه الدار او وسط
الجزا بان قال ان دخلت هذه الدار فانت طالق وان دخلت هذه الدار • فان ابا يوسف ومحمدا قالا
اي الدارين دخلت طلقت وسقطت اليمين ولا يطلق بدخول الدار الاخرى لانه لما اعاد حرف
الشرط مع الفعل فلم يكن عطفا على الاول في الشرط بل صار ذلك يمينا اخرى اضمر فيها الجزا فايهما
وجد نزل الجزا وانحلت اليمين لان جزا الثاني لم يبق • وان قدم الشرط على الجزا فقال ان دخلت
هذه الدار وان دخلت هذه الدار فانت طالق فانها لا تطلق حتى تدخل الدارين جميعا وهو قول
محمد • روى ابن سماعة عنه وذكر محمد في النوادر الجامع قال وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف
وروى ابن سماعة عنه انه سوى بين ذلك فقال اي الدارين دخلت طلقت كما في الاولى وجه
قول محمد انه لما عطف الشرط على الشرط قبل الجزا دل ذلك على انها يمين واحدة لان الكلام الاول
وهو قوله ان دخلت هذه الدار ليس بتام لانه لا جزا له فقوله بعد ذلك وان دخلت هذه الدار
يكون شرطا على حدة الا انه لم يذكر له جزا فكان جزا الاول جزا الثاني فايهما وجد نزل الجزا وبطل
اليمين الاخرى لانه لم يبق لها جزا بخلاف الفصل الاول لان هناك اليمين قد تمت بذكر الجزا
فلما اعاد حرف الشرط مع الفعل دل ذلك على انه كلام مبتدا • وجه قول ابي يوسف
ان تقديم الشرط على الجزا وتاخيره عنه في باب اليمين سوا ولو تقدم كان الجواب هكذا فكذا
اذا اخر والله اعلم • ولو كرر الشرط وعلق به جزا واحدا فان ذكر بدون حرف العطف بان قال
ان تزوجت فلانة ان تزوجت فلانة فاليمين انعقدت بالقول الثاني ويكون الاول لغوا وكذا
اذا متى وان واذا وان متى وكذا ان بدا باذا واخر ان او قال اذا ثم قال متى لان الشرط لا يتعلق
به حكم الا بانضمام الجزا اليه وقد ضم الجزا الى الشرط الثاني لانه موصول به حقيقة فينقطع عن
الاول فيبقى الاول من غير جزا فلغا • فان قدم الجزا فقال انت طالق ان تزوجتك ان تزوجتك
فانما انعقدت اليمين بالكلام الاول والكلام الثاني لغو لان الجزا كما تعلق بالشرط الاول
والثاني غير معطوف عليه فبقي شرطا لا جزا له فلغا • وان قال اذا تزوجتك فانت طالق ان
تزوجتك فانما انعقدت اليمين بالكلام الاخير والاول لغو لان ان شرط محض الا ترى انه لا
يستعمل في الوقت ولا بد من تعليق الطلاق باحدهما فتعلقه بالشرط الاول اولى • وذكر محمد
في الجامع في رجل قال في دار واحدة ان دخلت هذه الدار فعبدي حر ان دخلت هذه الدار فدخلها
دخلة واحدة فانه ينبغي في القياس ان لا يحنث حتى يدخل الدار دخلتين ولكنا نستحسن ونجعله
حانثا بالدخلة الاولى • وجه القياس ان يكون الشرط يمكن ان يحمل على فائدة
وهو انه اراد به العطف الا انه حذف العطف فصار الشرط دخولها مرتين • وجه
الاستحسان ان التكرار يحمل رد الكلام الاول لان الغرض من هذه اليمين المنع والظاهر ان
الانسان يمنع نفسه من اجل الدخول دون التكرار الا ان يعني دخلتين فيكون على ما عنى لان
الظاهر ان الانسان لا يتكلم بشي الا لفائدة تتعلق به فقد نوى ظاهر كلامه فيصدق • وان كرر

خرف العطف فقال ان تزوجتك وان تزوجتك او قال ان تزوجتك فان تزوجتك او اذا تزوجتك متى تزوجتك لا يقع الطلاق حتى يتزوجها مرتين لانه لما عطف احد الشرطين الاخر فقد علق الجزا بهما فيتعلق بهما ۰ ولو قدم الطلاق فقال انت طالق ان تزوجتك فهذا تزوج واحد وهو مخالف للاول لان الكلام الاول تم بالجزا والشرط فاذا اعاد الشرط بعد تمام الكلام لم يتعلق به حكم ولو قال انت طالق وان تزوجتك طلقت بكل واحد من التزوجين لانه عطف التزوج على الجزا فصار الجزا مضمرا فيه كانه قال تزوجتك فانت طالق ۰ ولو قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فعبد من عبيدي حر فدخلت الدار دخلات وكلمت فلانا مرة واحدة لا يعتق الا عبدا واحدا لانه جعل شرط التعليق العتق دخول الدار وكلام فلان فاذا تكرر احد الشرطين ولم يوجد الاخر الا مرة واحدة فقد تم شرط يمين واحدة ووجد بعض شرط الاخرى فلا يعتق الا عبد واحد ولو قال كلما دخلت هذه الدار فان كلمت فلانا فانت طالق فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا طلقت امراته ثلاثا لانه جعل الجملة المذكورة بعد حرف الفا من ذكر الشرط والجزا جزا الدخول والجزا يتكرر بتكرار الشرط اذا كان الشرط مذكورا بكلمة كلما ويصير كانه علق عند كل دخول طلاقها بكلامها فاذا كلمت فلانا طلقت ثلاثا اذا الفعل الواحد يصلح شرطا في ايمان كثيرة فيحنث في جميعها ۰ وروى بن سماعة عن ابي يوسف ما جرى مجرى الشرح للمسئلة الاولى انه قال اذا قال كلما دخلت هذه الدار وكلمت فلانا فانت طالق فهذا عليهما جميعا فان دخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت واحدة لان الواو للجمع فيصير الدخول والكلام جميعا شرطا وتكرار بعض الشرط لا يتعلق به حنث فان عادت فكلمت فلانا قبل ان تدخل الدار الرابعة طلقت اخرى لانه تم شرط الاخرى فان عادت فكلمت فلانا الثالثة طلقت اخرى لتمام شرط اليمين الثالثة ۰ قال وكذا لو بدات بكلام فكلمته ثلاث مرات ثم دخلت الدار طلقت واحدة فان عادت فدخلها قبل الكلام طلقت اخرى لتمام شرط فان عادت فدخلت الثالثة طلقت ايضا فتبين انه لا يراعى فيه الترتيب وانه لا فرق بين تقدم احد الشرطين على الاخر وبين تاخيره ۰ وقال بن سماعة عن ابي يوسف ما جرى مجرى الشرح للمسئلة الثانية انه قال كلما دخلت هذه الدار فان كلمت فلانا فانت طالق فان اليمين في هذا كله انما تنعقد بدخول الدار فكلما دخلت دخلة انعقدت اليمين فان كلمت فلانا طلقت فان عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت فان عادت فدخلت الدار ثم كلمت فلانا طلقت اخرى ۰ ولو بدات فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاث مرات لانه جعل دخول الدار شرط انعقاد اليمين فتنعقد عند كل دخلة يمين لمكان كلمة كلما فقد انعقدت عليها ايمان فانحلت بشرط واحد ۰ قال ولو بدات بكلام فلان لم ينعقد به يمين ولم يقع به طلاق حتى تكلم فلانا بعد دخول الدار لانه جعل الدخول شرط انعقاد اليمين فما لم تدخل لا تنعقد فلا يقع بالكلام طلاق ۰ قال وسمعت ابا يوسف قال وان قال كلما دخلت هذه الدار فكلما كلمت فلانا فانت طالق قال فهذا عليهما ويكون الفا جزا فان بدات فدخلت الدار ثلاث دخلات ثم كلمت فلانا مرة طلقت ثلاثا ولو دخلت الدار دخلة ثم كلمت فلانا ثلاث مرات طلقت ثلاثا لان اليمين قد انعقدت بدخول الدار فاذا تكرر شرطها تكرر الحنث لان كلما للتكرار والله اعلم ۰ ولو قال كل امراة اتزوجها فهي طالق وفلانة لامراته طلقت امراته الساعة ولا ينتظر فيه التزوج لان كلمة كل ليست كلمة شرط لما ذكرنا ان فيها معنى الشرط من حيث انه توقف نزول الجزا على امراة موصوفة بصفة بانها متزوجة وفلانة غير موصوفة بهذه الصفة فلا يقف طلاقها عليها ۰ ولو قال امراة من نسائي تدخل الدار فهي طالق وفلانة سوى بعض نسائه فان الطلاق يقع عليها الساعة قبل ان تدخل الدار لما ذكرنا فان دخلت الدار وهي في العدة طلقت اخرى لانها قد دخلت في عموم قوله كل امراة من نسائي تدخل الدار

ولو قال انت ومن دخل الدار من نسائي طالق كانت طالقا الساعة لما ذكرنا انه اوقع الطلاق على الموصوف وهذه غير موصوفة ولو دخلت وهي في العدة طلقت اخرى لما قلنا ۰ ولو قال لامراته انت طالق وفلانة ان تزوجتها لم يقع الطلاق على امراته حتى يتزوج بالاخرى لانه علق طلاقها بالشرط وهو التزوج لاتيانه بكلمة الشرط نصا فيتعلق به بخلاف الفصل الاول ۰ ولو قال لعبده انت حر ومن دخل الدار من عبيدي عتق الاول للحال لما ذكرنا فان عنى ان عتقه معلق بدخول الدار لم يدين في القضا لانه خلاف الظاهر لانعدام التعليق بالشرط حقيقة وهو متهم فيه لما فيه من التخفيف عليه فلا يصدق وذكر محمد في الجامع في رجل له امراتان فقال لاحدهما انت طالق ان دخلت هذه الدار لا بل هذه فان دخلت الاولى الدار طلقتا ولا تصدق الثانية قبل ذلك لان قوله لاحدهما انت طالق ان دخلت هذه الدار تعليق طلاقها بشرط الدخول وقوله لا رجوع عن تعليق طلاقها بالشرط وقوله بل اثبات تعليق طلاق هذه بالشرط والرجوع لا يصح والاثبات صحيح فيتعلق طلاقها بشرط ۰ ولو قال ان تزوجتك فانت طالق لا بل غلامي فلان حر عتق عبده الساعة لان قوله لا بل غلامي فلان حر جملة تامة لكونها مبتدا وخبرا فلا يفتقر الى تعلقه بالشرط فلا يتعلق به بخلاف ما لو قال ان تزوجتك فانت طالق لا بل فلانة غير مستقل بنفسه بل هو مفتقر الى الكلام الاول وذلك متعلق بالشرط فيتعلق هذا ايضا ۰ ولو قال لعبده انت حر ان دخلت الدار لا بل فلان لعبد اخر لا يعتق الثاني الا بعد دخول الدار لانه استدرك بكلام غير مستقل فيتعلق بالشرط ۰ وقال بن سماعة عن ابي يوسف في نوادره لو ان رجلا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق لا بل هذه فدخلت الاولى الدار طلقتا ثلاثا ثلاثا لان قوله لا بل هذه غير مستقل فاضمر فيه الشرط فصار طلاقها جزا الدخول لطلاق الاولى والجزا الاولى في ثلاث تطليقات كذلك في حق الثانية ۰ ولو قال انت طالق وطالق وطالق لا بل هذه وقع على الثانية واحدة وعلى الاولى ثلاث لانه اضمر في حق الثانية ما يستقل به الكلام والكلام مستقل بايقاع تطليقة واحدة الا ترى ان التطليقات هنا متفرقة فصار كانه قال لا بل هذه طالق بخلاف الفصل الاول لان هناك علق الثلاث جملة بالدخول فلا بد من اعتبارها جملة واحدة على حسب التعليق فصارت تلك الجملة مستدركة في حق الثانية ۰ ولو قال لامراته انت طالق ان كلمت فلانا لا بل هذه كان على الكلام لا على الطلاق وهذا خلاف ما ذكره محمد في الجامع ويجوز ان يكون قول ابي يوسف لانه سمعها على الكلام فيتعلق طلاقها بكلام فلان فان قال ان كلمت فلانا فانت طالق لا بل هذه فقوله لا بل هذه على الطلاق لانه سمعها على الجزا فيتعلق طلاقها بما تعلق به طلاق الاخرى ۰ قال بشر عن ابي يوسف في يمين قال كل امراة اتزوجها فهي طالق ان دخلت الدار فتزوج امراة ثم دخل الدار ثم تزوج اخرى فان الطلاق يقع على التي تزوج قبل الدخول ولا على التي تزوج بعد الدخول وكذا ذكر في الجامع انه اوقع الطلاق على امراة موصوفة بانه تزوجها قبل الدخول لا بعد الدخول فلا تطلق المتزوجة بعد الدخول ۰ نظيره اذا قال كل امراة لي عمياء طالق ان دخلت الدار فدخل الدار ثم عميت امراته لا تطلق كذا هنا والموصوفة بهذه الصفة التي تزوجها قبل الدخول ۰ ولو بدا بالدخول فقال ان دخلت الدار فكل امراة اتزوجها فهي طالق فتزوج امراة ثم دخل الدار ثم تزوج اخرى فان الطلاق على التي تزوج قبل الدخول لانه جعل دخول الدار شرطا لانعقاد اليمين الثانية فصار كانه قال عند الدخول كل امراة اتزوجها فهي طالق فلا يدخل في ذلك ما تزوج من قبل ۰ قال ابو يوسف فان نوى ما تزوج قبل وبعد في المسئلتين جميعا لا يقع على ما نوى ولا يلزمه ذلك لانه نوى ما لا يحتمله لفظه ۰ قال بشر ولو قال كل امراة اتزوجها فهي طالق ان دخلت الدار فدخل الدار ثم تزوج لا يقع الطلاق فان دخل الدار ثانيا وقع لانه عقد اليمين على دخول بعد التزوج لا على دخول قبله فلم يكن الدخول قبل التزوج معقودا عليه فلا تنحل به اليمين فان وجد الدخول الثاني وهو المعقود عليه وقع به الطلاق ۰ ولو قال كل امراة

اتزوجها الي سنة فهي طالق ان كلمت فلانا فهو علي ما تزوج في الوقت سوا كان قبل الكلام او بعده كذا ذكر
محمد في الجامع لانه لما قال كل امراة اتزوجها الي سنة فلا بد ان يكون للتوقيت فايدة فلو اختصت اليمين
بما تزوج قبل الكلام بطل معنى التوقيت فيصير الكلام شرطا لوقوع الطلاق المعلق بالتزوج ٭ ولو بدا
بالكلام فقال ان كلمت فلانا فكل امراة اتزوجها الي سنة فهي طالق فهذا يقع علي ما بعد الكلام والتوقيت
فيه سوا لانه لما بدا بالكلام فقد جعل الكلام شرط انعقاد اليمين فلا يدخل فيها المتزوجة قبل الكلام
ويكون فايدة التوقيت تخصيص العقد بمن تزوج في المدة دون ما بعدها ٭ ولو عطف الحالف علي
يمينه بعد السكوت ٭ فالاصل فيه ما روي عن ابي يوسف انه اذا عطف علي يمينه بعد السكوت ما
توسع علي نفسه لم يقبل قوله كما لا يقبل في الاستثنا بعد السكوت وان عطف بما شدد علي نفسه جاز
اذا ثبت هذا الاصل فقال ابن سماعة سمعت ابا يوسف قال ٭ في رجل قال ان دخلت فلانة الدار
فهي طالق ثم سكت سكتة ثم قال وهذه يعني امراة اخري فانها تدخل في اليمين لان الواو للجمع فكانه
قال وهذه طالق ان دخلت تلك الدار وفي هذا تشديد علي نفسه وكذا ان قال ان دخلت هذه
الدار لانه عطف علي الشرط وفيه تشديد لان هذا يقتضي وقوع الطلاق علي الاولي بدخول كل واحد
في الدارين وفي هذا تشديد علي نفسه وكذا لم يجز فقال هذه طالق ثم سكت ثم قال وهذه طلقت
الثانية لانه جمع بينهما في الايقاع وهذا تشديد علي نفسه ٭ ولو قال لامراته انت طالق ان دخلت
الدار ثم سكت ثم قال وهذه يعني دارا اخري للبس له ذلك فان دخلت الاولي طلقت لان قوله وهذه يعني
دارا اخري يقتضي زيادة في شرط اليمين الاولي لانه اذا علق الطلاق بدخول دارين لا يقع باحدهما
وهو لا يملك تغيير شرط بعد السكوت ولان في هذه توسعا علي نفسه فلا يجوز بعد السكوت كالاستثنا
واما بيان اعتبار الشروط التي يتعلق بها الطلاق والعتاق فلا سبيل الي حصرها لكثرتها فنذكر القدر
الذي ذكره اصحابنا في كتبهم والمذكور من الشروط في كتبهم ٭ نوعان امور حسية وامور شرعية
اما النوع الاول فالدخول والخروج والكلام والاظهار والافشا والاعلان والكتمان والاسرار
والاخفا والاخبار والتاوه ونحوها والاكل والشرب والذوق والغدا والعشا واللبس والسكنى
والمساكنة والايوا والبيتوتة والاستخدام والاقتضا والهدم والتصرف والقتل وغيرها
النوع الثاني وهو الحلف علي امور شرعية وما يقع منها علي الصحيح والفاسد وعلي الصحيح دون الفاسد
كالبيع والشرا والهبة والعارية والنحلي والعطية والصدقة والقرض والتزويج والصلاة والصوم ونحو
ذلك واشيا اخر معرفة نجمعها في فصل واحد في اخر الكتاب ٭ والاصل في هذه الشروط ان يراعي
فيها لفظ الحالف في دلالته علي المعنى لغة وما يقتضيه من الاطلاق والتقييد والتعميم والتخصيص
الا ان يكون معاني كلام الناس بخلافه فيحمل اللفظ عليه ويكون ذلك حقيقة عرفية
وانها تقتضي علي الحقيقة الوضعية ٭ والاصل فيه ما روي ان رجلا جا الي ابن عباس وقال ان صاحب
الناقات اوصي بعشرة بدنة افتجزي عنه البقرة فقال ابن عباس ممن صاحبكم فقال السايل من بني
رباح فقال ابن عباس متي اقتنت بنو رباح البقر انما البقر للازد وذهب وهم صاحبكم الي الابل
فهذا الحديث اصل في حمل مطلق الكلام علي ما يذهب اليه اوهام الناس ولان العرف وضع طاري
علي الوضع الاصلي واصطلاح من اهل اللغة فالظاهر ان المتكلم يقصد به ذلك فيحمل مطلق لفظه
عليه ٭

فصل

واما الحلف علي الدخول فالدخول اسم للانفصال من العورة
الي الحصن فان حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها فمكث بعد يمينه لا يحنث استحسانا والقياس يحنث
ذكره في الاصل ٭ وجه القياس ان المداومة علي الفعل حكم ابتدائه كما في الركوب
واللبس فان حلف لا يركب ولا يلبس وهو راكب او لابس فمكث ساعة حنث لما قلنا كذا هذا والاستحسان
الفرق بين الفصلين وهو ان الدوام علي الفعل لا يتصور حقيقة لان الدوام هو البقا والفعل

ان صح

المحدث

المحدث عرض والعرض مستحيل البقا فيستحيل دوامه وانما يراد بالدوام تجدد امثاله وهذا
يوجد في الركوب واللبس ولا يوجد في الدخول لانه اسم للانتقال من العورة الي الحصن والمكث
قرار فيستحيل ان يكون انتقالا حقيقة والانتقال حركة والمكث سكون وهما ضدان والدليل علي
التفرقة بينهما فانه يقال ركبت امس واليوم ولبست امس واليوم من غير ركوب ولبس مبتدا ولا
يقال دخلت امس واليوم الا لدخول مبتدا وكذا من دخل دارا يوم الخميس ومكث فيها الي يوم
الجمعة فقال والله ما دخلت هذه الدار يوم الجمعة بر في يمينه لذلك افترقا ٭ ولو حلف لا يركب او لا
يلبس وهو راكب او لابس فنزل من ساعته ونزع من ساعته لا يحنث خلافا لزفر لان شرط حنثه
الركوب واللبس وقد وجد منه بعد يمينه وان قل ٭ ولنا ان ما لا يقدر الحالف علي الامتناع في
يمينه مستثني عنه دلالة لان قصد الحالف من الحلف البر ولا يحصل الا باستثنا ذلك القدر
وسوا دخل تلك ماشيا او راكبا لان اسم الدخول ينطلق علي الكل الا تري انه يقال دخلت الدار ماشيا
ودخلتها راكبا ٭ ولو امر غيره فحمله فادخله حنث لان الدخول فعل مضاف اليه كالذبح والضرب
ونحو ذلك علي ما نذكره في موضعه وان حمله غيره فادخله بغير امره لم يحنث لان هذا يسمي ادخالا لا
دخولا لما ذكرنا ان الدخول انتقال والادخال نقل ولم يوجد ما يوجب الاضافة اليه وهو الامر وسوا
كان راضيا بنقله او ساخطا لان الرضا لا يجعل الفعل مضافا اليه فلم يوجد منه الشرط وهو الدخول
وسوا كان قادرا علي الامتناع او لا عند عامة المشايخ ٭ وقال بعضهم ان كان يقدر علي الامتناع
فلم يمتنع يحنث لانه لما لم يمتنع مع القدرة كان الدخول مضافا اليه والصحيح قول العامة لانه لم يوجد منه
الدخول حقيقة وامتناعه مع القدرة ان جاز ان يستدل به علي رضاه بالدخول لكن الرضا يكون
بالامر فلا يكفي لاضافة الفعل اليه وسوا دخلها من الباب او من غيره لانه جعل شرط الحنث مطلق
الدخول وقد وجد ٭ ولو نزل الي سطحها حنث لانه من الدار والدار اسم لما احاطت به الدايرة وقد
احاطت بالسطح وكذا لو قام علي حايط من حيطانها لان الحايط مما تدور عليه الدايرة فكان كسطحها ولو قام
علي ظلة لها شارعة او كنيف لها شارع فان كان مفتح ذلك الي الدار حنث والا فلا لانه اذا كان مفتحه الي
الدار كان منسوبا الي الدار فكان من جملة الدار والا فلا ٭ فان قام علي اسكفة الباب فان كان الباب
اذا علق كان الاسكفة داخل الباب حنث لانه داخل لان الباب مغلق علي ما في داخل الدار لا علي ما في
الخارج ٭ وان ادخل الحالف احدي رجليه ولم يدخل الاخري لم يحنث لانه لم ينتقل كله بل بعضه
وقد روي عن زيد انه قال كنت مع النبي صلي الله عليه وسلم في المسجد فقال اني لا اعلم اية لم تنزل
علي نبي بعد سليمن بن داود الا علي فقلت وما هي يا رسول الله فقال لا اخرج من المسجد الا اعلمكها فلما
اخرج احدي رجليه قلت في نفسي لعله قد نسي فقال بم تفتتح القراة فقلت بسم الله الرحمن الرحيم فقال
عليه السلام هي هي فلو كان هذا القدر خروجا لكان تاخير التعليم اليه خلفا في الوعد ولا يتوهم ذلك
بالانبيا ودل الحديث علي ان التسمية اية من القران لانه عليه السلام سماها اية ٭ ومن اصحابنا من قال
موضوع المسلة في دار داخلها وخارجها سطح واحد فان كانت الدار منهبطة فادخل اليها احدي رجليه
لان اكثره حصل فيها وللاكثر حكم ٭ فان ادخل راسه ولم يدخل قدميه لم يحنث لان ذلك ليس
بدخول الا تري ان السارق لو فعل ذلك لا يقطع ٭ ولو حلف لا يدخل دارا فدخل خرابا قد كان
دارا فذهب بناوها لا يحنث ولو كانت حيطانها قايمة فدخل يحنث ٭ ولو عين فقال لا ادخل
هذه الدار فذهب بناوها بعد يمينه ثم دخلها يحنث في قولهم لان قوله دارا وان ذكر مطلقا لكن المطلق
ينصرف الي المتعارف وهي الدار المبنية ويراعي فيه الاسم والصفة وهو البنا لانه جاري مجري الصفة
فلم يوجد الا يحنث ٭ وقوله هذه الدار اشارة الي المعين الحاضر فيراعي فيه ذات المعين لا صفته
لان الوصف للتعريف والاشارة كافية في التعريف وذات الدار قايمة بعد الانهدام لان الدار في

اللغة اسم للعرصة والعرصة قايمة • والدليل على ان الدار اسم للعرصة بدون البنا قول النابغة
يا دارمية بالعلياء فالسند اقوت وطال عليها سالف الابد • الا الاواري لايا ما ابينها كالحوض
بالمظلومة الجلد • سماها دارا بعد ما خلت عن اهلها وخربت ولم يبق فيها الا الاواري
والنوي ولو اعيد البنا فدخلها يحنث اما في المعين فلا شك فيه لانه لو دخلها بدون البنا يحنث فمع
البنا اولى واما في المنكر فلوجود الاسم والصفة وهي البنا • وان بنيت مسجدا او حماما او بستانا
فدخله لم يحنث لان اسم الدار قد بطل الا ترى انه لا يسمى دارا فبطلت اليمين • ولو اعيد دارا
فدخلها لا يحنث لانها غير الدار الاولى • وقال ابو يوسف اذا قال والله لا ادخل المسجد فهدم
فصار صحرا فدخله حنث قال هو مسجد وان لم يكن مبنيا وهذا لان المسجد عبادة عن موضع السجود
وذلك موجود في الخراب لهذا قال ابو يوسف ان المسجد اذا خرب واستغنى الناس عنه انه يبقى
مسجدا الى يوم القيامة • ولو حلف لا يدخل هذا البيت او بيتا فدخله ولا بنا فيه لا يحنث لان البيت
البيت اسم مشتق من البيتوتة سمي بيتا لانه يبات فيه ولا يبات الا في البنا لهذا سمي العرب الاخبية
بيوتا فصار البنا فيه في حق اسمه والاسم ملحقا بذات المسمى كاسم الطعام للمايدة والشراب
للكاس والعروس للاريكة فيزول الاسم بزواله ولو بنى بيتا اخر فدخله لا يحنث ايضا في المعين لان
المعاد عين اخرى غير الاولى فلا يحنث بالدخول فيه وفي غير المعين يحنث لوجود الشرط وهو دخول
البيت • ولو انه هدم السقف وحيطانه قايمة فدخله يحنث في المعين ولا يحنث في المنكر لان السقف
بمنزلة الصفة فيه وهي في الحاضرة لغو والغايب معتبرة • ولو حلف لا يدخل في هذا الفسطاط
وهو مضروب في موضع فقلع وضرب في موضع اخر فدخل فيه حنث وكذا القبة من العيدان ونحوه
لان الاسم في هذه الاشيا لا يزول بنقلها من مكان الى مكان • ومن هذا الجنس من حيث المعنى
اذا ان لا يجلس الى هذه الاسطوانة او الى هذا الحايط فانهدما ثم بنيا بنقضهما لم يحنث لان الحايط اذا هدم
زال الاسم عنه وكذا الاسطوانة فبطلت اليمين • وكذا لو حلف لا يكتب بهذا القلم فكسره ثم براه
فكتب به لان غير المبري لا يسمى قلما وانما يسمى انبوبا فاذا كسر فقد زال الاسم فبطلت اليمين وكذا
اذا حلف على مقص فكسره فكسره ثم جعل مقصا غير ذلك لان الاسم زال بالكسر وكذا كل سكين
وسيف وقدر كسر ثم صنع مثله • ولو نزع مسمار المقص ولم يكسره ثم اعاد فيه مسمارا اخر حنث
لان الاسم لم يزل بزوال المسمار وكذا ان نزع نصاب السكين وجعل مكانه نصابا اخر لان السكين
اسم للحديد • ولو حلف على قميص لا يلبسه او قبا محشوا او مبطنا او جبة او محشوة او خفين فنقض
ذلك كله ثم اعاده حنث لان الاسم بقي بعد النقض يقال قميص مفتوق وجبة مفتوقة واليمين
منعقدة على العين لا تبطل بتغير الصفة مع بقا اسم العين وكذا اذا حلف لا يركب هذا السرج
فنقضه ثم اعاده • ولو حلف لا يركب هذه السفينة فنقضها ثم استانف بذلك الخشب فركبها لا يحنث
لانه لها لا تسمى سفينة بعد النقض وزوال الاسم يبطل اليمين • ولو حلف لا ينام على هذا الفرش
فنقضه وغسله ثم حشاه وخاطه ونام عليه حنث لان فتق الفراش لا يزيل الاسم عنه بعينها ولو
حلف لا يلبس شقة خز بعينها فنقضها وغزلت وجعلت شقة اخرى لم يحنث لانها اذا نقضت صارت
خيوطا وزال الاسم عن المحلوف • ولو حلف على قميص لا يلبسه فقطعه جبة محشوة فلبسه لا يحنث
لان الاسم قد زال فزالت اليمين • ولو حلف لا يقرا في هذا المصحف فخلعه ثم الف ورقه وحرز دفته
ثم قرا فيه حنث لان اسم المصحف باق وان فرقه • ولو حلف على نعل لا يلبسها فقطع شراكها وشركها
بغيره ثم لبسها حنث لان اسم النعل باق ولها تبع الشراك • ولو حلفت امراة لا تلبس هذه الملحفة
فخيطت جانباها فجعلت درعا وجعل له جيبا ثم لبسها لم يحنث لانه درع ولبست بملحفة فان اعيدت
ملحفة فلبستها حنثت لانها عادت ملحفة بغير تاليف ولا زيادة ولا نقصان فهي على ما كانت عليه وقال

ثم دخله صح

ابن سماعة عن محمد في رجل حلف لا يدخل هذا المسجد فزيد فيه طايفة فدخلها لا يحنث لان اليمين وقعت
ابن سماعة على بقعة معينة فلا يحنث بغيرها • ولو حلف قال مسجد بني فلان ثم زيد فيه فدخل ذلك الموضع
الذي زيد فيه حنث وكذا الدار لانه عقد يمينه على الاضافة وذلك موجود في الزيادة • ولو حلف لا يدخل
بيتا فدخل مسجدا او بيعة او كنيسة او بيت نار او دخل الكعبة او حماما او دهليزا او ظلة باب دار لا
يحنث لان هذه الاشيا لا تسمى بيتا على الاطلاق عرفا وعادة وان سمى الله تعالى الكعبة بيتا في كتابه بقوله
ان اول بيت وضع للناس للذي ببكة وسمى المساجد بيوتا فقال في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه
الاية لان مبنى الايمان على العرف والعادة لا على نفس اطلاق الاسم الا ترى ان من حلف لا ياكل لحما فاكل سمكا
لا يحنث وان سماه الله تعالى لحما في كتابه بقوله لتاكلوا لحما طريا لما لم يسمى في عرف الناس وعاداتهم كذا
هنا وقيل الجواب المذكور في مسالة الدهليز في دهليز يكون خارج باب الدار لانه لا يبات
فيه فان كان داخل البيت ويمكن فيه البيتوتة يحنث والصحيح ما اطلق في الكتاب لان الدهليز لا يبات فيه
عادة سوا كان خارج الباب او داخله • ولو دخل صفة يحنث هكذا ذكر في الكتاب وقيل انما وضع المسالة
على عادة اهل الكوفة لان صفافهم يغلق عليها الابواب فكانت بيوتا لوجود معنى البيوت وهو ما يبات
فيه عادة وكذا سمي ذلك بيتا عرفا وعادة قايما على عادة اهل بلادنا فلا يحنث لانعدام معنى البيت
وانعدام العرف والعادة والتسمية ايضا • ولو حلف لا يدخل من باب هذه الدار فدخلها من غير
الباب لم يحنث لعدم الشرط وهو الدخول من الباب فان نقب للدار بابا اخر فدخل يحنث لانه عقد
يمينه على الدخول من باب منسوب الى الدار وقد وجد والباب الحادث كذلك فيحنث فان عنى به
الباب الاول يدين فيما بينه وبين الله تعالى لان لفظه يحتمله ولا يدين في القضا لانه خلاف الظاهر
حيث اراد بالمطلق المقيد وان عين الباب فقال لا ادخل من هذا الباب فدخل من باب اخر لا يحنث
وهذا مما لا شك فيه لانه لم يوجد الشرط • ولو حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا يسكنها فلان
بملك او اجارة او اعارة يحنث في يمينه ذكر ذلك ابو يوسف • وذكر محمد في الاصل ووضع المسالة
في المستاجر وهذا قول اصحابنا • وقال الشافعي لا يحنث • وجه قوله ان قوله
دار فلان اضافة للملك اذ الملك في الذات للاجر وانما للمستاجر ملك المنفعة فلا يتناوله اليمين
ولنا ان الدار المسكونة بالاجارة او الاعارة تضاف الى المستاجر والمستعير عرفا وعادة والدليل
عليه ايضا • ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بحايط فاعجبه فقال لمن هذا فقال
رافع بن خديج لي يا رسول الله استاجرته اضافه الى نفسه ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه
وسلم • فاما اذا حلف لا يدخل دارا لفلان فدخل دارا له قد اجرها الغيره قال محمد يحنث لانه
حلف على دار يملكها فلان والملك له سوا كان يسكنها اولى • وروي هشام عن محمد انه لا
يحنث لانها تضاف الى الساكن بالسكنى فيسقط اضافة الملك والجواب انه لا يمتنع ان يضاف
دار واحدة الى المالك بجهة الملك والى الساكن بجهة السكنى وعند اختلاف الجهة لا يثبت
الاستحالة • فان قال لا ادخل حانوتا لفلان فدخل حانوتا له قد اجره فان فلان ممن له حانوت
يسكنه لا يحنث بدخول هذا الحانوت لانه يضاف الى ساكنه ولا يضاف الى مالكه • وان كان المحلوف
عليه لا يعرف بسكنى حانوت يحنث لانا نعلم انه اراد به اضافة الملك لا اضافة السكنى كما يقال
حانوت الامير وان كان لا يسكنها الامير • وان حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بين فلان
وبين اخر فان كان فلان فيها ساكنا حنث وان لم يكن فيها يحنث لانه اذا كان ساكنا فيها كانت مضافة
اليه السكنى وان لم يكن يملك شيا فيها فاذا ملك نصفها اولى وان لم يكن ساكنا فيها كانت
الاضافة اضافة ملك والكل غير مضاف اليه • وفرق بين هذا وبين ما اذا حلف لا يزرع
ارضا لفلان فزرع ارضا بينه وبين غيره انه يحنث لان كل جز من الارض يسمى ارضا وبعض
الدار لا يسمى دارا • ولو حلف لا يدخل بيتا لفلان ولا نية له فدخل داره وفلان فيها ساكن فيها

ساكنا لم صح

ابن سماعة

لاحنث حتي يدخل البيت لان البيت اسم لموضع يبات فيه عادة ولا يبات في صحن الدار عادة فان نواه
يصدق لانه شدد علي نفسه ، وقال بن رستم قال محمد في رجل حلف لا يدخل دار رجل بعينه
مثل دار عمرو بن حريث وغيرها من الدور المشهورة بأربابها فدخلها الرجل وقد كان باعها عمرو بن
حريث او غيره ممن ينسب قبل اليمين اليه ثم دخلها الحالف بعد ذلك حنث لان الدور المشهورة انما
تضاف الي اربابها علي طريق النسبة لا علي طريق الملك وزوال الملك لا يوجب بطلان اليمين فان
كانت هذه اليمين علي دار من هذه الدور التي ليست لها نسبة تعرف بها لم يحنث في يمينه لانه اراد
بهذه الاضافة الملك لا النسبة فاذا زال الملك فقد زالت الاضافة ، وقال بن رستم
عن محمد في رجل حلف لا يدخل هذه الحجره فكسرت الحجرة ودخلها بعد ما كسرت لا يحنث وليست
الحجره كالدار لان الحجرة اسم لما حجر بالبنا فكانت كالبيت فاذا انهدمت فقد زال الاسم وقال
ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار فلان فصعد السطح يحنث لان سطح الدار منها الا ان يكون
نوي صحن الدار فلا يحنث فيما بينه وبين الله تعالي لانهم قد يذكرون الدار ويريدون به الصحن دون
غيره فقد نوي ما يحتمله كلامه ، وان حلف لا يدخل هذا المسجد فصعد فوقه حنث لان سطح المسجد
من المسجد الا تري لو انتقل المعتكف اليه لا يبطل اعتكافه فان كان فوق المسجد مسكن لا يحنث لان ذلك
ليس بمسجد ولو انتقل المعتكف اليه بطل اعتكافه ، ولو حلف لا يدخل هذه الدار الا مجتازا قال بن
سماعة روي عن ابي يوسف انه ان دخل وهو لا يريد الجلوس لا يحنث لانه عقد يمينه علي كل دخول
واستثني دخولا بصفة وهو ما يقصد به الاجتياز وقد دخل علي الصفة المستثناه ، فان دخل
يعود مريضا ومن رايه الجلوس عنده حنث لانه دخل لا علي الصفة المستثناه ، فان دخل لا يريد
الجلوس ثم بدا له بعد ما دخل فجلس لم يحنث لانه لم يحنث حين دخوله لوجوده علي الوصف المستثنا
ولم يوجد الدخول بعد ذلك اذ المكث ليس بدخول فلا يحنث ، وذكر في الاصل لا يدخل هذه الدار
الا عابر سبيل فدخلها ليقعد فيها او ليعود مريضا فيها او ليطعم فيها ولم يكن له نية حين حلف يحنث
ولكن ان دخلها مجتازا ثم بدا له فقعد فيها لم يحنث لان عابر سبيل هو المجتاز فاذا دخلها بغير اجتياز
حنث ، قال الا ان نوي لا يدخلها يريد النزول فيها فان نوي ذلك فانه يسعه لانه قد يقال
دخلت عابر سبيل بمعني اني لم ادم علي الدخول ولم استقر فقد نوي ما يحتمله كلامه ، وان حلف لا
يطأ هذه الدار بقدمه فدخلها راكبا حنث لانه يراد به الدخول في العرف لا مباشرة قدمه الارض الا
تري لو كان في رجله حذا نعل يحنث فعلم ان المراد منه الدخول ، ولو حلف لا يضع قدمه في هذه الدار
فدخلها راكبا حنث لان وضع القدم في عرف الاستعمال صار عبارة عن الدخول فان كان نوي ان لا
يضع قدمه ماشيا فهو علي ما نوي لانه نوي حقيقة كلامه فيصدق وكذا اذا دخلها ماشيا وعليه حذا
او لا حذا عليه لما قلنا ، وروي هشام عن محمد فيمن حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها حانوتا مشرعا
من هذه الدار مشرعا الي الطريق وليس له باب في الدار فانه يحنث لانه من جملة ما احاطت به الدار
قال هشام فسالت ابا يوسف ان دخل بستانا في تلك الدار لا يحنث وهذا محمول علي بستان متصل
بالدار فان كان في وسط الدار يحنث لاحاطة الدايرة به كذا روي عن محمد ، وقال بن سماعه في
نوادره عن محمد في رجل حلف لا يدخل دار فلان فحفر سربا فبلغ داره وحفر تحت دار فلان حتي جاوزها
فدخل الحالف ذلك السرب حتي مضي فيه تحت دار فلان لا يحنث الا ان يكون من هذه القناة مكا
مكشوف الي الدار يستقي منه اهل الدار فدخل الحالف القناه فبلغ ذلك المكشوف حنث وان لم يبلغ
لم يحنث وان كان المكشوف شيا قليلا لا ينتفع به اهل الدار وانما هو للضوء ثم الحالف بالقناه حتي بلغ الموضع
فليس بحانث لان القناة تحت الدار اذا لم يكن فيها منفذ لا يعد من الدار لان المقصود بدخول الدايره
اما الكرامه واما هتك حرمه وذلك لا يوجد فيما لا منفذ فيه ، فان كان لها منفذ يستقي منه
الما فانه يعد من مرافق الدار بمنزلة بير الما فاذا بلغ اليه كان كمن دخل في بير داره فان كان لا ينتفع به

الا للضوء

الا للضوء لا يكون من مرافق الدار فلا يصير بدخوله داخلا في الدار فلا يحنث ولو اتخذ فلان سربا تحت داره
وجعله بيوتا وجعل لها ابوابا الي الطريق فدخلها رجل حلف لا يدخل دار فلان فهو حانث لان السرب تحت الدار
من بيوت الدار ، ولو عمد فلان الي بيت من داره او بيتين فسد ابوابهما من قبل داره وجعل ابوابهما
الي دار الحالف ودخل الحالف هاتين البيتين لا يحنث لانه لما جعل ابوابهما الي دار الحالف فقد صارت
منسوبة الي الدار الاخري ، وقال بن سماعة في السرب اذا كان بابه الي الدار ومحفره في دار اخري
انه من الدار التي مدخله اليها وبابه اليها لانه بيت من بيوتها ، وقال بن سماعة عن ابي يوسف في رجل
حلف لا يدخل بغداد فانحدر من الموصل في سفينة لم يدخله لا يحنث فان خرج يمشي الي الجسر حنث
وان قدم الي الشط ولم يخرج لم يحنث ولم يكن مقيما ان كان اهله ببغداد وان خرج الي الشط حنث
وقال بن سماعة عن محمد اذا انحدر في سفينة من الموصل الي البصره ثم في وسط الدجلة فهو حانث
فصارت المسلة مختلفة بينهما ، وجه قول محمد ان الدجلة من البلد بدليل انه لو عقد
عليها جسر كان من البلد فكذا اذا حصل في هذا الموضع في سفينة ، ولابي يوسف ان موضع دجلة
ليس موضع قرار فلا يكون مقصودا وانعقد اليمين علي الدخول فلا ينصرف اليه ، قال بشر عن ابي يوسف
في رجل قال لامراته ان دخلت هذه الدار ولم يعطني ثوب كذا فانت طالق فدخلت الدار ثم اعطته
الثوب بعد ذلك فان الطلاق يقع عليها ، ولو كانت اعطته الثوب قبل ان تدخله يقع عليها الطلاق
لانه جعل شرط وقوع الطلاق دخولها في الدار علي صفة الاعطا وهو ان لا يكون الزوج معطا حال الدخو
لان هذه الواو للحال بمنزلة قوله ان دخلت الدار وانت راكبة انه يعتبر كونها حال الدخول ولا يعتبر
الركوب بعده كذا هذا ، وكذا اذا قال ان خرجت ولم تاكلي او خرجت وليس عليك ازارا وخرجت ولم
تخمري لما قلنا ، ولو قال لها ان لم تلبسي هذا الثوب ودخلت هذه الدار فانت طالق ولا نية له فان الطلا
لا يقع عليها حتي يجتمع الامران جميعا وهو ان تعطيه الثوب الي ان يموت احدهما او يهلك الثوب
وتدخل الدار فاذا اجتمع هذان وقع الطلاق لانه جعل ترك العطية والدخول جميعا شرطا لوقوع الطلاق
لان قوله ودخلت الدار شرط معطوف علي ترك العطيه وليس بوصف له فيتعلق وقوع الطلاق بوجو
ثم لا يتحقق الترك الا بموت احدهما او بهلاك الثوب فاذا مات احدهما او هلك الثوب ودخلت
الدار فقد وجد الشرطان فيحنث ، ولو قال والله لا تدخلين هذه الدار ولا تعطيني هذا الثوب فايهما
فعلت حنث لان كلمة النفي دخلت علي كل واحد منهما علي الانفراد فيقتضي انتفا كل واحد منهما فيقتضي
انتفا كل واحد منهما علي الانفراد كما في قوله تعالي فلا رفث ولا فسوق الاية ، ومن هذا الجنس
ما روي بن سماعة عن ابي يوسف فيمن قال والله لا اشتري لهذا الدراهم غير لحم فاشتري بنصفه
لحما وبنصفه خبزا حنث استحسانا ولا يحنث قياسا لانه جعل شرط حنثه ان يشتري بجميع الدرهم غير
اللحم وما اشتري بجميعه بل ببعضه فلم يوجد شرط الحنث فلا يحنث ، وجه الاستحسان
ان مبني الايمان علي العادة وعادة الناس انهم يريدون بمثل هذا الكلام ان يشتري الحالف بجميع الدرهم
اللحم ولم يشتر بجميع الدرهم اللحم فيحنث فان كان نوي ان لا يشتري بها كلها غير اللحم لم يحنث ودين في
القضا لانه نوي ظاهر كلامه فيصدق ، ولو قال والله لا اشتري بهذا الدرهم الا لحما فلا يحنث
حتي يشتري بالدرهم كله غير اللحم وهذا يؤيد القياس في المسلة الاولي لان الا وغير كلاهما من الفاظ
الاستثنا وانا نقول قضية القياس هذا في المسلة الاولي الا تري انه لو نوي ان يشتري به كله غير
اللحم صدق في القضا الا انا تركنا هذا القياس ثم للعرف والعادة ولا عرف هنا بخلاف القياس
فعملنا بالقياس فيه ، ولو قال والله لا اشتري بهذا الدرهم الا ثلثة ارطال لحم فاشتري ببعض الدرهم
لحما اقل من ثلثة ارطال وبقيتها غير اللحم لحم حنث لان قوله والله لا اشتري بهذا الدرهم يقع علي كل
شرا بهذا الدرهم ثم استثني من هذه الجملة شرا بصفة وهو ان يشتري به ثلثة ارطال ولم يوجد

ل

ق

دما

بر كلامه

فلم يوجد المستثنا فبقي ما سواه داخلا في اليمين فيحنث به ۰ ومن هذا القبيل ما اذا قال لرجلين
والله لا تبيتا ن الا في هذا البيت فبات احدهما فيه وبات الاخر في غيره لم يحنث لانه جعل شرط حنثه
بيتوتتهما جميعا في غير هذا البيت ولم يوجد لان احدهما بات في هذا البيت ولو قال والله لا ه
تبيتا ن الا في بيت فبات احدهما في بيت والاخر في بيت اخر حنث لانه جعل شرط حنثه بيتوتتهما
في غير بيت واحد وقد باتا في غير بيت واحد لانهما باتا في بيتين فوجد شرط الحنث فهو الفرق
وذكر محمد في الجامع في رجل قال ان كنت ضربت هذين الرجلين الا في دار فلان فعبدي حر وقد ضرب
كل واحد منهما في دار فلان وواحد في غيرها لا يحنث لانه جعل شرط حنثه ضربهما في غير دار فلان ولم
يوجد ۰ ولو قال ان لم اكن ضربته هذين السوطين في دار فلان فعبدي حر والمسلة الاولى حنث لان
شرط البران يجمع السوطان في دار فلان ولم يجتمعا فيحنث ۰ ولو حلف لا يدخل علي فلان فدخل عليه بيته
فان قصده بالدخول حنث وان لم يقصد لا يحنث وكذا ان دخل عليه بيت غيره وانما اعتبر القصد
ليكون داخلا عليه لان الانسان انما حلف ان لا يدخل علي غيره استخفافا وتركا لاكرامه عادة وذلك لا
يكون الامع القصد ۰ وذكر الكرخي عن بن سماعة في نوادره خلاف هذا ۰ وقال والله لا ادخل علي
فلان بيتا فدخل بيتا علي قوم وفيهم فلان ولم يعلم الحالف فانه حانث بدخوله فلم يعتبر القصد للدخول
علي فلان لاستحالة القصد بدون العلم ۰ ووجهه انه جعل شرط الحنث الدخول علي فلان والعلم
شرط فشرط الحنث ليس بشرط في الحنث كمن حلف لا يكلم زيدا فكلمه وهو لا يعرف انه زيد فظاهر
المذهب ما تقدم ولو علم انه فيهم فدخل ينوي الدخول علي القوم لا عليه لا يحنث فيما بينه وبين الله ه
تعالي لانه اذا قصد غيره لم يكن داخلا عليه ولا يصدق في القضا لان الظاهر دخوله علي الجماعة وما في
اعتقاده لا يعرفه القاضي ۰ فان دخل عليه في مسجد او ظلة او سقيفة او دهليز دار لم يحنث لان ذلك
يقع علي الدخول المعتاد وهذا ما يدخل الناس بعضهم علي بعض ولا يكون ذلك الا في البيوت ۰ فان دخل
عليه في فسطاط او خيمة او بيت شعر لم يحنث الا ان يكون الحالف من اهل البادية لانهم يسمون ذلك بيتا
والتعويل في هذا العرف ۰ وقال بن سماعة عن محمد اذا حلف لا يدخل علي فلان هذه الدار فدخل الدار
وفلان في بيت من الدار لا يحنث وان كان في صحن الدار يحنث لانه لا يكون داخلا عليه الا اذا شاهده الا ترى
ان السقا يدخل دار الامير ولا يقال انه دخل علي الامير وفي الاول شاهده وفي الثاني لم يشاهده وكذا لو
حلف لا يدخل علي فلان هذه الدار انه لا يكون داخلا عليه الا اذا دخل في بيته ۰ وقال بن رستم عن محمد
اذا قال والله لا ادخل علي فلان ولم يذكر بيتا ولا غيره فدخل عليه فسطاطا او دارا حنث وهذا محمول علي ان
من عادة ان يدخل عليه في الفساطيط ۰ وان دخل عليه في المسجد او الكعبة او الحمام لا يحنث لان المقصود
بهذه اليمين الامتناع من الدخول في المواضع التي يكرم الناس بالدخول عليه فيها وهذا لا يوجد في الحمام ه
والكعبة والمسجد ۰ قال محمد ولو دخل علي فلان بيته وهو يريد رجلا غيره يزوره لم يحنث لانه لم يدخل علي
فلان لما لم يقصده وان لم يكن له نية حنث لانه يكون داخلا علي كل من في الدار فيحنث كمن حلف لا يسلم علي رجل
فسلم علي جماعة هو فيهم ولا نية له ۰ قال بشر سمعت ابا يوسف يقول فيمن قال لامراته ان دخلت هذه
الدار وخرجت منها فانت طالق فاحتملها انسان وهي كارهة فادخلها ثم خرجت من قبل نفسها ثم دخلتها
ولم تخرج وقع الطلاق لان الواو لا تقتضي الترتيب لانها للجمع المطلق ولا عادة في تقدم احد الشرطين علي
الاخر فتعلق الطلاق بوجودهما من غير مراعاة الترتيب وكذلك القيام والقعود والسكون والكلام
والصوم والافطار ونحو ذلك لما قلنا ۰ ولو قال ان حضت وطهرت فانت طالق فطهرت من هذا الحيض
ثم حاضت لم يقع الطلاق حتي تطهر ولا يقع الطلاق في هذا الموضع حتي يتقدم الحيض الطهر وكذا لو
اذا حبلت وولدت وهي حبلي وكذا اذا قال زرعت وحصدت لا بد من تقدم الزرع والحصاد والحمل
والولادة والحيض الطهر لان احد الامرين يتعقب الاخر عادة فلزم الاعادة الترتيب بالعادة ولو

قال لامراته ان تزوجتك وطلقتك فعبدي حر ولا نية له فطلقها واحدة بائنة ثم تزوجها عتق عبده لا
لا يحتمل التزوج للحال لكونها زوجة ويحتمل الطلاق فيراعي فيه معني الجمع المطلق لا الترتيب ومتي طلقها
وتزوجها فقد جمع بينهما فوجد الشرط ۰ فصل واما الحلف علي الخروج فالخروج هو
الانفصال من الحصن الي العورة علي مضادة الدخول فلا يكون المكث بعد الخروج خروجا كما لا يكون
المكث بعد الدخول دخولا لانعدام حده وحقيقته ثم الخروج كما يكون من البلدان والدور والمنازل
والبيوت يكون من الاخبية والفساطيط والخيم والسفن لوجود حده كالدخول والخروج من الدور
المسكونة ان يخرج الحالف بنفسه ومتاعه وعياله كما اذا حلف لا يسكن ۰ والخروج من البلدان
والقري ان يخرج الحالف ببدنه خاصة وهذا يشهد لقول من يقول من اصحابنا ان من حلف لا يسكن في
بلد فخرج بنفسه دون عياله لا يحنث والتعويل في هذا علي العرف ۰ فان خرج من الدار واهله وعياله
فيها لا يعد خارجا من الدار ويقال لم يخرج فلان من الدار اذا كان اهله ومتاعه فيها ومن خرج من
البلد يعد خارجا من البلد وان كان اهله ومتاعه فيه ۰ وقال هشام سمعت ابا يوسف قال
اذا قال والله لا اخرج وهو في بيت من الدار فخرج الي صحن الدار يحنث لوجود الانفصال لان الدار
والبيت في حكم واحد فالحلف علي الخروج المطلق يقتضي الخروج منهما جميعا فلما لم يوجد لا يحنث الا ان
يكون نيته ان لا يخرج من البيت فاذا خرج الي صحن الدار حنث لوجود الانفصال من داخل الي خارج
وفيه تشديد علي نفسه فان قال نويت بالخروج الي مكة او خروجا من البلد لا يصدق في القضا ولا
في ما بينه وبين الله تعالي لانه نوي تخصيص المكان وهو ليس بمذكور وغير المذكور لا يحتمل فيه التخصيص
وكذا قال محمد في الجامع ان قال ان خرجت فعبدي حر وقال عنيت به السفر الي بغداد دون ما سواها
لم يدين في القضا ولا ديانة لما قلنا ۰ وقال هشام سالت محمدا عن رجل لا يخرج من الري الي الكوفة
فخرج من الري يريد مكة وطريقه علي الكوفة قال محمد ان كان حين خرج نوي ان لا يمر بها ثم بدا له بعد
ما خرج وصار من الري الي موضع تقصر فيه الصلوة ان يمر بالكوفة فمر بها لم يحنث لان النية تغيرت
حين الخروج وفي الفصل الاول وجدت نية الخروج الي الكوفة لانه اذا نوي ان يخرج الي مكة وهو
بالكوفة فقد نوي الخروج الي الكوفة والي غيرها فيحنث وفي الفصل الثاني لم توجد النية وقت الخروج
فلا يحنث وان كانت نيته ان لا يخرج الي الكوفة خاصة ثم بدا له الحج فخرج ونوي ان يمر بالكوفة قال
محمد هذا لا يحنث فيما بينه وبين الله تعالي لانه نوي تخصيص ما في بطنه لفظه ۰ وقال بن سماعة عن
ابي يوسف في رجل قال لامراته ان خرجت من هذه الدار الا في المسجد فانت طالق فخرجت تريد المسجد
ثم بدا لها فذهبت الي غير المسجد لم تطلق لانه جعل الخروج الي المسجد مستثني من اليمين فلما خرجت
تريد المسجد فقد تميز الخروج الي المسجد فوجد الخروج المستثنا بعد ذلك وان قصدت غير
المسجد لكن لا يوجد الخروج بل المكث في الخارج وانه ليس بخروج لعدم حده فلا يحنث ۰ وقال
عمر بن اسد سمعت محمدا رحمه الله قال عن رجل حلف ليخرجن من البرية ما الخروج قال اذا جعل البيوت
خلف ظهره لان من حلف حصل في هذا الموضع جاز له القصر ولا يجوز له القصر الا بالخروج من
البلد فعلم انه خرج من البلد ۰ قال عمر سالت محمدا عن رجل قال لامراته ان خرجت من غير حق
فانت طالق فخرجت في جنازة والده قال لا تطلق وكذا كل ذي رحم وكذا خروجها الي العرس وخروجها
فيما يجب عليها لان الحق المذكور في هذا الموضع لا يراد به الواجب عادة وانما يراد به المباح
والذي لا يأثم فيه ۰ ولو قال لها ان خرجت من هذه الدار فانت طالق فخرجت منها من الباب الي
اي باب كان ومن اي موضع كان من فوق حايط او سطح او نقب حنث لوجود الشرط وهو
الخروج من الثلمة ۰ ولو قال ان خرجت من باب هذه الدار فخرجت من اي باب كان من
الباب المبتدي او الحادث بعد اليمين حنث لوجود الشرط وهو الخروج من باب الدار

ولا يحنث بالخروج من السطح او من فوق الحايط لعدم الشرط ٭ ولو عين بابا في اليمين يتعين ولا يحنث
بالخروج من غيره لان التعيين مفيد في الجملة فيتعين ٭ ولو قال ان خرجت من هذه الدار الا في امر كذا
فهذا و قوله الا باذني واحد وسنذكره ان شا الله تعالى ٭ و ان قال ان خرجت من هذه الدار مع
فلان فانت طالق فخرجت وحدها او مع فلان اخر ثم خرج فلان ولحقها لم يحنث لان كلمة مع للقران
فيقتضي مقارنتهما في الخروج و لم يوجد لان المكث بعد الخروج ليس بخروج ٭ ولو قال ان خرجت
من هذه الدار فانت طالق فصعدت الصحرا الى بيت علو او كنيف شارع الى الطريق الاعظم لا يحنث
لان هذا في العرف لا يسمي خروجا من الدار ٭ ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فخرج منها ماشيا
او راكبا او اخرجه رجل بغير امره او اخرج احدي رجليه فالجواب فيه كالجواب في الدخول
ولو خرج الي مكة فخرج من بيته يريد مكة يحنث لان خروجه من بيته هو انفصال من داخل
بيته الي خارجه علي نية الحج وقد وجد وقد ذكرنا تفسير خروجه من بيته وهو ان يجعل بيوت
بلده خلف ظهره ولو قال لا اتي مكة فخرج اليها لا يحنث ما لم يدخلها لان اتيان الشي هو الوصول
اليه ولو قال لا اذهب الي مكة فلا رواية فيه واختلف المشايخ قال هو والخروج سوا وقال
هو والاتيان سوا ٭ ولو قال انت طالق ان خرجت من هذه الدار الا باذني او بامري او برضاي او
بعلمي او قال ان خرجت من هذه الدار بغير اذني او بامري او برضاي او علمي فهو علي كل مرة عندهم
جميعا ٭ ههنا ثلاث مسايل ٭ احدها هذه ٭ والثانية ان تقول انت طالق ان خرجت من هذه
الدار حتي اذن لك او امر او ارضي او اعلم ٭ والثالثة ان تقول انت طالق ان خرجت من هذه الدار
الا ان اذن لك او امر او ارضي او اعلم ٭ اما المسلة الاولي فالجواب ما ذكرنا ان ذلك يقع الاذن
في كل مرة حتي لو اذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت بغير اذن يحنث وكذا لو اذن لها مرة فقبل
ان تخرج نهاها عن الخروج ثم خرجت بعد ذلك يحنث وانما كان كذلك لانه جعل كل خروج شرطا لوقوع
الطلاق والمستثنا خروجا موصوفا بالاذن لان البا في قوله الا باذني حرف الصاق هكذا قال اهل
اللغة ولا بد من شيين يلتصقان بالة الالصاق كما في قوله كتبت بالقلم وليس ههنا يلصق به
الاذن فلا بد ان يضمر كما في قولهم بسم الله انه يضمر فيه ابدا وفي باب الحلف قولهم بالله لا افعل
كذا او يضمر فيه اقسم ليكون البا ملصقة الاسم بقوله ابدي واسم الله في باب الحلف بقوله اقسم
ولا بد لكل مضمر من دليل عليه اما حال او لفظ مذكور لان الوصول الي ما خفي غير ممكن ولا بواسطة
الحلي ولا حال ههنا تدل علي اضمار شي فاضمر ما دل عليه اللفظ المذكور في صدر الكلام وهو
قوله ان خرجت وليس ذلك الا الخروج فصار تقدير الكلام ان خرج فلان من هذه الدار خروجا الا
خروجا باذني والمصدر الاول في موضع النفي فيعم فصح الاستثنا منه لانه يصير المستثنا منه وهو
خروج موصوف بصفة الا تري النصاق بالاذن فقد نفي كل خروج واستثني خروجا موصوفا بكونه
ملتصقا بالاذن فبقي كل خروج غير موصوف بهذه الصفة تحت المستثنا منه وهو الخروج العام الذي
هو شرط وقوع الطلاق فاذا وجد خروج اتصل به الاذن لم يك شرطا لوقوع الطلاق وكذا اذا قال
لها انت طالق ان خرجت من هذه الدار الا بملحفة ان كل خروج يوصف بهذه الصفة وهو ان يكون
بملحفة يكون مستثنا من اليمين فلا يحنث به وكل خروج لا يكون بهذه الصفة يبقي تحت عموم اسم
الخروج فيحنث به ٭ وان اراد بقوله الا باذني مرة واحدة يدين فيما بينه وبين الله تعالى ولا في القضا
في قول ابي حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف ٭ وروي عنه لا يدين في القضا لانه
خلاف الظاهر لان ظاهر هذا الكلام يقتضي ذكر الاذن في كل مرة لما بينا ٭ وجه ظاهر
الرواية ان يكون اثر الاذن ما ثبت بظاهر اللفظ وانما يثبت باضمار الخروج فاذا نوي مرة واحدة
فقد نوي ما يقتضيه ظاهر الكلام فيصدق وسرى في قوله الا باذني لو اراد الزوج ان لا يحنث

بامره اوسم

الثاني هو

ويقدر المراة على الخروج في كل وقت من غير حنث ٭ فالحيلة فيه ان يقول الزوج اذنت لك ابدا او اذنت لك
الدهر كله او قال كلما شيت الخروج فقد اذنت لك او كلما خرجت فقد اذنت لك وكذا لو قال لها اذنت
لك عشرة ايام فدخلت مرارا الى العشرة لم يحنث ٭ فلو انه اذن لها اذنا عاما ثم نهاها عن الخروج هل
يعمل نهيه ٭ قال محمد يعمل نهيه فيبطل اذنه حتي لو انها خرجت بعد ذلك بغير اذنه يحنث وقال
ابو يوسف لا يعمل فيه نهيه ورجوعه عن الاذن ٭ وجه قول محمد لو اذن لها مرة ثم نهاها
صح نهيه حتي لو خرجت بعد النهي يحنث فكذا اذا اذن لها في كل مرة ان يعمل نهيه ويرتفع الاذن
بالنهي ٭ وجه قول ابي يوسف ان الاذن الموجود علي طريق العموم في الخرجات كلها
مما يبطل الشرط لان شرط وقوع الطلاق الخروج الذي ليس بموصوف بكونه ملتصقا بالاذن
وهذا لا يتصور بعد الاذن العام لان كل خروج يوجد بعده لا يوجد الا ملتصقا بالاذن فخرج
الشرط من ان يكون متصورا لوجود ولا بقا لليمين بدون الشرط كما لا بقا لها بدون الجزا لانها تتركب
من الشرط والجزا فلم يبق اليمين فوجد النهي العام ولا يمين فلم يعمل بخلاف الاذن الخاص مرة واحدة ثم
النهي عنها لان هناك بالاذن بالخروج مرة لم يرتفع اليمين فجا النهي واليمين باقية فصح النهي ٭ واما
المسلة الثانية فجوابها ان ذلك علي الاذن مرة واحدة حتي لو اذن لها مرة فخرجت ثم عادت ثم خرجت
بغير اذن لا يحنث ٭ وكذا اذا اذن لها مرة ثم نهاها قبل ان تخرج ثم خرجت بعد ذلك لا يحنث
لان كلمة حتي كلمة غاية وهي بمعني الي وكلمة الي كلمة انتها الغاية فكذا كلمة حتي الا تري انه لا فرق بين
قوله حتي اذن وبين قوله الي ان اذن ٭ ومعني قوله حتي ان اذن وكلمة ان مضمرة لان حتي لما كانت من
عوامل الاسما وما كان من عوامل الاسما لا يدخل الافعال اصلا فلم يكن بد من ان يصير الي الفعل الذي
هو من جملتها بمنزلة الضمير يقول احب ان تقوم اي احب قيامك فيكون قوله حتي اذن اي حتي
اذني وهو كقوله الي اذني ولهذا ادخلوا كلمة ان بعد الي فقالوا الي ان اذن الا ان هناك اعتادوا
الاظهار مع الي وههنا مع حتي اعتادوا الاضمار واذا كان كذلك صار وجود الاذن منه غاية لحظر
الخروج والمضروب له الغاية ينتهي عند وجود الغاية فينتهي حظر الخروج ومنعه باليمين عند
وجود الاذن مرة واحدة بخلاف الاول فان اراد بقوله حتي اذن كل مرة فهو علي ما نوي في قولهم
جميعا حتي يحاز عن الا لوجود معني الانتها في الاستثنا علي ما بينا وفيه تشديد علي نفسه فيصدق
والله الموفق ٭ واما المسلة الثالثة فالجواب فيها كالجواب في قوله حتي اذن في قول العامة
وقال الفرا الجواب فيها كالجواب في قوله الا باذني ٭ وجه قوله ان كلمة الا كلمة
استثنا فلا بد من تقدم المستثنا منه عليها وتاخر المستثني عنها وان مع الفعل المستقبل بمنزلة
المصدر علي ما مر فصار تقدير الكلام ان خرجت من الدار الا خروجا الا باذني وهذا ليس بكلام مستقيم
فلا بد من ادراج حتي يصح الكلام فيدرج البا ويجعل معناه والا خروجا باذني واسقاط البا
في اللفظ مع ثبوتها في التقدير جاير في الكلام كما روي رؤبة بن العجاج انه قيل له كيف اصبحت قال
خير عافاك الله اي بخير وكذا يحذفون البا في القسم فيقول الله مكان قولهم بالله وانما اختلفوا
في الخفض والنصب واذا كان هذا جايزا ادرجت لضرورة تصحيح الكلام والدليل عليه قوله تعالى
لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يوذن لكم اي بالاذن لكم حتي كان يحتاج الي الاذن في كل مرة فكذا
فيما عرفته ٭ ولنا ان هذا الكلام لما لم يكن بنفسه صحيحا كما قاله الفرا ولا بد من القول بتصحيحه
ولم يمكن تصحيحه علي التقدير الذي قاله الفرا وامكن تصحيحه ايضا بحمل الا بمعني حتي والا لان كلمة
الا كلمة استثنا وما ورا كلمة الاستثنا وهو المستثني منه ينتهي عند كلمة الاستثنا وعند وجود
المستثني فصارت كلمة الاستثنا علي هذا التقدير للغاية فاقيم مقام الغاية فصار كانه قال ان خرجت
من هذه الدار الي دار او حتي اذني وهذا اولي مما قاله الفرا لان تصحيح الكلام بحمل كلمة قايمة مقام

احزى اولى من التصحيح بطريق الاضمار لان جعل الكلمة قايمة مقام احزى ان كان فيه ضرب تغيير لكن التغيير بتصرف في الوصف والاضمار اثبات اصل كلام والتصرف في الوصف بالتغيير والتبديل ادون من اثبات الاصل بلا شك فكان هذا اولى على ان فيما له اضمار شيين احدهما الباء والاخر الجالب للبا وهو قوله الاخروجا وليس فيما ذهبنا اليه ادراج شى بل اقامة ما فيه معنى الغاية مقام الغاية ولا شك ان هذا اولى فكان التصحيح به اولى وهذا معنى قوله تبارك وتعالى لا يزال بنيانهم الاية والله اعلم اى الى اي وقت تقطع قلوبهم وهو حالة الموت ۰ وفي قوله الا ان يوذن لكم احتيج الى الاذن في كل مرة لا بمقتضى اللفظ بل بدليل اخر وهو ان دخول دار الغير بغير اذنه حرام الا ترى انه قال في اخر الاية ان ذلكم كان يوذي النبي ومعنى الاذى موجود في كل ساعة فشرط الاذن في كل مرة والله اعلم ۰ فان قال الا باذن فلان فمات المحلوف على اذنه بطلت اليمين عند ابي حنيفة ومحمد ۰ وعند ابي يوسف انها على حالها وهذا فرع اختلافهم فيمن حلف ليشربن الما الذي في الكوز وليس في الكوز انه لا ينعقد اليمين في قول ابي حنيفة ومحمد وعنده ينعقد بنا على اصل ذكرناه فيما تقدم ان تصور وجود المحلوف عليه في المستقبل شرط انعقاد اليمين وبقاوه متصور الوجود حقيقة شرط بقا اليمين عندهما وعنده ليس بشرط فان اذن لها بالخروج من حيث لا تسمع فخرجت بغير الاذن تحنث عندهما ولا تحنث عنده لان الاذن يتعلق بالاذن لانه كلامه وقد وجد فاما السماع فانما يتعلق بالماذون فلا يعتبر لوجود الاذن كما لو وقع الاذن بحيث يجوز ان تسمع وهي نايمة لانه كلامه ولان شرط الحنث خروج عن ما ذون فيه مطلقا وهو ما دون فيه من وجه لوجود كلامه للاذن فلم يوجد شرط الحنث ولان المقصود من الان الا الخروج وهو كاره وقد زالت الكراهية بقوله اذنت وان لم تسمع ۰ ولهما ان الاذن ولان هذه اليمين استعملت في الحظر والاطلاق فان قوله ان خرجت من هذه الدار يجري مجرى الحظر والمنع وقوله الا باذني يجري مجرى الاطلاق وحكم الحظر والاطلاق من الشارع والشرايع لا يثبت بدون البلوغ كما في الخالف الا ترى انه قيل في قوله تعالى ليس على الذين امنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا انه نزل في قوم شربوا الخمر بعد نزول تحريم الخمر قبل علمهم ۰ وقال محمد في الزيادات ان الوكيل لا يصير وكيلا قبل علمه بالوكالة حتى يقف تصرفه على اجازة الموكل والتوكيل اذن واطلاق ۰ ولهما ان الاذن اعلام قال الله تعالى واذان من الله ورسوله اي اعلام وقوله اذنت لك بحيث لا يسمع لا يكون اعلاما فلا يكون اذنا فلم توجد خروج ما ذون فيه فلم يوجد الخروج المستثنا فيحنث ولان الخروج مذكور في محل النفي فيعم كل خروج الا الخروج المستثني وهو الخروج المادون فيه مطلقا وهو ان يكون ما دونا فيه من كل وجه فلم يكن هذا خروجا مستثنا فبقي داخلا تحت عموم الخروج ۰ بخلاف ما اذا كانت نايمة فاذن لها بحيث يجوز ان تسمع لان مثل هذا يعد عرفا وعادة كما اذا اذن لها وهي تسمع الا انها غافلة ۰ ومسلتنا مفروضة فيما اذا اذن لها من حيث لا تسمع عادة ومثل هذا لا يعد سماعا في العرف فهو الفرق في الفصلين ۰ وقيل ان النايم يسمع لان ذلك بوصول الصوت الى صماخ اذنه والنوم لا يمنع منه وانما يمنع من فهم المسموع فصار كالو كلمه وهو يقظان الا انه غافل وحكي بن سجاع انه قال لا خلاف في هذه المسلة انه لا يحنث لانه قد عقد على نفسه بالاذن وقد اذن وانما الخلاف بينهم في الامر ۰ وروي نصر بن يحيى عن ابي مطيع عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف الا ان سليمان على الخلاف في الاذن ۰ وقال بن سماعة عن محمد لو ان رجلا قال لعبده ان خرجت من هذه الدار فانت حر ثم قال له اطع فلانا في جميع ما يامرك به فامره فلان بالخروج فخرج فالمولى حانث لوجود شرط الحنث وهو الخروج من غير اذن المولى لان المولى لم ياذن له بالخروج وانما امره بطاعة فلان ۰ وكذا لو قال المولى لرجل ايذن له في الخروج فاذن له الرجل فخرج لانه لم ياذن له بالخروج وانما امر فلانا بالاذن وكذا لو قال له قل يا فلان مولاك قد اذن لك في الخروج

فقال له فخرج فان المولي حانث لانه لم ياذن له وانما امر فلانا بكذب ۰ ولو قال المولى لعبده بعد يمينه ما امرك به فلان فقد امرتك به فامره الرجل بالخروج فخرج فالمولى حانث لان مقصود المولى من هذا ان لا يخرج الا برضاه فاذا قال ما امرك به فلان فقد امرتك به وهو لا يعلم ان فلانا يامره بالخروج والرضا بالشي بدون العلم لا يتصور فلم يعلم كون هذا الخروج مرضيا به فلم يعلم كونه مستثنا فبقي تحت المستثنا منه ۰ ولو قال المولى للرجل قد اذنت له في الخروج فاخبر الرجل به العبد لم يحنث المولى لان الاذن من المولى قد وجد الا انه لم يبلغ العبد فاذا اخبره به فقد بلغه فلا يحنث ۰ ولو قال لامراته ان خرجت الا باذني ثم قال لها ان بعت خادما فقد اذنت لك لم يكن منه هذا اذنا لانه مخاطرة يجوز ان يبيعه ويجوز ان لا يبيعه فلا يعد ذلك رضا ۰ وقال بن سماعة عن ابي يوسف اذا قال لها ان خرجت الا بامري فالامر على ان يامرها ويسمعها او يرسل بذلك رسولا اليها ۰ فان اشهد قوما انه قد امرها ثم خرجت فانه حانث فقد فرق ابو يوسف بين الامر وبين الاذن حيث لم يشترط في الاذن اسماعها وارسال الرسول به اليها وشرط ذلك في الامر ۰ ووجه الفرق ان حكم الامر لا يتوجه على المامور بدون العلم به كما في اوامر الشرع والمقصود من الاذن هو الرضا وهو ان لا يخرج مع كراهيته فقد احصل بنفس الاذن بدون العلم به ۰ قال محمد ولو غضبت وتهيات للخروج فقال دعوها تخرج ولا نية له فلا يكون هذا اذنا الا ان ينوي الاذن لان قوله دعوها ليس باذن نصا بل هو ترك التعرض لها وذلك بان لا يمنع من الخروج او تخلية سبيلها فلا يجعل اذنا بدون النية ۰ ولو قال لها في غضبه اخرجي ولا نية له كان على الاذن لانه نص على الامر الا ان يعني به اخرجي حتى تطلقي فيكون تهديدا والامر يحتمل التهديد كما في امر الشرع اعملوا ما شيتم فاذا نوى التهديد فقد شدد عليه فتصح نيته ۰ ولو قال عبده حر ان دخل هذه الدار الا ان ينسى فدخلها ناسيا ثم دخل بعد ذلك ذاكرا لم يحنث وهذا على ما ذكرنا من قول العامة في قوله انت طالق ان خرجت من هذه الدار الا ان اذن لك الا ان لانها الغاية بمنزلة قوله حتى فلما دخلها ناسيا فقد انتهت اليمين فلا يتصور الحنث بدخول تلك الدار بهذه اليمين بخلاف ولو قال ان دخل هذه الدار الا ناسيا فدخلها ناسيا ثم دخلها ذاكرا حنث لانه عقد يمينه على كل دخول وحظر على نفسه ومنعها منه واستثنى منه دخولا بصفة وهو ان يكون عن نسيان فبقي ما سواه داخلا تحت اليمين فيحنث به ۰ قال بن سماعة عن محمد في رجل قال عبدي حر ان دخلت هذه الدار دخلة الا ان يامرني فلان فامره فلان مرة واحدة لا يحنث ان دخل هذه الدخلة ولا بعدها وقد سقطت اليمين ۰ وهذا على امر واحد لما ذكرنا الا ان لانها الغاية كحتى فاذا وجد الامر مرة واحدة انحلت اليمين ۰ ولو قال ان دخلت هذه الدار دخلة الا ان يامرني بها فلان فامره فدخل ثم دخل بعد ذلك بغير امره فانه يحنث ولا بد هاهنا من الامر في كل مرة لانه وصل الامر بالدخلة بحرف الوصل وهي حرف البا فلا بد من الامر في كل دخلة كما لو قال الا بامر فلان ۰ قال هشام عن محمد في رجل حلف لا تخرج امراته الا بعلمه فاذن لها ان تخرج فخرجت بعد ذلك ولا يعلم فهو جايز لان قوله الا بعلمي اي الا باذني فقد خرجت باذن فكان خروجا مستثنا فلا يحنث ۰ اذا حلف رجل على امراته او مولى على عبده ان لا يخرج من داره الا باذنه او سلطان حلف رجلا ان لا يخرج من كورة الا باذنه ثم بانت المراة من الزوج او خرج العبد من ملك المولى او عزل السلطان عن عمله فكان الخروج بغير اذن من واحد منهم فلا حنث على الحالف ويقع اليمين على الحال التي يملك الحالف فيها الاذن فان زالت تلك الحال سقطت اليمين وانما كان كذلك لان غرض المستحلف من ذلك يتقيد بولايته وهو ان لا يخرج من له عليه ولاية الا بامره فيتقيد بحال قيام الولاية فاذا زالت زالت اليمين فان عادت المراة الى ملك الزوج او العبد الى ملك المولى او عاد السلطان الى الولاية لم تعد اليمين لانها قد سقطت على ما بينا فلا تحتمل العود ۰ وكذا الغريم اذا حلف المطلوب ان لا يخرج من بلده الا باذنه فاليمين مقيدة

قال الله

بحال قيام الدين فان قضاه المطلوب او ابراه الطالب سقطت اليمين فان عاد عليه ذلك الدين او غيره لا لم يعد اليمين لان غرض المستحلف ان لا يخرج لاجل ذلك الذي له عليه وقت الحلف فاذا سقط ذلك بطلت اليمين فلا يحتمل العود . وعلى هذا قالوا لو ان عاملا استحلف رجلا ان يرفع اليه كل من علم فلبس عليه ان يرفعه وقد خرج عن يمينه وبطلت عنه لانها تقيدت بحال عمله بدلالة العرض لان غرض العامل ان يرفع اليه ما دام واليا فاذا زال ولايته ارتفعت اليمين فان عاد العامل عاملا بعد عزله لم يكن عليه ايضا ان يرفع ذلك اليه لان اليمين قد بطلت فلا تعود سوا عاد عاملا بعد ذلك او لم يعد . ولو كان الحالف علم ببعض ما استحلف عليه فاخر رفع ذلك حتى عزل العامل حنث في يمينه ولم ينفعه رفع ذلك اليه بعد عزله لان الرفع مقيد بحال قيام الولاية فاذا زالت الولاية فقد فات شرط البر . قال محمد في الزيادات الا ان يعني ان يرفعه اليه على كل حال في السلطان وغيره فاذنه فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضا لانه نوى ظاهر كلامه وهو العموم فيصدق ديانة وقضا . وقال محمد في الزيادات اذا حلف لا يخرج امراته من هذه الدار ولا عبده فبانت منه او خرج العبد عن ملكه ثم خرجت حنث ولا يتقيد بحال قيام الزوجية والملك لانعدام دلالة التقييد وفي قوله الا باذنه فيعمل بعموم اللفظ فان عني به ما دامت امراته يدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه عني ما يحتمله لفظه ولا يدين في القضا لانه نوى تخصيص العموم وانه خلاف الاصل . وكذا من طولب بحق فحلف ان لا يخرج من دار مطالبه حنث بالخروج زال ذلك الحق او لم يزل لما قلنا . واذا ارادت المراة ان تخرج وقد اخذت في ذلك او العبد او اراد الرجل ان يضرب عبده وقد نهض لذلك فقال انت طالق ان خرجت او قال المولى انت حر ان خرجت او قال الضارب عبدي حر ان ضربته فكفوا عن ذلك فقد سقطت اليمين حتى لو خرج المحلوف عليه بعد ذلك او ضرب الرجل عبده لا يحنث الحالف لان عرضه من هذه اليمين المنع من الخروج في الحال ومن الضرب في الحال فتقيدت بالحال بدلالة العرض فتزول اليمين بزوال الحال ولا يتصور الحنث بالخروج بعد ذلك وهذه من مسايل الفور ونظايرها تاتي في مواضعها

فصل

واما الحلف على الكلام فالمحلوف عليه وهو الكلام قد يكون موبدا وقد يكون مطلقا وقد يكون موقتا . اما المويد فهو ان يحلف ان لا يكلم فلانا موبدا فهو على الابد لا شك فيه لانه نص عليه . واما المطلق فهو ان يحلف ان لا يكلم فلانا ولا يذكر الابد وهذا ايضا على الابد حتى لو كلمه اي وقت كلمه في ليل او نهار وفي اي مكان وفي اي حال حنث لانه منع نفسه من كلام فلان لنفي الكلام من قبله على العدم ولا يتحقق العدم الا بالامتناع من الكلام في جميع العمر . فان نوى شيا دون شي بان نوى يوما او وقتا او بلدا او منزلا لا يدين في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى تخصيص ما ليس بملفوظ فلا يصدق راسا ولا يحنث حتى يكون منه كلام مستانف بعد اليمين منقطع عنها . فان كان موصولا لم يحنث بان قال ان كلمتك فانت طالق فاذهبي او قومي فلا يحنث بقوله فاذهبي او فقومي كذا قال ابو يوسف لانه متصل باليمين وهذا لان قوله لا اكلمه او ان كلمتك يقع على الكلام المقصود باليمين وهو ما يستانف بعد تمام الكلام الاول وقوله فاذهبي او فقومي وان كان كلاما حقيقة فليس بمقصود باليمين فلا يحنث به ولانه لما ذكره بحرف العطف دل انه ليس بكلام مبتدا وكذا اذا قال واذهبي لما قلنا وان اراد به كلاما مستانفا صدق لانه كلام حقيقة وفيه تشديد على نفسه . وان اراد بقوله فاذهبي الطلاق فانها تطلق بقوله فاذهبي لانه من كنايات الطلاق ويقع عليها تطليقة اخرى باليمين لانه لما نوى به الطلاق فقد صار كلاما مبتدا فيحنث به وان كان في الحال التي حلف ما يدل على تخصيص اليمين كانت خاصة بان قال له رجل كلم لي زيدا اليوم في كذا فيقول والله لا اكلمه يقع هذا على اليوم دون غيره بدلالة الحال . وعلى هذا قالوا اذا قال ائتني اليوم فقال امراته طالق ان اتاك فهذا على اليوم وكذا اذا قال ائتني في منزلي فحلف بالطلاق لا ياتيه فهو على المنزل هذا اذا لم يطل الكلام بين دلالة التخصيص وبين اليمين . فان طال كانت اليمين على الابد بان قال لم تلقني في المنزل وقد اسات في لقاي وقد اتيتك غير مرة فلم القك فقال الاخر امراته طالق ان اتاك فهذا

على الابد وعلى كل منزل لان الكلام كثر فيما بين ابتدايه بذكر المنزل وبين الحلف فانقطعت اليمين عنه وصارت يمينا مبتداه . فان نوى هذا الاتيان في المنزل دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يدين في القضا لانه يحتمله كلامه لكنه خلاف الظاهر . ولو صلى الحالف خلف المحلوف عليه ثم سهى الامام فسبح الحالف وفتح عليه بالقراة لم يحنث لان هذا لا يسمى كلاما في العرف وان كان كلاما في الحقيقة الا ترى ان الكلام العرفي يبطل الصلاة وهذا لا يبطلها . وقد قالوا فيمن حلف لا يتكلم فصلى ان القياس ان يحنث لان التكبير والقراة كلام حقيقة وفي الاستحسان لا يحنث لانه لا يسمى كلاما عرفا الا ترى انهم يقولون فلان لم يتكلم في صلاته وان كان قد قرا فيها . ولو قرا القران خارج الصلوة يحنث لانه تكلم حقيقة قيل هذا اذا كان الحالف من العرب فان كان من العجم او كان لسانه غير لسان العرب لا يحنث سوا قرا في الصلوة او خارجها لانه لا يعد متكلما وان سبح تسبيحة او كبر او هلل خارج الصلوة حنث . وعند الشافعي لا يحنث والصحيح قولنا لانه وجد الكلام حقيقة الا ان تركنا الحقيقة حالة الصلوة للعرف ولا عرف خارج الصلوة وقيل هذا في عرفهم فاما في عرفنا فلا يحنث خارج الصلوة ايضا لانه لا يسمى كلاما في الحالين جميعا . ولو فتح عليه في غير الصلوة حنث لانه كلام حقيقة الا انه ترك الحقيقة في الصلوة للعرف . فان كان الامام هو الحالف والمحلوف خلفه فسلم لم يحنث بالتسليمة الاولى . وان كان على يمينه ونواه لانه في الصلوة وسلام الصلوة لا يعد كلاما كالتكبير والقراة فيها الا ترى انه لا يفسد الصلوة ولو كان من كلام الناس لكان مفسدا وان كان على يساره فنواه اختلف المشايخ فيه . قال بعضهم يحنث . وقال بعضهم لا يحنث وان كان المقتدي هو الحالف فكذلك في قول ابي حنيفة وابي يوسف بنا على ان المقتدي لا يصير خارجا عن الصلوة بسلام الامام عندهما وعند محمد يحنث لانه صار خارجا عن صلاته بسلام الامام عنده فقد تكلم كلاما خارج الصلوة فيحنث . ولو مر الحالف على جماعة فيهم المحلوف عليه فسلم عليهم حنث لانه كلم جماعتهم بالسلام فان نوى القوم دونه لم يحنث فيما بينه وبين الله تعالى لان ذكر الكل على ارادة البعض جايز ولا يدين في القضا لانه خلاف الظاهر . ولو نبه الحالف المحلوف عليه من النوم حنث وان لم ينتبه لان الصوت يصل الى سمع النايم لكنه لا يفهم فصار كما لو كلمه وهو غافل لان مثل هذا الشي يسمى كلاما في العرف كتكليم الغافل فيحنث . ولو دق عليه الباب فقال من هذا او من انت حنث لان كلمه بالاستفهام . ولو كانا في مكانين فدعاه ان كلمه فان كان بحيث يسمع مثله او اصغى اليه يحنث وان لم يسمع وان كان في موضع لا يسمع في مثله عادة وان اصغى اليه لبعد ما بينهما لم يحنث لان الموضع اذا كان قريبا بحيث يسمع مثله عادة يسمى متكلما لما ذكرنا . وان لم يسمع لعارض وليس كذلك اذا كان بعيدا ولانه اذا كان قريبا يحمل على انه وصل اليه الصوت الى سمعه لكنه لم يفهمه فاشبه الغافل وان كان بعيدا لا يصل اليه واسا . وقالوا فيمن حلف لا يكلم انسانا فكلم غيره وهو يقصد ان يسمعه لم يحنث لان مثل هذا لا يسمى مكلما اياه اذا لم يقصده بالكلام . ولو حلف لا يكلم امراته فدخل داره وليس فيها غيرها فقال من وضع هذا واين هذا حنث لانه كلمها حيث استفهم وليس هناك غيرها فان كان في الدار غيرها لم يحنث لجواز انه استفهم غيرها . فان قال ليت شعري من وضع هذا لم يحنث لانه لم يكلمها وانما كلم نفسه . ولو حلف لا يكلم فلانا فكتب اليه كتابا فانتهى الكتاب اليه او ارسل اليه رسولا فبلغ اليه الرسول لا يحنث لان الكتاب لا يسمى كلاما وكذا الرسالة . واما الموقت فنوعان مبهم ومعين اما المعين فنحو ان يحلف الرجل بالليل لا يكلم فلانا يوما ويحنث بكلامه من حين من الليل الى ان تغيب الشمس من الغد يدخل في يمينه بقية الليل حتى لو كلمه فيما بقي من الليل وفي الغد حنث لان قوله لا اكلم فلانا يقع على الابد ويقتضي منع نفسه عن كلام فلان ابدا لولا قوله يوما لاخراج ما وراءه عن اليمين فبقي زمان ما بعد اليمين بلا فصل داخلا تحتها فيدخل فيها بقية تلك الليلة وكذا لو حلف بالنهار لا يكلمه ليلة انه يحنث بكلامه من حين حلف الى طلوع الفجر لما قلنا . ولو حلف في بعض النهار لا يكلمه يوما فاليمين على بقية

اليوم والليلة المستقبلة الي مثل تلك الساعة التي حلف فيها من الغد لانه حلف علي يوم منكر فلابد من
استيفايه ولايمكن استيفاوه الا بتمامه من اليوم الثاني فيدخل الليل من طريق السمع • وكذلك اذا
حلف ليلا لا اكلمه ليلة فاليمين من تلك الساعة الي ان يجي مثلها فيدخل النهار الذي بينهما في ذلك لانه
حلف علي ليلة منكرة فلا بد من استيفايها وذلك فيما قلنا • فان قال في بعض اليوم والله لا اكلمه اليوم فاليمين
علي باقي اليوم فاذا غربت الشمس فقد سقطت وكذا اذا قال بالليل والله لا اكلمه الليل فاذا طلع الفجر
سقطت اليمين لانه حلف علي زمان معين لانه ادخل لام التعريف علي اليوم والليلة فلا بينا ولعنره
للعرف بخلاف قوله يوما لانه ذكر اليوم منكرا فلابد من استيفايه وذلك من اليوم الثاني • ولو حلف لا
يكلمه شهرا يقع علي ثلثين يوما ولو قال الشهر يقع علي بقيته • ولو قال والله لا اكلمه اليوم ولا غدا فاليمين
علي بقية اليوم ولاغد ولايدخل الليلة التي بينهما في اليمين روي ذلك بن سماعة عن ابي يوسف ومحمد لانه
افرد كل واحد من الوقتين بحرف النفي فيصير كل واحد منهما علي الانفراد قوله تعالي فلا رفث ولا فسوق
ولا جدال في الحج ولايدخل الليلة المتخللة بين الوقتين • ولو قال والله لا اكلمك اليوم وغدا دخلت الليلة
التي بين اليوم والغد في يمينه لان هنا جمع بين الوقتين الثاني وبين الاول بحرف الجمع وهو الواو فصار
وقتا واحدا فدخلت الليلة المتخللة • وروي بشر عن ابي يوسف ان الليل لايدخل لانه عقد اليمين علي
النهار ولاضرورة توجب ادخال الليل فلايدخل • ولو حلف لا تكلمه يومين يدخل فيه الليل سوا كان قبل
طلوع الفجر او بعده وكذا الجواب في الليل • ولو قال والله لا اكلمك يوما ولا يومين فهو مثل قوله
والله لا اكلمك ثلثة ايام في قول ابي حنيفة ومحمد حتي لو كلمه في اليوم الاول او الثاني او الثالث يحنث
وكذا روي بشر عن ابي يوسف هكذا ذكر الكرخي في مختصره وذكر محمد في الجامع انه علي يومين حتي لو
كلمه في اليوم الاول والثاني يحنث وان كلمه في اليوم الثالث لا يحنث وجه ما ذكره الكرخي ظاهر لانه
اليومين علي اليوم والمعطوف غير المعطوف عليه فاقتضي يومين اخرين غير الاول فصار كانه قال والله لا اكلم
يوما ويومين او قال ثلثة ايام • وجه ما ذكر محمد رحمه الله في الجامع ان كل واحد منهما يمين
منفردة لانفراد كل واحد منهما بكلمة النفي والواو للجمع بين اليمين فصار تقديره لا اكلم فلانا يوما
ولا اكلمه يومين ليلا بلغوا كلمة النفي فصار كل يمين منفردة علي حدة وصار علي اليوم الاول يمينان وعلي
اليوم الثاني يمين واحدة بخلاف ما اذا قال والله لا اكلم فلانا يوما ويومين فكلمه في اليوم الثالث يحنث
لانه لما لم يعد كلمة النفي فلم يوجد ما يدل علي انه اراد نفي الكلام في كل مدة علي حدة ليكون يمينين فبقي
يمين واحدة والواو للجمع بين المدتين كما لو جمع بكلمة الجمع فقال والله لا اكلم فلانا ثلثة ايام • والدليل
علي التفرقة بينهما انه لو قال والله لا اكلم زيدا ولا عمروا فكلم احدهما يحنث ولو قال والله لا اكلم زيدا
وعمروا فلم يكلمهما لا يحنث • وقال بشر عن ابي يوسف لو قال والله لا ادخل الدار يوما ويوما فهو مثل
حلفه علي يومين قال ابو يوسف ولا يشبه هذا قوله لا ادخلها اليوم وغدا لان قوله يوما ويوما وقوله
اليوم وغدا عطف علي يوم معين علي زمان معين ولا ضرورة الي ادخال الليل فيه فلايدخل • ولو قال والله لا
اكلم زيدا يوما والله لا اكلمه يومين والله لا اكلمه ثلثة ايام فاليوم الاول من حين فرغ من اليمين الثالثة
عليه ثلثة ايمان واليمين الثاني عليه يمينان الثانية والثالثة واليوم الثالث عليه يمين واحدة وهي الثالثة
لان كل يمين ذكرها تختص بما يعقبها فانعقدت اليمين الاولي علي الكلام في يومه عقيب اليمين والثانية في
يومين عقيب اليمين والثالثة في ثلثة ايام عقيب اليمين فانعقدت علي الكلام في اليوم الاول ثلثة ايمان
وعلي الثاني يمينان وعلي الثالثة واحدة • ونظير هذه المسايل ما روي داود بن رشيد عن محمد فيمن
قال والله لا اكلمك اكثر من سنة او قال والله لا اكلمك اليوم اكثر من شهر فعليه ان يدع كلامه في ذلك اليوم
شهرا او في ذلك اليوم سنة حتي يكلمك كلما دار ذلك اليوم في ذلك الشهر او في تلك السنة لان اليوم
اليوم يستحيل ان يكون شهرا او سنة فلم يكن ذلك مراد الحالف فكان مراده ان لا يكلمه في مثله شهرا او سنة

اليوم

فان

فان قال لا اكلمك اليوم عشرة ايام فلم يكن ذلك مرادا وقع علي سبتين وهو في يوم السبت فهذا
علي سبتين لان اليوم لايكون عشرة ايام فلم يكن ذلك مرادا ويقع علي سبتين لانه لابد ورني عشرة
ايام اكثر من سبت واحد • وكذا لو قال لا اكلمك يوم السبت يومين كان علي سبتين لان السبت لا
يكون يومين فكان المراد منه مرتين وكذا لو قال لا اكلمك يوم السبت ثلثة ايام كان كلها يوم السبت
لما بينا • ولو قال لا اكلمك يوما او لا اكلمك يوم السبت يوما فله ان يجعله اي يوم شا لانه عقد يمينه
علي يوم شايع في الايام فكان التعيين اليه • وقال بن سماعة عن محمد فيمن قال لا اكلمك يوما بين
يومين ولانيه قال فكل يوم بين يومين وهو عندي بمنزلة قوله لا اكلمك يوما فيكون علي يوم من
ساعة حلف والله اعلم • واما المبهم فنحو ان يحلف لا يكلم فلانا زمانا او حينا او الزمان او الحين فان لم يكن له نية
يقع علي ستة اشهر لان الحين يذكر ويراد به الوقت القصير قال الله تعالي فسبحان الله حين تصبحون وحين
تمسون بصلاة المغرب والعشا وحين تصبحون صلاة الفجر ويذكر • ويراد به الوقت الطويل قال
الله تعالي هل اتي علي الانسان حين من الدهر قيل المراد منه اربعون سنة • ويذكر ويراد به الوسط
قال الله تعالي توتي اكلها كل حين باذن ربها قيل ستة اشهر من وقت طلوعها الي وقت ادراكها قال
ابن عباس هي النخلة ثم عند الاطلاق لا يحمل علي الوقت القصير لان اليمين يعقد للمنع ولا حاجة الي اليمين في
مثل هذه المدة لانه يمتنع بدون اليمين ولا يحمل علي الطويل لانه لا يراد ذلك عن عادة ومن اراد ذلك يلفظ
الابد فيتعين الوسط وكذا روي بن عباس انه حمله علي ذلك ولان كل واحد من الطرفين في غاية البعد
عن صاحبه والوسط قريب منهما فيحمل عليه • واذا ثبت هذا في الحين ثبت في الزمان لكونهما من الاسما
المترادفة وعن ثعلب ان الزمان في كلام العرب ستة اشهر فان نوي الحالف شيا مما ذكرنا فهو علي ما نوي
لانه نوي ما يحتمله لفظه لما بينا • ومنهم من قال يصدق في الوقت اليسير في الحين ولا يصدق في
الزمان لانه قد ثبت استعمال اللفظ في اليسير من الحين ولم يثبت في الزمان كما في قوله تعالي فسبحان الله
حين تمسون وحين تصبحون • وذكر الكرخي في الجامع عن ابي حنيفة انه يدين فيهما في كل ما نوي من
قليل وكثير وهو الصحيح • وروي عن ابي يوسف انه يدين فيما دون ستة اشهر في القضا • ولو قال
لا اكلمه دهرا او الدهر فقال ابو حنيفة ان كانت له نية فهو علي ما نوي وان لم يكن له نية فلا ادري ما الدهر
فهو علي الابد • ومن مشايخنا من قال لا خلاف في الدهر المعرف انه الابد وانما توقف ابو حنيفة في الدهر
المنكر فانه قال اذا قال دهرا لا ادري ما هو • وذكر في الجامع الكبير ان قوله الدهر ينصرف الي جميع
العمر ولم يذكر فيه خلاف وقوله دهرا لا يجي تفسيره • وذكر في الجامع الصغير اشارة الي التوقف في المعرف
ايضا فانه قال والدهر لا ادري ما هو • وروي بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في قوله دهرا انهما
سوا فيهما فعلي قوله دهرا كالحين والزمان فانه يستعمل استعمال الحين والزمان يقال ما رايتك من دهر
وما رايتك من حين علي السوا فاذا ادخل عليه الالف واللام صار عبارة عن جميع الزمان وابو حنيفة كانه
راي الاستعمال مختلفا فلم يعرف مراد المتكلم عند اطلاق الاسم فتوقف فقال لا ادري اي لا ادري
بماذا يقدر اذ لا نص فيه عن احد من ارباب اللسان بخلاف الحين او الزمان فان فيهما نصا عن بن عباس
وتفسير قوله تعالي توتي اكلها كل حين باذن ربها ستة اشهر والزمان والحين يلتبيان عن شي واحد هذا علي
قول من قال من مشايخنا توقف في المنكر لا في المعرف او لم يعرف حقيقة معناه لغة فتوقف • والتوقف
فيما لا يعرف لعدم دليل المعرفة او لتعارض الادلة وانعدام دليل ترجيح البعض علي البعض امارة كمال
العلم وتمام الورع • وقد روي بن عمر عن ابن عباس رضي الله عنهما انه سيل عن شي فقال لا ادري
وروي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم عن افضل البقاع فقال لا ادري فلما نزل جبريل عليه السلام
ساله فعرج الي السما ثم هبط فقال سالت ربي عن افضل البقاع فقال المساجد وافضل اهلها من جاها
اولا وانصرف اخرا وشر اهلها من جاها اخرا وانصرف اولا • ولو قال يوم اكلم فلانا فامراته طالق ولا

نية له فكلمه ليلا او نهارا حنث • وكذلك اذا قال يوم ادخل هذه الدار لان اليوم اذا قرن بفعل غير ممتد يراد
به مطلق الوقت في متعارف اهل اللسان قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال الاية
ومن ولى دبره بالليل يلحقه الوعيد كما لو ولى بالنهار • فان نوى به النهار خاصة دين في القضا لانه نوى
حقيقة كلامه • وروي عن ابي يوسف لا يدين لان اللفظ جعل عبارة عن مطلق الوقت في عرف الاستعمال
فلا يصدق في الصرف عنه • وان قال ليلة اكلم فلانا او ليلة يقدم فلان فانت طالق فكلمه نهارا او قدم
نهارا لا تطلق لان الليلة في اللغة اسم لسواد الليل يقال لليلة مظلمة ليله وليل والليل ولا عرف هنا يصرف
اللفظ عن مقتضاه لغة حتى لو ذكر الليالي حملت على الوقت المطلق لانهم تعارفوا استعمالها في الوقت المطلق
معروف ذلك في اشعارهم كما قالوا • ليالي لاقينا جذام وحميرا • ولو قال لامراته يوم يقدم
فلان فامرك بيدك فقدم فلان ليلا لا يكون لها من الامر شي لان ذكر اليوم في حال ذكر اليوم يراد به
الوقت المعين لان ذكر الامر يقتضي الوقت لا محالة وهو المجلس لان الصحابة جعلوا للمخيرة الخيار ما دامت
في مجلسها فقد وقتوا للامر وقتا اذا كان كذلك استغني عن الوقت فيقع ذكر اليوم على بياض النهار
فاذا قدم في بياض النهار صار الامر بيدها علمت او لم تعلم ويبطل بمضي الوقت لان هذا امر موقت فيبطل
بمضي الوقت والعلم ليس بشرط كما اذا قال امرك بيدك اليوم لانه يخرج الامر من يدها • واما في الامر
المطلق فيقتصر على مجلس علمها • ولو قال ليلة يقدم فلان فامرك بيدك فقدم نهارا لم يثبت لها ذلك
الامر لما ذكرنا ان الليلة عبارة عن سواد الليل • وذكر في الجامع اذا قال والله لا اكلمك الجمعة فله ان يكلمه
في غير يوم الجمعة لان الجمعة اسم ليوم مخصوص فصار كما لو قال لا اكلمك يوم الجمعة وكذا لو قال جمعا فله
ان يكلمه في غير يوم الجمعة لان الجمع جمع جمعة وهي يوم الجمعة فلا يتناول غيره كما لو قال اكلمه اياما فانه
يدخل فيه الليالي لانا انما عرفنا ذلك بعرف الاستعمال قال الله تعالى في قصة زكريا عليه السلم ثلثه
ايام الا رمزا وقال في موضع اخر ثلث ليال سويا والقصة واحدة ومثل هذا الاستعمال لم يوجد في قوله
جمعا • ثم اذا قال والله لا اكلمك جمعا فهو على ثلاث جمع لان اقل الجمع الصحيح ثلاثة عندنا فيحمل عليه لكونه
متيقنا واذا قال الجمع فهو على عشر جمع في قول ابي حنيفة وكذا الايام والازمنة والاحايين والشهور والسنين
ان ذلك يقع على عشر جمع وعشرة احايين وازمنة وعشرة اشهر وعشر سنين • وقال ابو يوسف ومحمد
في الجمع والسنين انه على الابد وكذا في الاحايين والازمنة وفي الايام على سبعة وفي الشهور على اثني عشر
والاصل عندهما اذا دخل حرف التعريف واللام في اسما الجمع فانه ينظر ان كان هناك معهود ينصرف اليه
كالسبعة من الايام والاثني عشر من الشهور فان لم يكن هناك معهود ينصرف الى جميع الجنس فيستغرق
العمر كالسنين والاحايين والازمنة • والاصل عند ابي حنيفة انه ينصرف الى ذلك الى اقصى ما يطلق عليه
لفظ الجميع عند اقترانه بالعدد وذلك عشرة • وجه قولهما ان اللفظ المعرف اذا لم ينصرف الى الجنس
فاما ان ينصرف الى المعهود واما ان ينصرف الى بعض الجنس والصرف الى المعهود اولى لانه لا يحتاج فيه الى
الادراج وفي الصرف الى البعض يحتاج الى ادراج لفظة البعض فكان الصرف الى المعهود اولى والمعهود
في الايام السبعة التي تركب منها الشهر وهي من السبب الى الجمعة وفي الشهور الاثني عشر التي تركب منها
السنة واذا لم يكن هناك معهود فالصرف الى الجنس اولى فينصرف اليه • ولابي حنيفة استعمال ارباب
اللغة واهل اللسان في الجموع فاذا اقصى ما يطلق عليه لفظ الجمع عند اقترانه بالعدد هو العشرة يقال
ثلثة رجال واربعة رجال وعشرة رجال ثم اذا جاوز العشرة يقال احد عشر رجلا وعشرون رجلا
والف رجل لان لفظ الجمع يطلق على كل فرد من هذه الاعداد التي ذكرنا الى العشرة في حالة الابهام والتعيين
والاسم متى كان ثابتا للشي في حالين كان اثبت مما هو اسم له في حال دون حال بل يكون نازلا منزلة الاول بمنزلة
المجاز من الحقيقة فكان الصرف الى ما هو اسم له في الحالين اولى ولهذا اقتصر على العشرة • ولو حلف لا
يكلمه اياما فقد ذكر في الاصل انه على عشرة ايام في قول ابي حنيفة وسوى بينه وبين الايام وذكر في

الجامع انه على ثلثة ايام ولم يذكر فيه الخلاف وهو الصحيح لانه ذكر لفظ الجمع منكرا فيقع على ادنى الجمع الصحيح وهو
ثلثة عندنا • ولو قال لا اكلمك سنين فهو على ثلث سنين في قولهم جميعا لما ذكرنا في الايام • ولو حلف لا يكلمه
العمر فهو على جميع العمر اذا لم يكن له نية • ولو قال عمرا فعن ابي يوسف روايتان • في رواية يقع على يومه
وفي رواية يقع على ستة اشهر كالحين وهو الاظهر • ولو حلف لا يكلمه حقبا فهو على ثمانين سنة لانه اسم له
ولو حلف لا يكلمه اياما كثيرة فهو على عشرة ايام في قياس قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف مثله لانه ادخل
الكثير على اسم الجمع فصار كما لو ذكر بلام الجنس • وذكر في الجامع الصغير ان على قول ابي يوسف ومحمد يقع على
سبعة ايام ولو قال لا اكلمك كذا وكذا يوما فهو على احد وعشرين لانه اقل عدد يعطف على عدد بحرف
العطف • ولو قال كذا وكذا فهو على احد عشر يوما • ولو حلف لا يكلمه بضعة عشر يوما فهو على
ثلثة عشر لان البضع من ثلثة الى تسعة فيحمل على اقلها • ولو حلف لا يكلمه الى بعيد يقع على شهر فصاعدا
ولو حلف لا يكلمه الى قريب ولا نية له فهو على اقل من شهر • وكذا لو حلف لا يكلمه عاجلا ولا نية له فهو
على ما دون الشهر لان الشهر في حكم الكثير لانه يجعل اجلا في الديون فكان بعيدا واجلا وما دونه عاجلا
ولو حلف لا يكلمه مليا يقع على شهر كبعيد سوا الا ان يعني به غيره • وذكر الكرخي اذا قال والله لاهجرنك
مليا فهو على شهر واكثره فان نوى اقل من ذلك لم يدين في القضا لانه جاني تاويل قوله تعالى واهجرني مليا
اي طويلا وهذا يقتضي ما زاد على الشهر • ولو حلف لا يكلمه الشتا فاول ذلك اذا لبس الناس الحشو والفرا
واخر ذلك اذا القوها على البلد الذي حلف فيه • والصيف على ضده وهو من حين القا الحشو الى لبسه
والربيع اخر الشتا والمرجع في ذلك الى اللغة • وقال خلف بن ايوب سالت محمدا عن رجل حلف لا يكلمه رجلا
الى الموسم قال يكلمه اذا اصبح يوم النحر لانه اول الموسم • وقال ابو يوسف يكلمه اذا زالت الشمس يوم
عرفة لانه وقت الركن الاصلي وهو الوقوف بعرفة • وقال عمر عن محمد غرة الشهر وراس الشهر اول ليلة ويومها
واول الشهر الى ما دون النصف واخره اذا مضى خمسة عشر يوما • وقد روي عن ابي يوسف فيمن قال
لله علي ان اصوم اول يوم من اخر الشهر واخر يوم من اول الشهر فعليه ان يصوم الخامس عشر والسادس
عشر لان الخامس عشر اخر اوله والسادس عشر اول اخره • اذا قال والله لا اكلمك احد يومين او لاحد
احد يومي او قال احد اليومين او قال احد ايامي فهذا كله على اقل من عشرة ايام ان كلمه قبل العشرة لم
يحنث ويدخل في ذلك الليل والنهار لان مثل هذا لا يراد به يومان باعيانهما وانما يذكر على طريق التقريب
وما دون العشرة في حكم الزمان الحاضر • فان قال احد يومي هذين فهو على يومه ذلك والغد لانه
اشار الى يومين والاشارة تقع على معين • ولو حلف لا يكلم فلانا وفلانا هذه السنة الا يوما فان جمع
كلامهما في يوم له استثناه اي لا يحنث لان اليوم الذي يكلمهما فيه مستثنى من اليمين فان كلم احدهما
في يوم والاخر في يوم حنث لان المستثنى منه يوم يكلمهما جميعا فيه ولم يوجد فقد كلمهما في غير اليوم
المستثنى فيحنث وان كلم احدهما ثم كلمهما جميعا في يوم لا يحنث لان اليوم الذي كلمهما فيه مستثنى
وشرط الحنث ساعة في غيره كلامهما لا كلام احدهما ولو كلمهما في يوم اخر لم يحنث لان الاستثنا وقع على
يوم منكر يكلمهما فيه فكانه قال الا يوم اكلمهما فيه • ولو استثنى يوما معروفا فكلم احدهما فيه والاخر في
الغد لم يحنث لان شرط الحنث من غير اليوم المستثنى كلامهما ولم يوجد فلم يوجد الشرط بل بعضه
وقال محمد اذا قال لا اكلمهما الا يوما لم يحنث بكلامهما في يوم واحد وان كلمهما في يوم اخر حنث لانه لم
يستثن الا يوما واحدا وقد وجد فصارت اليمين بعده مطلقة • وروى هشام عن محمد اذا قال لا اكلمك
شهرا الا يوما او قال غير يوم انه على ما نوى وان لم يكن له نية فله ان يتحرى اي يوم شا لانه استثنى يوما
منكرا وكل يوم من الشهر يصلح للاستثنا فان قال نقصان يوم فهذا على تسعة فهنا تسعة وعشرين
يوما لان نقصان الشهر يكون اخره • ولو حلف لا يكلم فلانا او فلانا فكلم احدهما حنث لان كلمة او اذا
ذكرت عقيب كلمة النفي اوجبا انتفا كل واحد من المذكورين على الانفراد قال الله تعالى ولا تطع منهم اثما

الجامع

او كفورا اي ولا كفورا وكذا لو قال ولا كفورا لان كلمة النفي اذا اعيدت تناولت كل واحد من المذكورين على حاله
قال الله تعالى ولا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج ٭ ولو حلف لا اكلم فلانا وفلانا لم يحنث حتى يكلمهما لان
حرف الواو للجمع والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فكانه حلف لا يكلمهما فقد علق الجزا بشرطين فلا ينزل عند
وجود احدهما ٭ ولو حلف لا اكلم فلانا وفلانا او فلانا فان كلم احد الاولين لا يحنث ما لم يكلمهما وان كلم
الثالث حنث لانه جعل شرط الحنث كلام الاولين جميعا او كلام الثالث فاي ذلك وجد حنث ٭ ولو قال
لا اكلم هذا او هذا وهذا فان كلم الاول حنث وان كلم احد الاخرين لم يحنث لانه جعل شرط الحنث كلام
الاول او كلام الاخرين فيراعى شرطه ٭ ولو حلف الناس او لا يكلم بني تميم فكلم واحدا منهم يحنث لانه
لا يمكن حمله على الجنس والعموم لان الحالف انما يمنع نفسه عن ما هو في وسعه وليس في وسعه تكليم الناس
كلهم فلم يكن ذلك مرادا والى هذا اشار محمد في الجامع فقال الا ترى انه لا يقدر يكلم بني تميم كلهم وليس
هنا معهود ينصرف اللفظ اليه فتعين الصرف الى بعض الجنس ويضمر فيه لفظ البعض ٭ وان عنى به الكل
لا يحنث ابدا ويكون مصدقا فيما بينه وبين الله تعالى وفي القضا لانه نوى حقيقة كلامه وهو الجنس
وروي عن ابي يوسف انه لا يدين في القضا ايضا لانه لا يراد الجنس بهذا الكلام فقد نوى خلاف الظاهر فلا
يصدق قضا ٭ وعلى هذا اذا حلف لا يتزوج النسا ولا يشتري العبيد ٭ ولو حلف لا يبتدي فلانا بكلام
ابدا فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه معا لم يحنث لعدم شرط الحنث وهو ابتداوه فلانا بالكلام
لان ذلك بتكليمه قبل تكلم صاحبه ولم يوجد وكذا ان قال ان كلمتك قبل ان تكلمني لانه لما خرج كلامهما
معا فلم يكلم الحالف قبل تكليمه فلم يوجد شرط الحنث ٭ ولو قال ان كلمتك حتى تكلمني فتكلما معا لم يحنث
في قول ابي يوسف ٭ وقال محمد يحنث لان الحالف بقوله ان كلمتك منع نفسه عن تكليمه مطلقا ٥
وجعل تكليم صاحبه اياه غاية لانحلال اليمين فاذا كلمه قبل وجود الغاية حنث ٭ ولابي يوسف ان غرض
الحالف من هذا الكلام منع نفسه عن تكليم المحلوف عليه قبل كلامه ولم يوجد ذلك ٭ وعلى هذا الخلاف
اذا قال لا اكلمك الا ان تكلمني لان كلمة الا ان اذا دخلت على ما يتوقت كانت بمعنى حتى قال الله تعالى
لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم وكذا لو حلف لا يدخل هذه الدار حتى
يكلمها يدخلها فلان وحلف الاخر على مثل ذلك فدخلا جميعا لم يحنث عند ابي يوسف ويحنث عند محمد

فصل

واما الحلف على الاظهار والافشا والكتمان والاعلان والاسرار والاخفا والاخبار
والبشارة ونحوها ٭ اذا حلف لا اظهر سرك لفلان او لا افشي او حلف ليكتمن سره او ليسرنه او ليخفينه
فكلم فلانا سرا او كتب اليه وبلغه الكتاب او ارسل اليه رسولا فبلغه الرسالة او ساله فلان عن ذلك ٥
وقال اكان من الامر كذا فاشار الحالف براسه اي نعم فهو حانث لوجود شرط الحنث وهو اظهار السر اذ الاظهار
اثبات الظهور وذلك لا يقف على العبارة بل يحصل بالدلالة والاشارة الا ترى انه يقال ظهر في اعتقاده فلان
اذا فعل ما يستدل به على اعتقاده وكذا الاشارة بالراس عقيب السوال يثبت به ظهور المشار اليه فكان
اظهارا ٭ فان نوى به الكلام او الكتاب دون الايما دين في ذلك لانه نوى تخصيص ما في لفظه فيدين فيما
بينه وبين الله تعالى ٭ وكذا لو حلف لا يعلم فلانا بمكان فلان فساله المحلوف عليه افلان في موضع كذا ٥
وكذا فاومى اليه براسه اي نعم يحنث لوجود شرط الحنث وهو الاعلام وهو اثبات العلم الذي يحدث به
صفة يتجلى بها المذكور لمن قامت هي به وان نوى به الا بالكلام او بالكتاب دين فيما بينه وبين الله تعالى لانه نوى
تخصيص العموم وانه جائز وانه خلاف الظاهر فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضا لمخالفة
الظاهر ٭ ولو كان مكان الاعلام اخبار بان حلف لا يخبر فلانا بمكان فلان لا يحنث الا بالكلام او الكتاب
او الرسالة ٭ ولو اومى براسه لا يحنث وكذا لو ذهب به حتى اوقفه على راس فلان لا يحنث لان شرط
الحنث هو الاخبار والاشارة ليست بخبر ٭ وكذا الايقاف على راسه اذ الخبر من اقسام الكلام الا ترى
انهم قالوا اقسام الكلام اربع امر ونهي وخبر واستخبار ونحو فانه كلام عربي عن معنى التكلف والاشارة

الاخبار صح

ليست بكلام فلم يكن خبرا والايقاف على راسه من باب الاعلام لا من باب الخبر ٭ وكل خبر اعلام وليس
كل اعلام خبر ٭ والدليل عليه ان الرجل اذا قرا على انسان وقيل له اهو كما كتب فيه فاشار براسه اي نعم لا يصير
مقرا وكل اخبار اقرار اخبار وكذا لو حلف لا يقر لفلان بماله فقيل له الفلان عليك الف درهم فاشار براسه
اي لا يكون ذلك منه اقرار وكذا اذا قرئ على امام كتاب الاخبار فقيل له اهو كما قرات عليك فاومى براسه
اي نعم ليس له ان يروي عنه بحدثنا ولا باخبرنا فدل ان الايما ليس باخبار ٭ ولو نوى بالاخبار ٥
الاظهار او الاعلام يحنث اذا اومى لانه جعله مجازا عن الاظهار لمناسبة بينهما وفيه تشديد على نفسه
فيصدق ٭ ثم في يمين الاظهار والافشا والاعلام لو اراد الحالف ان لا يحنث ويحصل الظهور والعلم
ينبغي ان يقال انا نعد عليك امكنة واسماء الاسرار فان لم يتكلم بمكان فلان ولا بسره فقل لنا ليس كما
يقولون وان يكلمنا بسره او بمكانه فاسكت ففعل ذلك لا يحنث لانعدام شرط الحنث وهو الاظهار ٥
والاسرار والاظهار وهو اثبات الظهور والاعلام اثبات العلم ولم يوجد ولان الظهور والعلم حصل
من غير صنعه وهو ٭ وهذه الحيلة منقوله عن ابي حنيفة والقصة مشهورة وكذا لو حلف لا يدلهم
نفعل مثل ذلك فليس بهذا بد لالة لان الحالف حلف على فعل نفسه وهو الدلالة على فعلهم وهو الاسنادكاد
والموجود هنا فعلهم لا فعله فلم يوجد شرط الحنث فلا يحنث ٭ ولو اومى اليهم براسه او اشار اليهم
كان ذلك دلالة الا ان يعني بالدلالة الخبر باللسان او بالكتاب فيكون على ما عنى لان اسم الدلالة
يقع على الفعل والقول لوجود معناهما فيهما فاذا نوى به احدهما فقد نوى تخصيص ما في لفظه فيصدق
والبشارة حكمها حكم الخبر في انها لا تثبت الا بالكلام او الكتاب لانها خبر الا انها خبر موصوف بصفة
وهو الخبر الذي يوثر في بشرة وجه المخبر له باظهار اثر السرور وقد يستعمل فيما يعرف من بشرته
باظهار اثر الحزن مجازا كما في قوله تعالى فبشرهم بعذاب اليم لكن عند الاطلاق يقع على الاول وانما يقع
على الثاني بالقرينة ٭ وكذا الاقرار ان حلف لا يقر لفلان بحصة فهو على مثل الخبر ولا يحنث بالاشارة لان
الاقرار اخبار عن الماضي ٭ ثم يقع الفرق بين البشارة والاعلام وبين الاخبار من حيث ان الاعلام
والبشارة يشترط كونهما الصدق ولا يشترط كثرتها الصدق فلا يثبتان بالكذب ولا بما علم المخاطب
قبل فلا يثبتان بالكذب ولا بما علم المخاطب قبل الاعلام ٭ والبشارة سوا وجد ذلك بحرف البا او
بكلمة ان حتى لو قال لغيره ان اعلمتني ان فلانا قدم او قال ان اعلمتني بقدوم فلان فاخبره كاذبا لم
يحنث لان الاعلام اثبات العلم والكذب لا يفيد العلم وكذا لو كان المخاطب عالما بقدومه لان اثبات
الثابت محال وكذا في البشارة لانها خبر سار والكذب لا يسر واذا كان عالما بقدومه فالسرور كان
حاصلا وتحصيل الحاصل مستحيل ٭ واما الخبر فان وجد بحرف البا بان قال ان اخبرتني بقدوم فلان
فالجواب فيه وفي الاعلام والبشارة سوا ٭ وان وصل بكلمة ان بان قال ان اخبرتني ان فلانا قدم
فاخبره كاذبا او اخبره بعدما علم المخاطب بقدومه باخبار غيره لم يحنث والفرق مذكور في الجامع
الكبير ٭ وان حلف ان يتكلم بسر فلان ولا بمكانه فكتب واشار لا يحنث لان الكتابة او الاشارة ليسا
بكلام وانما يقوم مقامه الا ترى ان الله تعالى انزل الينا كتابا ولا يقال في العرف انه كلمنا فان سئل
عنه فقال نعم فقد تكلم لان قوله نعم لا يستقل بنفسه ويضمر فيه السوال كما في قوله تعالى فهل
وجدتم ما وعد ربكم حقا قالوا نعم اي نعم قد وجدنا ما وعدنا ربنا حقا فقد اتى بكلام دال
على المراد ٭ ولو حلف لا يستخدم فلانة فاستخدمها بكلام او امرها بشي من خدمة او اشار اليها
بالخدمة فقد استخدمها وهو حانث لان الاستخدام طلب الخدمة وقد وجد ٭ ولو كانت هذه
الايمان وهو صحيح ثم خرس فصار لا يقدر على الكلام كانت ايمانه في هذا كله على الاشارة والكتاب في جميع
ما وصفنا الا في خصلة واحدة وهي ان لا يتكلم بسر فلان فلا يحنث الا بالكلام لان الكلام العربي اسم
بحروف منظومة تدل على معنى مفهوم وذلك لا يوجد من الاشارة والخبر ٭ والافشا والاظهار من

ت

الاخرس انما يكون بالاشارة فيحنث بها وكل شي حنث فيه من هذه الاشيا بالاشارة فقال اشرت وانما اريد
الذي حلفت عليه فان كان فعل ذلك جوابا لشي مما سيل عنه لم يصدق في القضا لان الاشارة فيها احتمال
فان كان هناك دلالة حال زوال الاحتمال وان لم يكن [illegible] بينه وذكر بن سماعة في نوادره عن محمد
اذا قال والله لا اقول لفلان كذا فهو عندي كالخبر والبشارة الا ترى لو ان رجلا قال والله لا اقول لفلان
صبحك الله بخير ثم ارسل اليه رسولا فقال قل لفلان يقول لك فلان صبحك الله بخير فانه حانث قال الا ترى
ان القايل هو المرسل وان الرسول هو قايل ذلك لفلان ولو كان هذا هو الذي حلف عليه لم يحنث الا ترى
ان الرجل يقول قال الله تعالى لنا في كتابه كذا والله لا اكلم فلان بهذا الكلام فهو على الكلام بعينه لا يحنث
بكتاب ولا رسول الا ترى انك لا تقول كلمنا الله بكذا ۔ واما الحديث فهو على المسافهة لان ما سوى
الكلام ليس بحديث ۔ ولو قال اي عبيدي بشرني بكذا فهو حر فبشروه جميعا عتقوا لوجود البشارة
من كل واحد منهم لوجود حد البشارة وهو ما ذكرنا ولو بشره واحد بعد واحد لم يعتق لانه ليس
بمبشر وانما هو مخبر الا ترى ان خبر الثاني لا يوثر في وجه المخبر له لهذا قال بن مسعود لما بلغه قوله عليه
السلام من اراد ان يقرا القران غضا طريا كما انزل فليقرا بقراه بن ام عبد واخبره بذلك ابو بكر
ثم عمر فقال بشرني به ابو بكر ثم اخبرني به عمر فان ارسل اليه احدهم رسولا فان اضاف الرسول الخبر
الي المرسل فقال ان عبدك فلان يخبرك بكذا عتق العبد لان المرسل هو المبشر وان اخبر الرسول ولم
يضف ذلك الي العبد لم يعتق العبد لان البشارة منه لا من المرسل ۔ ولو حلف لا يكتب الي فلان فامر
غيره فكتب فقد روى هشام عن محمد انه قال سالني هارون الرشيد امير المومنين اصلحه الله عن هذا
فقلت ان كان سلطانا فامر بالكتاب ولا يكاد هو يكتب فانه يحنث لانه اذا كان لا يباشر الكتابة بنفسه عادة
بل يستكتب غيره فيمينه يقع على العادة وهو الامر بالكتابة ۔ قال هشام قلت لمحمد فما تقول اذا
حلف لا يقرا لفلان كتابا فنظر في كتابه حتى اتي على اخره وفهمه ولم ينطق به قال سال هارون ابا يوسف
عن ذلك وقد كان ابتلي بشي منه فقال لا يحنث ولا ارى انا ذلك ۔ وقد روى خلف بن ايوب وداود بن
رشيد وبن رستم ايضا عن محمد انه يحنث فابو يوسف اعتبر الحقيقة لانه لم يقراه حقيقة اذ القراة
لا تكون الا بتحريك اللسان بالحروف ولم يوجد الا ترى ان المصلي القادر على القراة اذا لم يحرك لسانه
بالحروف لا تجوز صلاته وكذا لو حلف لا يقرا سورة من القران فنظر فيها وفهم ولم يحرك لسانه لم يحنث
ومحمد اعتبر العرف والعادة ومعاني كلام الناس وهم انما يريدون بمثل هذه اليمين الامتناع عن
الوقوف على ما في الكتاب وقد وقف على ما فيه فيحنث ۔ قال هشام عن محمد اذا قرا الكتاب الا
سطرا قال كانه قراه قلت فان قرا بعضه قال لا معنى لا يقراه قال محمد اذا قرا بعضه فان اتى على المعاني
التي يحتاج اليها فكانه قد قراه لان تلك المعاني هي المقصودة بالكتاب ۔ ولو حلف لا يقرا سورة فترك
منها حرفا حنث ولو ترك اية طويلة لم يحنث لانه يسمى قاريا للسورة مع ترك حرف منها ولا يسمى مع ترك
حرف منها ما هو في حكم الاية الطويلة ۔ وروى بن رستم عن محمد انه قال لا اخبرك لا ابلغك منك لا اخبرك
وكذا اذكرك بشي او لا اذكر لك شيا فانه يحنث بالكتاب قال الذكر والاخبار والاعلام والابلاغ
على الكتاب والقول والكلام على الكلام ۔ قال عمرو سالت محمدا عن رجل حلف لا يتمثل بشعر فتمثل بنصف
بيت قال لا يحنث قال قلت فان كان نصف البيت بليغا من شعر اخر قال لا ادري ما هذا لا يحنث لان
الشعر ما ظهر فيه النظم وذلك لا يكون الا في بيت ۔ قال وسالت محمدا عن رجل فارسي حلف ان يقرا
الحمد بالعربية فقراها باللحن قال لا يحنث وان حلف رجل فصيح ان يقرا الحمد بالعربية فقراها باللحن حنث
اذا لم يكن لاحد نيته لان العربي انما اراد بيمينه ان يقرا بموضوع العرب وذلك المعرب دون
الملحون فاما العجمي فانما يريد اللغة العربية دون العجمية والملحون يعد من العربية والله اعلم

فصل الحلف على الاكل والشرب والذوق والغدا والعشا ونحوه ولا بد من

معاني هذه الاشيا ۔ فالاكل هو ايصال ما يحتمل المضغ بفيه الي الجوف مشمه او لم يهشمه مضغه او لم يمضغ
كالخبز واللحم والفاكهة ونحوها ۔ والشرب ايصال ما لا يحتمل المضغ من المايعات الي الجوف كالما والنبيذ
واللبن والعسل المخوض والسويق المخوض وغير ذلك فان وجد ذلك فان وجد ذلك يحنث والا فلا
الا اذا كان يسمي ذلك اكلا او شربا في العرف والعادة فيحنث اذا عرف هذا نقول قال اذا حلف لا ياكل
هذه البيضة او لا ياكل هذه الجوزة فابتلعها حنث لوجود حد الاكل وهو ما ذكرنا ۔ ولو حلف لا ياكل
عنبا او رمانا فجعل يمضغه ويرمي ثفله ويبلع ماوه لم يحنث في الاكل ولا في الشرب لان ذلك ليس
باكل ولا شرب بل هو مص ولو عصر ما العنب فلم يشربه واكل قشره وحصرمه فانه يحنث لان الذاهب ليس
الا الما وذهاب الما لا يخرجه من كونه اكلا الا ترى انه اذا مضغه وابتلع الما انه لا يكون اكلا له بابتلاعه
الما بل بابتلاعه الحصرم فدل ان اكل العنب باكل القشر والحصرم منه وقد وجد فيحنث ۔ قال
هشام عن محمد في رجل حلف لا ياكل سكرا فاخذ سكرة فجعلها في فيه فجعل يبلع ماءها حتى ذابت قال لم ياكل
لانه حين اوصلها الي فيه وصلت وهي لا تحتمل المضغ ۔ وكذا روي عن ابي يوسف فيمن حلف لا ياكل رمانة
فمص رمانة لا يحنث ۔ ولو حلف لا ياكل هذا اللبن فاكله بخبز او تمر او حلف لا ياكل هذا العسل فاكله بخبز
حنث لان اكل اللبن هكذا يكون وكذا الخل لانه من جملة الطعام الادام فيثبت ان اكله بالخبز كاللبن فان
اكل ذلك بغير خبز لا يحنث لان ذلك ليس باكل فان صب على ذلك الما ثم شربه لم يحنث في قوله لا اكل لعدم
الاكل ويحنث في قوله لا اشرب لوجود الشرب ۔ وكذلك ان حلف لا ياكل هذا الخبز فجففه ثم دقه
وصب عليه الما ثم شربه لا يحنث لان هذا شرب لا اكل فان اكله مبلولا او غير مبلول حنث لان الخبز
هكذا يوكل عادة وكذا السويق ان شربه فهو شارب وليس باكل ۔ ولو حلف لا ياكل طعاما فان ذلك يقع
على الخبز واللحم والفاكهة سوى التمر ونحو ذلك وكذا يقع على ما يوكل على سبيل الادام مع الخبز لان
الطعام في اللغة اسم لما يطعم الا انه في العرف اختص بما ياكل بنفسه او مع غيره عادة فان كان ذلك
مطعوما في نفسه لانه لا يوكل عادة ولا يقع على الهليلج والسقمونيا ۔ ولو حلف لا ياكل من طعام فلان
فاخذ من خله او زيته او كامخه او ملحه فاكله بطعام نفسه حنث لان العادة قد جرت باكل هذه
الاشيا مع الخبز ادام له قال النبي صلى الله عليه وسلم نعم الادام الخل فكان طعاما عرفا فيحنث
فان اخذ من نبيذ فلان او مايه فاكل به الخبز لا يحنث لانه لا يوكل مع الخبز عادة فلا يسمى طعاما وهكذا
قال ابو يوسف الخل طعام والنبيذ والما شراب وقال محمد الخل والملح طعام لما ذكرنا ان الخل والملح
مما يوكل مع غيره عادة والنبيذ والما لا يوكل عادة ۔ ولو حلف لا يشتري طعاما فانه يقع على الحنطة
ودقيقها وكان ينبغي في القياس ان يقع على جميع المطعومات كما في اليمين على الاكل الا ان في الاستحسان
يقع على الحنطة ودقيقها لان البيع لا يتم بنفسه بل بالبايع وبايع الحنطة يسمى بايع الطعام في العرف و
الاكل يتم بنفسه فيعتبر نفس الاكل دون غيره وصار هذا كمن حلف لا يشتري حديدا فاشترى سيفا
لم يحنث لان بايعه لا يسمى حدادا ولو حلف لا يمس حديدا فمس سيفا يحنث لان المس فعل يتم بنفسه
وعلى هذا باب سير في الزيادات ۔ وروي عن ابي يوسف فيمن حلف لا ياكل طعاما فاضطر الي ميتة
فاكل منها لم يحنث وقال الكرخي وهو عندي قول محمد وروى بن رستم عن محمد انه يحنث وجه
هذه الرواية ان الميتة في حال المخمصة طعام مباح في حق المضطر بمنزلة الطعام المباح في غير هذه
الحالة فوجد شرط الحنث فيحنث ۔ وجه قول ابي يوسف واحدى الروايتين عن محمد
ان اطلاق اسم الطعام لا يتناوله لانه يسمى طعاما عرفا وعادة ومبنى الايمان على معاني كلام الناس
وروي عن ابي يوسف في رجل حلف لا ياكل حراما فاضطر الي ميتة فاكلها لا يحنث وروي عنه انه
يحنث في يمينه ۔ وجه هذه الرواية ان الميتة محرمة والرخصة اثرها في تغيير
الحكم وهو المواخذة لا في تغيير وصف الفعل كالمكره على اكل مال الغير ۔ وجه الرواية

الاولى وهو الصحيح ان الميتة حالة المخمصة مباحة مطلقا لاحظر بوجه في حق المضطر واثر الرخصة
في تغير الحكم والوصف جميعا بدليل انه لو امتنع حتى مات يواخذ به ولو بقيت الحرمة لم تثبت المواخذة
كما لو امتنع من مال الغير حال المخمصة ۔ وقال خلف بن ايوب سالت اسد بن عمرو عمن حلف لا ياكل
حراما فاكل لحم كلب او قرد او حداة او غراب قال لا يحنث الا ان يعني ذلك فيحنث لان مطلق الحرام
ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به وحرمة هذه الاشيا محل الاجتهاد ۔ وقال خلف سالت الحسن
فقال هذا كله حرام لقيام دليل الحرمة فيها وان لم يكن مقطوعا به ۔ وروي عن ابي يوسف ومحمد
فيمن حلف لا يركب حراما قال هذا على الزنا لان الحرام المطلق ينصرف الى الحرام لعينه وهو الزنا
ولانه يراد به الزنا في العرف فينصرف اليه ۔ وقال محمد فان كان الحالف خصيا او مجبوبا فهو على
الطير الحرام وما اشبهها ۔ وقال بن سماعة عن ابي يوسف فيمن حلف لا يطا امراة وطيا حراما
فوطي امراته وقد ظاهر منها او هي حايض لا يحنث الا ان ينوي لان الحرمة تثبت بعارض الحيض والظهار
ومطلق التحريم لا يقع على التحريم وقال بن رستم عن محمد فيمن حلف لا ياكل حراما فاشترى بدرهم
غصبه من انسان طعاما فاكله لم يحنث لان مطلق اسم الحرام انما يقع على ما كانت حرمته لحق الله تعالى
وحرمة هذا لحق العبد ۔ ولو غصب خبزا او لحما فاكله حنث لعرف الناس ۔ ولو حلف لا ياكل من
طعام اشتراه فلان فاكل من طعام اشتراه فلان مع اخر حنث الا ان يكون نوى شراه وحده وكذا لو
حلف لا ياكل من طعام يملكه فلان لان بعض الطعام طعام حقيقة ويسمى طعاما ايضا بخلاف ما اذا
حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين اخر لم يحنث لان بعض الدار لا يسمى دارا ۔ وكذا لو
حلف لا يلبس ثوبا يملكه فلان او يشتريه فلان مع اخر لا يحنث لان بعض الثوب لا يسمى ثوبا ۔ ولو
حلف لا ياكل اداما فالادام كل ما يصطبغ به الخبز عادة كاللبن والزيت والمرق والعسل والخل ونحو
ذلك وما لا يصطبغ به فليس بادام مثل اللحم والشوي والجبن والبيض وهذا قول ابي حنيفة واحدى
الروايتين عن ابي يوسف ۔ وقال محمد وهو احد الروايتين عن ابي يوسف ان كان مما يوكل بالخبز فهو ادام
مثل اللحم والشوي والبيض والجبن ۔ وروي بن سماعة عن ابي يوسف ان الجوز اليابس ادام احتج
محمد بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال سيد ادام اهل الجنة اللحم وسيد رياحين
اهل الجنة الفاغية وهو ورد الحنا وهذا نص ولان الادام من الايتدام وهو الموافقة قال
عليه السلام للمغيرة حين اراد ان يتزوج امراة لو نظرت اليها لكان احرى ان يودم بينكما اي يكون
بينكما الموافقة ومعنى الموافقة بين الخبز وبين هذه الاشيا في الاكل ظاهر فكانت اداما لان
الناس ياتدمون بها عرفا وعادة ۔ ولابي حنيفة ان معنى الادام وهو الموافقة على الاطلاق والكمال
لا يتحقق الا فيما لا يوكل بنفسه مقصودا وانما يوكل بغيره تبعا عادة واما ما يوكل بنفسه مقصودا ولا
يتحقق فيه معنى الموافقة وما لا يصطبغ به يوكل بنفسه فيختل معنى الادام منه واللحم ونحوه لا يوكل
لا يوكل بنفسه عادة مع ان من سكان البراري من لا يتغدى الا باللحم وبه تبين ان اطلاق اسم الادام
عليه في الحديث على طريق المجاز ۔ والبطيخ ليس بادام في قولهم جميعا لانه لا يحتمل الاصطباغ به عادة
ولا يوكل عادة بالخبز وكذا البقل ليس بادام في قولهم الا ترى ان اكله لا يسمى موتدما ۔ وسيل محمد عن
حلف لا ياكل خبزا مادوما فقال الخبز المادوم الذي يثرد ثردا يعني في المرق والخل وما اشبه ذلك
فقيل ان ثرد في ما او ملح فلم ير ذلك الاما دوما لان من اكل خبزا بما لا يسمى موتدما في العرف وقال
بن سماعة عن ابي يوسف ان تسمية هذه الاشيا على العرف لاهل تلك البلاد في كلامهم ۔ ولو حلف لا
ياكل خبزا ولا نية له فهو على خبز الحنطة والشعير الا اذا كان الحالف في بلدة لا يوكل فيها الا خبز الحنطة
فان يمينه يقع على خبز الحنطة لا غير وان اكل من خبز الارز والذرة فان اكل من اهل بلاد ذلك طعامهم
حنث وان كان من اهل الكوفة ونحوها ممن لا ياكل ذلك عامتهم لا يحنث الا ان ينوي ذلك لان اسم الخبز يقع

على خبز الحنطة والشعير ولا يراد به خبز القطايف عند الاطلاق ولا يحمل عليه وكذا خبز الارز في البلاد
التي يعتادون اكله ۔ ولو حلف لا ياكل لحما فاي لحم اكل من ساير الحيوان غير السمك يحنث فيستوي فيه
المحرم وغيره والمطبوخ والمشوي لان اللحم اسم لاجزا الحيوان الذي يعيش في البر فيحنث اذا اكل
ميتة او خنزيرا او انسانا او لحم شاة ترك ذابحها التسمية على ذبحها عمدا او اكل ذبيحة مجوسي او مرتد
او لحم صيد ذبحه المحرم ويستوي فيه لحم الغنم والبقر والابل لان اسم اللحم يتناول الكل وان
اكل سمكا لم يحنث وان سماه الله تعالى في القران بقوله لحما طريا لانه لا يراد به عند الاطلاق اسم
اللحم فان الرجل يقول ما اكلت اللحم كذا وكذا يوما وان كان اكل سمكا الا ترى ان من حلف لا يركب
دابة فركب كافرا لا يحنث وان سماه الله تعالى في كتابه دابة بقوله ان شر الدواب عند الله الذين
كفروا وكذا كل شي يسكن الما فهو مثل السمك ۔ وكذا لو حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت
لم يحنث وان سماه الله تعالى في كتابه بقوله ان اوهن البيوت لبيت العنكبوت وان اكل احشا
البطن من الكرش والكبد والفواد والكلى والريه والامعا والطحال ذكر الكرخي انه يحنث في هذا كله
الا في شحم البطن وهذا الجواب على عادة اهل الكوفة في زمان ابي حنيفة وفي الموضع الذي يباع
مع اللحم واما في البلاد التي يباع مع اللحم ايضا فلا يحنث ۔ واما شحم البطن فليس بلحم ولا يتخذ منه
ما يتخذ من اللحم ولا يباع مع اللحم ايضا فان نواه يحنث لانه شدد على نفسه وكذا الالية لا يحنث
باكلها لانها ليست بلحم فان اكل شحم الظهر وما هو على اللحم حنث لانه لحم لكنه لحم سمين الا ترى انه
قال لحم سمين وكذا يتخذ منه ما يتخذ من اللحم وكذا لو اكل روس الحيوانات ما خلا السمك يحنث لان
الراس عضو من اعضا الحيوان فكان لحمه كلحم ساير الاعضا بخلاف ما اذا حلف لا يشتري لحما فاشترى
راسا لا يحنث لان مشتريه لا يسمى مشتري لحم وانما يقال اشترى راسا ۔ ولو حلف لا ياكل شحما
فاشترى شحم الظهر لم يحنث في قول ابي حنيفة وعندهما يحنث وذكر في الجامع الصغير في رجل
حلف لا يشتري شحما فاي شحم اشترى لم يحنث الا ان يشتري شحم البطن وكذا لو حلف لا ياكل شحما
لهما قوله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما والمستثنى من جنس
المستثنى منه فدل ان شحم الظهر شحم حقيقة ۔ ولابي حنيفة لا يسمى شحما عرفا وعادة بل يسمى لحما
سمينا فلا يتناوله اسم الشحم عند الاطلاق وتسمية الله تعالى له شحما لا يدل على دخوله تحت اليمين اذا
لم يكن الاسم متعارفا لان مطلق كلام الناس ينصرف الى ما يتعارفونه كما ضربنا من الامثلة في لحم
السمك وقال تعالى وجعل الشمس سراجا وقال والارض بساطا ثم لا يدخل في اليمين على السراج
والبساط كذا كذا هنا ۔ وقد قالوا فيمن يشتري شحما ولا لحما فاشترى الية لا يحنث لانها ليست
بشحم ولا لحم وقال عمرو عن محمد فيمن امر رجلا ان يشتري شحما فاشترى شحم الظهر لا يجوز على الامر
وهذا يدل على ان الطلاق اسم الشحم لا يتناول شحم الظهر كما قال ابو حنيفة ۔ ولو حلف لا ياكل
لحما فاكل لحم ديك حنث لان الدجاج اسم للذكر والانثى جميعا ۔ قال جرير

لما مررت بدير الهند ارقني ۔ صوت الدجاج وضرب بالنواقيس

واما الدجاج فهو اسم للانثى والديك اسم للذكر واسم الابل يقع على الذكر والانثى قال النبي صلى
الله عليه وسلم في خمس من الابل السايمة شاة ولم يرد به احد النوعين خاصة ۔ وكذا اسم الجمل
والبعير والجزور وكذا هذه الاسامي الاربعة على البخاتي والعراب وغير ذلك من انواع الابل
واسم البختي لا يقع على العربي وكذا اسم العربي لا يقع على البختي ۔ واسم البقر يقع على الذكر والاناث
قال النبي صلى الله عليه وسلم في ثلثين من البقر تبيع او تبيعة واراد به الذكور والاناث
جميعا وكذا اسم البقرة قال الله تعالى ان الله يامركم ان تذبحوا بقرة وقيل ان بقرة بني اسرايل
كانت ذكرا وتانيثها بالذكر بقوله ادع لنا ربك ما هي لتانيث اللفظ دون المعنى كما في قوله

اباه مح

حلف لا ىا

واذ قالت طايفة . والنعجة اسم للانثى والكبش للذكر والفرس اسم للعراب ذكرها وانثاها . والبرذون
اسم لغير العراب والطخاريه ذكرها وانثاها وقالوا ان الكودن اسم للتركي ذكره وانثاه . والخيل اسم
يتناول الافراس الاعراب والبراذين . والحمار اسم للذكر والحماره والاتان اسم للانثى . والبغل
والبغلة كل واحد منهما للذكر والانثى . ولو حلف لا ياكل راسا فان نوى الروس كلها من السمك
والغنم وغيرها فاي ذلك حنث لان اسم الراس يقع على الكل وان لم يكن له نية فهو على روس الغنم والبقر
والغنم خاصة في قول ابي حنيفة . وقال ابو يوسف ومحمد اليمين اليوم على روس الغنم خاصة
والاصل في هذا ان قوله لا اكل راسا فظاهره يتناول كل راس لكنه معلوم ان العموم غير مراد لان اسم الراس
يقع على اسم العصفور والجراد ويعلم ان الحالف ما اراد ذلك فكان المراد بعض ما تناوله الاسم وهو الذي
يكبس في البيوت ويباع في السوق عادة فكان ابو حنيفة راى اهل الكوفة يكبسون الغنم والبقر
والابل ويبيعونها في السوق فحمل اليمين على ذلك ثم راهم تركوا روس الابل واقتصروا على روس الغنم
والبقر فحملت على ذلك وهما دخلا بغداد وقد تركوا الناس البقر واقتصروا على روس الغنم فحملا اليمين
على ذلك فلم يكن بينهما خلاف في الحقيقة . ولو حلف لا ياكل بيضا فان نوى بيض كل شي السمك وغيره فاي
ذلك اكل حنث وان لم يكن له نية فهو على بيض الطير كله الاوز والدجاج وغيرهما ولا يحنث اذا اكل بيض
السمك لان اسم البيض يقع على الكل فاذا نوى فقد نوى ما يحتمله الاسم واذا لم يكن له نية فيقع على ماله قشر
وهو بيض الطير لانه يراد به ذلك عند الاطلاق فيحمل عليه . ولو حلف لا ياكل طبيخا فالقياس ينصرف الى كل
ما يطبخ من اللحم وغيره لانه طبيخ حقيقة الا انه صرف الى اللحم خاصة وهو اللحم الذي يجعل في الما ويطبخ
ليسهل اكله للعرف الا ترى انه لا يقال لمن اكل الباقلى انه اكل الطبيخ وان كان طبيخا حقيقة وان اكل سمكا مطبوخا
لا يحنث لانه لا يسمى طبيخا في العرف فان نوى بقوله لا ياكل طبيخا ما يطبخ من اللحم وغيره فهو على ما
نوى لانه طبيخ حقيقة وفيه تشديد على نفسه . وكذا لو حلف لا ياكل شوي وهو شوي كل شي
شوي فاي ذلك اكل حنث وان لم يكن له نية فانما يقع على اللحم خاصة لان حقيقة الشوي ما يشوى
بالنار ليسهل اكله الا عند الاطلاق ينصرف الى اللحم المشوي دون غيره للعرف الا ترى انه يصح ان
يقال فلان لم ياكل الشوي وان اكل الباذنجان المشوي والجزر المشوي تابع اللحم المشوي شاويا
فان اكل سمكا مشويا لم يحنث لانه لا يراد به ذلك عند الاطلاق . وان اكل قليه يابسة اولونا من
الالوان لا مرق فيه لا يحنث لان هذا لا يسمى طبيخا انما يقال له لحم مقلي ولا يقال مطبوخ الا اللحم طبخ
في الما فان طبخ من اللحم طبيخ له مرق فاكل من لحمه او من مرقته يحنث لانه يقال اكل الطبيخ وان لم ياكل
لحمه ولان المرق فيه اجزا اللحم قال ابن سماعة في اليمين على الطبيخ ينبغي ان يكون على الشحم ايضا لانه
يسمى طبيخا في العادة فان طبخ عدسا فكذلك وكذلك لو طبخه بشحم او الية فان طبخه بسمن او زيت لم يكن
طبيخا ولا يكون الارز طبيخا ولا يكون الطباهج ولا الجواذب والاعماد على العرف قال داود بن رشيد
عن محمد في رجل حلف لا ياكل من طبيخ امراته فسخنت له قدرا قد طبخها غيرها لا يحنث لان الطبخ فعل
من الطبخ وهو الفعل الذي يسهل به اكل اللحم وذلك وجد من الاول لا منها . ولو حلف لا ياكل الحلوى
فالاصل في هذا ان الحلوى عندهم عند كل حلو ليس من جنسه حامض وما كان من جنسه حامض فليس
بحلوى والمرجع فيه الى العرف فيحنث باكل الخبيص والعسل والسكر والناطف والرطب والتمر واشباه
ذلك وكذا روى المعلى عن محمد اذا اكل تينا رطبا او يابسا لانه ليس من جنسها حامض فخلص معنى الحلاوة
فيه . ولو اكل عنبا حلوا او بطيخا حلوا او رمانا حلوا او اجاصا حلوا لم يحنث لان من جنسه ما ليس بحلو
فلم يخلص معنى الحلوى فيه . وكذا الزبيب ليس من الحلوى لان من جنسه ما هو حامض وكذا لو حلف
لا ياكل حلاوة فهو مثل الحلوى . ولو حلف لا ياكل تمرا ولا نية له فاكل تسبا وكذا اذا اكل بسرا
مطبوخا له او رطبا لان ذلك لا يسمى تمرا في العرف ولهذا اخص كل واحد باسم على حده الا ان ينوي

ذلك لانه

ذلك لانه يمين حقيقة وفيه تشديد على نفسه . ولو اكل حيسا حنث لانه اسم لتمر ينقع في اللبن
ويتشرب فيه اللبن فكان الاسم باقيا لبقا عينه وقيل هو طعام يتخذ من تمر ويضم اليه شي من السمن
او غيره والغالب هو التمر فكان اجزا التمر بحالها فيبقى الاسم . ولو حلف لا ياكل بسرا فاكل بسرا مذنبا
هنا اربع مسايل ثنتان متفق عليهما وثنتان مختلف فيهما . اما الاوليان فان من حلف لا ياكل بسرا
مذنبا او حلف لا ياكل رطبا فاكل رطبا فيه شي من البسر يحنث فيهما في قولهم جميعا لان المذنب هو البسر الذي
ذنبه اي رطب ذنبه فكانت الغلبة للذي حلف عليه فكان الاسم باقيا . واما الاخريان فان حلف
لا ياكل رطبا فاكل بسرا مذنبا او حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا فيه شي من البسر قال ابو حنيفة ومحمد يحنث
وقال ابو يوسف لا يحنث . وجه قوله ان الاسم الغالب في العرف والمغلوب في حكم المستهلك
وكذا المقصود في الاكل وهو الذي له الغلبة للبسر في الاولى وفي الثاني للرطب فلا يحنث . لهما انه
ما حلف عليه وغيره لانه يراه بعينه ويسميه باسمه فصار كما لو ميز احدهما عن الاخر فقطعه واكلهما جميعا
وقوله احدهما غالب نعم لكن الغلبة انما توجب استهلاك المطلوب بالمغلوب في اختلاط الممازجة
فاما في اختلاط المجاورة فلا لانه لا يراه بعينه فلا يصير مستهلكا فيه كما لو حلف لا ياكل سويقا او سمنا فاكل
سويقا قد لت بسمن يحنث لتبين اجزا السمن في السويق يحنث لقيام كل واحد منهما بعد الاختلاط
بعينه كذا هذا . ولو حلف لا ياكل حبا فاكل حب من سمسما وغيره يا كله الناس عادة يحنث لان مطلق
يمينه يقع عليه فان عنى شيا من ذلك بعينه او سماه حنث فيه ولم يحنث من غيره لانه نوى تخصيص الملفوظ
فيصدق ديانة لا قضا لانه خلاف الظاهر ولا يحنث اذا ابتلع لولوة لان الاوهام لا تنصرف اليه عند
الاطلاق اسم الحب . ولو حلف لا ياكل عنبا فان اكل زبيبا لان اسم العنب لا يتناوله . ولو حلف لا ياكل
جوزا فاكل منه رطبا يابسا حنث . وكذلك اللوز والفستق والتين واشباه ذلك لان الاسم يتناول
الرطب واليابس جميعا . ولو حلف لا ياكل فاكهة فاكل تفاحا او سفرجلا او كمثرى او خوخا او تينا او اجاصا
او مشمشا او بطيخا حنث وان اكل قثا او خيارا او جزرا لا يحنث وان اكل عنبا او رمانا او رطبا لا يحنث في
قول ابي حنيفة وعندهما يحنث . ولو اكل حب الرمان او تمرا لا يحنث بالاجماع . وجه
قولهما ان كل واحد من هذه الاشيا يسمى فاكهة في العرف بل يقدم رووس الفواكه ولان الفواكه اسم
لما يتفكه ويتفكه الناس بهذه ظاهر فكانت فواكه . ولابي حنيفة قوله تعالى فانبتنا فيها حبا وعنبا
وقضبا وزيتونا ونخلا وحدايق غلبا وفاكهة وابا عطف الفاكهة على العنب وقوله تعالى فيهما فاكهة
ونخل ورمان عطف الرمان على الفاكهة والمعطوف غير المعطوف عليه هو الاصل ولان الفاكهة اسم لما يقصد
باكله التفكه وهو التنعم والتلذذ دون الشبع والطعام ما يقصد باكله التغذي والشبع والتمر عندهم
يوكل بطريق التغذي والشبع قال عليه السلام بيت لا تمر فيه جياع اهله وقال في يوم الفطر اغنوهم
عن المسلة في مثل هذا اليوم ثم ذكر من جملة ما يقع به الغنية التمر وفي بعضها الزبيب ولان الفاكهة لا يختلف
حكم رطبها ويابسها وما ذكراه من العرف ممنوع بل العرف الجاري بين الناس انهم يقولون ليس في كرم فلان
فاكهة انما هو العنب فحسب . فالحاصل ان ثمر الشجر كله فاكهة عندهما وعنده كذلك الا ثمر النخل
والكرم والرمان لان ساير الثمار من التفاح والسفرجل والاجاص ونحوها يقصد باكلها التفكه دون
الشبع وكذا يابسها فاكهة كذا رطبها . قال محمد التوت فاكهة لانه يتفكه به والقثا والخيار
والجوز والباقلا الرطب ادام وليس بفاكهة الا ترى انه لا يوكل للتفكه وان عنى بقوله لا اكل فاكهة العنب
والرطب والرمان فاكل من ذلك شيا حنث كذا ذكر في الاصل لان هذه الاشيا مما يتفكه بها وان كان لا
يطلق عليها اسم الفاكهة . وقال محمد بسر السكر والبسر الاحمر فاكهة لان ذلك مما يتفكه به
وقال ابو يوسف اللوز والعناب فاكهة رطب ذلك من الفاكهة الرطبة ويابسه من اليابسة لان ذلك
يوكل على وجه التفكه قال والجوز رطبه فاكهة ويابسه ادام . وقال في الاصل وكذا الفاكهة

اليابسة فيدخل فيها اللوز والجوز واشباههما • وروي المعلي عن محمد ان الجوز اليابس ليس بفاكهة لانه يوكل
مع الخبز غالبا فاما رطبه فلا يوكل الا للتفكه ووجــــه ما ذكره في الاصل انه فاكهة ما ذكره ان رطبه
ويابسه مما لا يقصد به الشبع فصار كساير الفواكه • وروي المعلي عن محمد في رجل حلف لا ياكل من الثمار
شيا ولا نية له ان ذلك علي الرطب واليابس فان كان تينا يابسا او لوزا يابسا حنث فجعل الثمار كالفاكهة
لان احد الاسمين كالاخر • وقـــال المعلي قلت لمحمد فان حلف لا ياكل من فاكهة العام او من ثمار العام ولا نية
له قال ان حلف في ايام الفاكهة الرطبة فهذا علي الرطب فان اكل من فاكهة ذلك العام شيا يابسا لم يحنث وكذا
الثمرة وان حلف في غير وقت الفاكهة الرطبة كانت يمينه علي الفاكهة اليابسة من فاكهة ذلك العام •
وكان ينبغي القياس ان كان في وقت الفاكهة الرطبة ان يحنث بالرطب واليابس لان اسم الفاكهة يتناولهما
الا انه استحسن لان العادة في قولهم فاكهة العام اذا كان وقت الرطب انهم يريدون به الرطب دون
اليابس فاذا مضي وقت الرطب فلا يقع اليمين الا علي اليابس فيحمل عليه • ولو حلف لا ياكل من هذه الحنطة
او لا ياكل هذه الحنطة فان عني به لا ياكلها حبا حبا كما هي فاكل من خبزها او من سويقها لم يحنث وانما
يحنث اذا قضمها ولم يكن له نية فكذا عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث وهل يحنث عندهما اذا اكل عينها
ذكر في الاصل عنهما ما يدل علي انه لا يحنث لانه قال فيه ان اليمين تقع علي ما يصنع الناس وذكر عنهما
في الجامع الصغير ما يدل علي انه يحنث اذا قضمها عندهما كما يحنث اذا اكلها خبزا • وجــــه
قولهما ان المتعارف في اطلاق اكل الحنطة اكل المتخذ منها وهو الخبز لا اكل عينها يقال فلان ياكل من حنطة
كذا اي من خبزها والمطلق يحمل علي المتعارف خصوصا في باب الايمان • ولابي حنيفة ان اسم الحنطة
لا يقع علي الخبز حقيقة لانها اسم لذات مخصوصة مركبة فيزول الاسم بزوال التركيب حقيقة
فالحمل علي الخبز يكون حملا علي المجاز فكان صرف الكلام الي الحقيقة اولي واما قولهما مطلق الكلام يحمل علي
المتعارف نعم لكن عند علي المتعارف عند اهل اللسان وهو المتعارف في الاستعمال اللغوي فيما يقوله مشايخ
العراق لا علي المتعارف من حيث كما يقوله مشايخ اهل بلخ بدليل انه لو حلف لا ياكل لحما فاكل لحم الادمي والخنزير
يحنث وان لم يتعارف اكله لوجود المتعارف في الاستعمال الاسم واستعمال اسم الحنطة في مسماها متعارف
عند اهل اللسان الا انه يقل استعماله فيه لكن قلة الاستعمال فيه لقلة محل الحقيقة وهذا لا يوجب الحمل
علي المجاز كما في لحم الادمي ولحم الخنزير علي ان المتعارف فعلا ثابت في الجملة لان الحنطة تطبخ وتقلي وتوكل
مطبوخا ومقليا وان لم يكن في الكثرة مثل اكل خبزها • ولو حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها حبات
شعير حنث ولو كان اليمين علي الشرا لم يحنث لان شرا حنطة فيها حبات شعير يسمي مشتري الحنطة لا مشتري
الشعير وصرف الكلام الي الحقيقة المستعملة في الجملة اولي من الصرف الي المجاز وان كان استعماله في المجاز
اكثر لان الحقيقة شاركت المجاز في اصل الاستعمال والمجاز ما شارك الحقيقة في الوضع راسا فكان ٥
العمل بالحقيقة اولي • ولو حلف لا ياكل من هذا الدقيق مكنا هو كل عادة ولا يسف الا نادرا والنادر
ملحق بالعدم فلم يكن له حقيقة مستعملة وله مجاز يستعمل وهو اكل ما يوكل منه لانه نوي حقيقة كلامه
ولو حلف لا ياكل من هذه الكفري شيا فاكل منه بعد ما صار بسرا او لا ياكل من هذا البسر شيا فصار رطبا
او لا ياكل من هذا الرطب شيا فصار تمرا او لا ياكل من هذا العنب شيا فصار زبيبا فاكله او حلف لا ياكل
من هذا اللبن شيا فاكل من جبن صنع منه او مصل او اقط او شيراز او حلف لا ياكل من هذه البيضة
فصارت فرخا فاكل من فرخ خرج منها • او حلف لا يذوق من هذه الخمر فصارت خلا لم يحنث في جميع ذلك
والاصل ان اليمين متي تعلقت بعين تبقا ببقا العين وتزول بزوالها والصفة في المعين المشار اليه
غير معتبرة لان الصفة لتمييز الموصوف عن غيره والاشارة تكفي للتعريف فوقعت الغنية عن ذكر صفته
وغير المعين لا يحتمل الاشارة فيكون تعريفه بالوصف • واذا عرف هذا • نقول العين تبدلت في
هذه المواضع فلا تبقي اليمين التي عقدت علي الاولي والعين في الرطب وان لم يتبدل لكن زال

بعضها

وهو الما بالجفاف لان اسم الرطب لا يشتمل علي العين والما الذي فيها فاذا جف فقد زال عنه الما فصار اكلا
بعض العين المشار اليها فلا يحنث كما لو حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل بعضه بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا
الشاب فكلمه بعد ما صار شيخا انه يحنث لان هناك العين قايمة وانما الثابت الوصف لا بعض الشخص فبقي
المحلوف عليه فبقيت اليمين • وفرق اخر ان الصفات ليس من هذه الاعيان مما يقصد باليمين منعا
وحملا كالرطوبة التي في التمر والعنب فان الرطوبة من الرطوبات فتعلق اليمين بها • والصبي والشاب
مما لا يقصد بالمنع بل الذات التي يقصد فتعلق اليمين بالذات دون هاتين الصفات كما اذا حلف لا يكلم
صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه انه يحنث لما قلنا كذا هذا وكذا لو حلف لا يجامع هذه الصبية فجامعها
بعد ما صارت امراة يحنث • ولو نوي في الفصول المتقدمة ما يكون من ذلك حنث لانه شدد علي ٥
نفسه ولو حلف لا ياكل من هذه الحدجة فاكلها ما صار بطيخا لا رواية فيه وفيه لخلاف المشايخ قال
بشر عن ابي يوسف في رجل حلف لا يذوق من هذا اللبن شيا ولا يشرب فصب فيه ما فذاقه او شربه انه ان
كان اللبن غالبا حنث لانه اذا كان غالبا يسمي لبنا • وكذا لو حلف علي نبيذ فصبه في خل او ملح فصبه في ما
عذب والاصل في هذا ان المحلوف عليه اذا اختلط بغير جنسه يعتبر فيه الغلبة بلا خلاف بين ابي يوسف
ومحمد غير ان ابا يوسف اعتبر في اللون او الطعم لا في الاجزا فقال ان كان اجزا المحلوف عليه غالبا حنث
وان كان مغلوبة لا يحنث • وجــــه قول محمد ان الحكم يتعلق بالاكثر والاقل يكون تبعا للاكثر فلا عبرة
به • ولابي يوسف ان اللون او الطعم اذا كانا باقيين كان الاسم باقيا الا تري انه يقال لبن مغشوش واذا
لم يبق له لون ولا طعم لا يبقي الاسم ويقال ما فيه لبن وما فيه خل فلا يحنث وقال ابو يوسف ان كان طعمهما
واحدا ولونهما واحدا فاشكل عليه تعتبر الغلبة من حيث الاجزا فان علم ان اجزا المحلوف عليه هي الغالبة
يحنث وان علم ان اجزا المخالط له اكثر لا يحنث وان وقع الشك فيه ولا يدري ذلك فالقياس ان لا يحنث
لانه وقع الشك في حكم الحنث فلا يثبت مع الشك وفي الاستحسان يحنث لان عند احتمال الوجود والعدم
علي السوا فالقول اولي بالوجوب احتياطا لما فيه من براة الذمة بيقين وهذا مستقيم في اليمين بالله
تعالي لان الكفارة حق الله تعالي يحتاط في ايجابها فاما اليمين بالطلاق والعتاق فلا يستقيم لان ذلك
حق العبد وحقوق لا يجري فيها الاحتياط للتعارض فيعمل فيهما بالقياس • ولو حلف لا ياكل سمنا
فاكل سويقا قد لت بسمن ولا نية له ذكر محمد في الاصل ان اجزا السمن ان كان يستبين في السويق ويوجد
طعمه حنث وان كان لا يوجد طعمه ولا يري مكانه لا يحنث لانها اذا استبانت لم يصر مستهلكة فكانه اكل
السمن بنفسه مفردا وان لم يستبين فقد صارت مستهلكة فلا يعتد بها وروي المعلي عن محمد انه ان كان
السمن يستبين في السويق وكان اذا عصر سال السمن حنث وان كان علي غير ذلك لم يحنث وهذا لا يوجب اختلاف
الرواية لامكان التوفيق بين القولين لانه اذا كان يحنث اذا عصر سال السمن لم يحنث يكن مستهلكا واذا لم
يسل كان مستهلكا • وان اختلط المحلوف عليه بجنسه كاللبن المحلوف عليه اذا اختلط بلبن اخر قال ابو يوسف
هو والاول سوا ويعتبر فيه الغلبة ان كانت الغلبة لغير المحلوف عليه لم يحنث وقال محمد يحنث وان كان مغلوبا
لان اصل محمد ان الشي لا يصير مستهلكا بجنسه بل بخلاف غيره واذا لم يصير مستهلكا بجنسه صار كانه غير
مغلوب وقال المعلي عن محمد في رجل حلف لا يشرب من هذه الخمر فصبها في ما فغلب علي الخمر حتي ذهب لونها
وطعمها فشربه لم يحنث فقد قال مثل قول ابي يوسف • ولو حلف علي ما من ما زمزم لا يشرب منه شيا فصب
عليه ما من غيره كثيرا حتي صار مغلوبا فشربه يحنث لما ذكرنا من اصله ان الشي لا يصير مستهلكا بجنسه ولو
صبه في بير او حوض عظيم لم يحنث وقال اني لا ادري لعل عين من البير تغور بما صب فيها ولا ادري لعل
اليسير من الما الذي صب في الحوض العظيم لم يختلط به كله • ولو حلف لا يشرب هذا الما العذب فصبه
في ما مالح فغلب عليه ثم شربه لم يحنث لجعل الما مستهلكا بجنسه اذا كان علي غير صفته قال وكذلك اذا
حلف لا يشرب لبن ضان فخلطه بلبن معز فانه تعتبر الغلبة لانهما نوعان فكانا كالجنسين قال الكرخي ولو قال

علي بن محمد كلام مما لايعلم فاكله بعدما
صار كما اذا خشن لا يتنا وله
حلف لا ... [illegible]

العبادي

٦٣٧٠

لاشربن هذه الشاة لشاة معز او ضان ثم خلطه بغيره من لبن الضان او الماعز حنث اذا شربه ولا يعتبر الكثرة
والغلبة رطل وقال لانه ليس من عينه ضان ولا معز ومعناه ان يمينه وقعت على لبن واختلاطه بلبن اخر
لا يخرجه من ان يكون لبنا واليمين في المسئلة الاولى وقعت على لبن الضان فاذا غلب عليه لبن المعز فقد
استهلكت صفته واستشهد محمد للفرق بين المسئلتين فقال ولا تشبه الشاة اذا حلف عليها بعينها الا ترى
انه لو قال والله لا اشتري رطبا فاشترى كباسة فيها رطبتين او ثلثة لم يحنث لان هذا انما هو
على الغالب ولو قال لا اشتري هذه الرطبة لرطبة في كباسة ثم اشترى الكباسة حنث ونظير هذا ما ذكر بن
سماعة عن محمد في رجل قال والله لا اكل مما يجيء به فلان يعني ما يجيء به من طعام او لحم او غير ذلك مما يوكل فدفع
الحالف الى المحلوف عليه لحما ليطبخه فطبخه والقى فيه قطعة من كرش بقر ثم طبخ الغد ربه فاكل الحالف من المرق
قال محمد لا اراه يحنث اذا القى فيه من اللحم ما لا يطبخ وحده ويتخذ منه مرقة لقلته وان كان مثل ذلك يطبخ ويكون
له مرقة فانه يحنث لانه جعل اليمين على اللحم الذي ياتي به فلان وعلى مرقته والمرقة لا تكون الا بدسم اللحم الذي
جاء به فاذا اختلط به لحم لا يكون له مرق لقلته فلم ياكل ما جاء به فلان واذا كان مما يفرد بالطبخ ويكون له مرق
والمرق جنس واحد فلم يعتبر فيه الغلبة وحنث ، وقد قال محمد فيمن قال لا اكل مما يجيء به فلان فجاء فلان
بلحم فشواه وجعل عليه ارزا للحالف فاكل الحالف من جواذبه حنث وكذلك لو جاء المحلوف عليه بحمص فطبخه
فاكل الحالف من مرقته وفيه طعم الحمص حنث ولو جاء برطب فسال منه رب فاكل منه او جاء بزيتون فعصر
فاكل من زيته حنث ، قال بن سماعة عن ابي يوسف في رجل قال والله لا اكل من ثمر هذا البستان وفيه
نخل عصي ، او لا اكل من ثمر هذا النخل وهي عشرة او ثلث ، او لا اكل من ثمر هاتين النخلتين او من هاتين
الرطبتين ، او من هذه الثلاث التفاحات ، او من هذين الرغيفين او لا اشربن لبن هاتين الشاتين
فاكل بعض ذلك او شرب بعضه يحنث لانه منع نفسه من اكل بعض المذكور وشرب بعضه لان كلمة من
للتبعيض فاذا اكل او شرب من البعض حنث ، قال ابو يوسف ولو قال والله لا اشرب لبن هاتين الشاتين
ولم يقل من فانه لا يحنث حتى يشرب من لبن كل شاة لانه حلف على شرب لبنهما فلا يحنث بشرب لبن احدهما
واذا شرب جزوا من لبن كل واحدة منهما حنث لان الانسان لا يمكنه ان يشرب جميع لبن الشاة فلا ينعقد يمينه
مع نفسه عن ذلك فينعقد يمينه على البعض كما اذا حلف لا يشرب ما البحر ، قال وان كان لبن قد حلب
فقال والله لا اشربن لبن هاتين الشاتين للبن بعينه ، فان كان لبنا يقوى على شربه من مرة واحدة لم يحنث
بشرب بعضه وان كان لا يستطيع شربه في مرة واحدة لم يحنث بشربه بعضه لان يمينه وقعت على شرب الكل
حقيقة فان استطاع شربه دفعة حمل على البعض كما في ما البحر ، وعلى هذا لو قال لا اكل هذا الطعام وهو لا يقدر
ان ياكله دفعة واحدة ، ونظير هذا ما قالوا فيمن قبض من رجل دينا عليه فوجد فيه درهمين زائفين فقال
والله لا اخذ منهما شيا فاخذ احدهما حنث لان كلمة من للتبعيض ، وقال بن رستم عن محمد اذا قال والله
لا اكل لحم هذا الخروف فهذا على بعضه لانه لا يمكن اكله مرة واحدة عادة ، وذكر في الاصل فيمن قال
لا اكل هذه الرمانة فاكلها الا حبة او حبتين حنث في الاستحسان لان ذلك القدر لا يعتد به فانه يقال
في العرف لمن اكل رمانة وترك منها حبة او حبتين انه اكل رمانة وان ترك نصفها او ثلثها او ترك اكثر
مما يجري في العرف ان يسقط من الرمانة لم يحنث لانه لا يسمى اكلا لجميعها ، ولو قال والله لا ابيعك لحم
هذا الخروف او هذه الخابية الزيت فباع بعضها لم يحنث لانه يمكن حمل اليمين هنا على الحقيقة لان بيع الكل
ممكن وقد قال بن سماعة فيمن قال لا اشتري من هذين الرجلين انه لا يحنث حتى يشتري منهما ، ولا يشبه هذا
قوله لا اكل هذين الرغيفين لان من للتبعيض ويمكن العمل بالتبعيض من الاكل ولا يمكن في الشرا لان البيع
لا يتبعض فيحمل على ابتدا الغاية ، وذكر في الاصل والجامع من حلف لا يتزوج النسا او لا يكلم بني ادم انه
يقع على الواحد لتعذر الحمل على الكل فيحمل على بعض الجنس وقد قدمناه ، ولو حلف لا ياكل من كسب فلان
فالكسب ما صار للانسان بفعله كالايجاب والقبول في البيع والاجارة والقبول في الهبة والصدقة والوصية

والاخذ

والاخذ في المباحات فاما الميراث فلا يكون كسبا لانه يملكه الوارث من غير صنعة ، ولو مات المحلوف عليه
وقد كسب شيا فورثه رجل فاكل الحالف منه حنث لان ما في يد الوارث كسب الوارث بمعنى مكسوبة عرفا
فلو انتقل عنه الى غيره بغير الميراث لم يحنث لانه صار للثاني بفعله فبطلت الاضافة الى الاول ، قال
ابو يوسف اذا قال لا اكل مما ملكت او يملكه له ومن ملك فاذا خرج من ملك المحلوف عليه الى
ملك غيره فاكل منه الحالف لم يحنث لانه اذا ملك الثاني ولم يبق ملك الاول فلم يبق مضافا
اليه بالملك وكذا اذا حلف لا ياكل مما اشترى فلان او مما يشتري فاشترى المحلوف عليه لنفسه
او لغيره فاكل منه الحالف حنث فان باعه المحلوف عليه من غيره بامر المشتري له ثم اكل منه الحالف لم
يحنث لان الشرا اذا طرى على الشرا بطلت الاضافة الاولى وتجددت اضافة اخرى فلم يبق لها اليمين
وانما كان الشرا لغيره ولنفسه سوا فلان حقوق العقد تتعلق بالمشتري فكانت الاضافة اليه لا الى المشترا
له ، قال وكذا لو حلف لا ياكل من فلان شيا فمات فلان فاكل من ميراثه حنث فان مات وارثه فاورث
ذلك الميراث فاكل منه الحالف لم يحنث نسخ الميراث الاخر الميراث الاول كما ذكر لان الميراث اذا
على الميراث بطلت الاضافة الاولى ، ومن هذا القبيل ما قالوا فيمن حلف لا ياكل مما زرع فلان فباع
فلان زرعه فاكله الحالف عند المشتري حنث لان الاضافة الى الاول لا تبطل بالبيع فان بذره المشتري
وزرعه فاكل الحالف من هذا الزرع لم يحنث لان الاضافة بالزرع انما يكون الى الثاني دون الاول وعلى
هذا لو حلف لا ياكل من طعام صنعه فلان او من خبز خبزه فلان فتناسخه الباعة ثم اكل الحالف
منه يحنث لانه يقال هو من خبز فلان ومن طبخه وان باعه ، وكذا لو حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان
فنسج فلان ثوبا وباعه لان البيع لا يبطل الاضافة ولو كان ثوب خز فنقض ونسجه اخر ثم لبسه الحالف لم يحنث
لان النسج الثاني ابطل الاضافة الاولى ، ولو حلف لا يشتري ثوبا مسه فلان فمس فلان ثوبا وتناسخه
الباعة فانه يحنث اذا اشتراه لان الاضافة بالمس لا تبطل بالبيع فصار كانه قال لا اشتري ثوبا كان فلان
مسه ، وقال بشر عن ابي يوسف في رجل حلف انه لا ياكل هذه الدراهم فاشترى بها طعاما
فاكله حنث وان بدلها بغيرها واشترى مما ابدل طعاما فاكله لم يحنث لان الدراهم عينها لا تحتمل
الاكل وانما اكلها في المتعارف اكل ما يشترى بها ولما اشترى ببدلها فلم يوجد اكل ما اشترى بها فلا
يحنث ، وكذا لو حلف لا ياكل من ثمن هذا العبد فاشترى بثمنه طعاما فاكله ، ولو حلف لا ياكل من
ميراث ابيه شيا وابوه حي فمات ابوه فورث منه مالا فاشترى به طعاما فاكله ففي القياس ينبغي ان لا
يحنث لان الطعام المشترى ليس بميراث وفي الاستحسان يحنث لان المواريث هكذا يوكل ويسمى ذلك
اكل الميراث عرفا وعادة فان اشترى بالميراث شيا فاشترى بذلك الشي طعاما فاكله لم يحنث
لانه مشترى بكسبه وليس بمشترى بميراثه ، وقال ابو يوسف في الميراث بعينه اذا حلف
عليه بغيره او اشترى به لم يحنث لما قلنا ، قال فان كان قال لا اكل ميراثا يكون لفلان فكيف ما
غيره فاكله حنث لان اليمين المطلقة يعتبر فيها الصفة المعتادة وفي العادة انهم يقولون لما ورثه
الانسان انه ميراث وان غيره ، وقال المعلى عن ابي يوسف اذا حلف لا يطعم ولا نا مما ورث
من ابيه شيا فان كان ورث من ابيه طعاما فاطعمه منه حنث فان اشترى بذلك الطعام طعاما فاطعمه
منه لم يحنث لان اليمين وقعت على الطعام الموروث فاذا باعه بطعام اخر فالثاني ليس بموروث
وقد امكن حمل اليمين على الحقيقة فلا يحمل على المجاز وان ورث دراهم فاشترى بها طعاما فاطعمه
حنث لانه لا يمكن حمل اليمين على الحقيقة فحملت على المجاز ، قال هشام سمعت محمدا يقول في رجل
معه دراهم حلف ان لا ياكلها فاشترى بها دنانير او فلوسا ثم اشترى بالدنانير طعاما فاكله يحنث
فان حلف لا ياكل هذه الدراهم فاشترى بها عرضا ثم باع ذلك العرض بطعام فاكله لم يحنث لان
العادة في قوله لا اشتري بهذه الدراهم الامساك من انفاقها في الطعام والنفقة تارة تكون

ميراث

بالابتياع بها وتارة بتصريفها بما ينفق فحملت اليمين على العادة واما ابتياع العروض بالدراهم فليس بنفقة
في الطعام في العادة فلا يحمل اليمين عليه ومنا خلاف ما حكاه ابن ابي يوسف وقال بن رستم عن محمد فيمن
والله لا اكل من طعامك وهو يبيع الطعام فاشتري منه فاكل حنث لان مثل هذه اليمين يراد بها مع النفر
عن الابتياع قال محمد ولو قال والله لا اكل من طعامك هذا الطعام بعينه فاهداه له فاكله لا يحنث
في قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف ويحنث في قولي وهذا فرع اختلافهم فيمن قال لا ادخل دار فلان
هذه فباعها فلان ثم دخلها والمسئلة تجي فيما بعد ۔ وقال محمد ولو حلف لا ياكل من طعامه فاكل من
طعام مشتري بينهما حنث لان كل جزء من الطعام يسمي طعاما فاكل من طعام المحلوف عليه ۔ وقال
علي بن الجعد وبن سماعة عن ابي يوسف حلف لا ياكل من غلة ارضه ولا نية له فاكل من ثمن الغلة حنث لان
هذا في العادة يراد به استغلال الارض فان نوي اكل نفس ما يخرج منه فاكل من ثمنه دين فيما بينه
وبين الله تعالي والمراد به في القضا قال القدوري وهذا علي اصله فيمن حلف لا يشرب الما ونوي الجنس انه لا
يصدق في القضا فاما علي الرواية الظاهرة فيصدق لانه نوي حقيقة كلامه ۔ وقال محمد في الجامع
اذا حلف لا ياكل من هذه النخلة شيا فاكل من تمرها او من جمارها او طلعها او بسرها او الدبس او ما يخرج
من بطنها فانه يحنث لان النخلة لا يتاتي اكلها فحملت اليمين علي ما يتولد منها والدبس اسم لما يسيل من الرطب
لا المطبوخ منه ۔ وان حلف لا ياكل من هذا الكرم شيا فاكل من عنبه او زبيبه او عصيره حنث لان ه
المراد هو الخارج من الكرم اذ عين الكرم لا يحتمل الاكل كما في النخلة بخلاف ما اذا نظر الي عنب فقال عبده حر
ان اكل من هذا العنب فاكل من زبيبه او عصيره لم يحنث لان العنب مما يوكل عينه فلا ضرورة الي الحمل علي ما
يتولد منه ۔ وكذا لو حلف لا ياكل من هذه الشاة فاكل من لبنها او زبدها او سمنها لم يحنث لان الشاة ماكولة
في نفسها فامكن حمل اليمين علي اجزائها فيحمل عليها لا علي ما يتولد منها ۔ وقال محمد ولو اكل من ناطف جعل
من تمر النخلة او نبيذ حالها لم يحنث لان كلمة من لابتدا الغاية وقد خرج هذا بحدوث الصنعة
عن الابتدا فلم يبق ولد اليمين ۔ ولو حلف لا ياكل من هذا اللبن فاكل من زبده او سمنه لم يحنث لان اللبن
ماكول بنفسه فيحمل اليمين علي نفسه دون ما يحدث منه ۔ واما الحلف علي الشرب قد ذكرنا معني الشرب
انه ايصال ما لا يحتمل المضغ من المايعات الي الجوف حتي لو حلف لا يشرب فاكل لم يحنث كما لو حلف لا ياكل ه
فشرب لان الاكل والشرب فعلان متغايران قال الله تعالي كلوا واشربوا عطف الشرب علي الاكل والمعطوف
غير المعطوف عليه ۔ واذا حلف لا يشرب ولا نية له فاي شراب شربه من ما او غيره يحنث لانه منع نفسه
عن الشرب عاما وسوا شرب قليلا او كثيرا لان بعض الشراب يسمي شرابا ۔ وكذا لو حلف لا ياكل طعاما
فاكل شيا يسيرا يحنث لان قليل الطعام طعام ۔ ولو حلف لا يشرب نبيذا فاي نبيذ شرب حنث لعموم
اللفظ وان شرب سكرا لم يحنث لان السكر لا يسمي نبيذا لانه اسم لخمر التمر وهو الذي ما التمر اذا غلا
واشتد وقذف بالزبد وان لم يقذف علي الاختلاف وكذا لو شرب فقاعا لانه لا يسمي نبيذا اذ هو اسم
للمثلث يصب فيه الما وكذا لو شرب عصيرا لانه لا يسمي نبيذا ۔ وان حلف لا اشرب مع فلان شرابا فشربا
في مجلس واحد شرابا واحدا حنث وان كان الانا الذي يشربان فيه مختلفا وكذا لو شرب الحالف من
شراب وشرب الاخر من شراب غيره وقد ضمهما مجلس واحد لان المفهوم من الشرب مع فلان في ه
العرف هو ان يشربا في مجلس واحد اتحد الانا والشراب او اختلفا بعد ان ضمهما مجلس واحد يقال
شربنا مع فلان وشربنا معه كذلك وان كان الملك ينفرد بالشرب من انا فان نوي شرابا واحدا او
من انا واحد يصدق لانه نوي ما يحتمله لفظه ۔ ولو حلف لا يشرب من دجلة او من الفراة قال
ابو حنيفة لا يحنث ما لم يشرب منه كرعا وهو ان يضع فاه عليه فيشرب منه فان اخذ الما منه بيده او باناء
لم يحنث وعند ابي يوسف ومحمد يحنث سوا ان شرب كرعا او باناء او اغترف بيده لان مطلق اللفظ ينصرف
الي المتعارف عند اهل اللسان والمتعارف عندهم ان يرفع الما من الفراة بيده او بشي من الاواني

لانه يسمي شاربا من ذلك فيحمل مطلق الكلام عليه وان كان مجازا بعد ان كان متعارفا كما لو حلف لا ياكل من هذه
الشجرة او من هذه القدر فانه ينصرف ذلك الي ما خرج من الشجرة ومن الثمرة والي ما يطبخ في القدر من الطعام
فكذا هنا ۔ ولابي حنيفة ان مطلق الكلام علي الحقيقة وحقيقة الشرب من الفرات ان يشرب منه
كرعا لان كلمة من استعملت هنا لابتدا الغاية بالاطلاق لتعذر حملها علي التبعيض اذ الفراة اسم للنهر
المعروف والنهر اسم لما بين جانبي الوادي لا الما الجاري فيه فكانت كلمة من هاهنا لابتدا الغاية
فيقتضي ان يكون الشرب من هذا المكان وان يكون شربه الا ان يشرب بضع فاه عليه فيشرب منه وهو
نفس الكرع كما لو حلف لا يشرب من هذا الكوز الا تري لو شرب من انا اخذ فيه الما من الفراة كان شاربا
من ذلك الانا حقيقة لان الفراة والما واحد لا يشرب من مكانين من كل واحد منهما حقيقة لهذا لو قال
شربت من الانا لا من الفراة كان مصدقا ۔ ولو قال علي العكس كان مكذبا فدل ان الشرب من هو
الكرع منه والكرع ممكن ومستعمل وقد روي ان رسول الله صلي الله عليه وسلم راي قوما فقال هل عندكم
ما بات في شن والا كرعنا ويستعمله في زماننا كثير من اهل الرساتيق علي انه ان لم يكن مستعملا فعلا لا يدل الا
علي خبر كون الاسم منقولا عن الحقيقة كما لو حلف بعد ان كان الاسم مستعملا فيه تسمية ولطفا كما لو
حلف لا ياكل لحما فاكل لحم خنزير لا يحنث لانه وان كان لا يوكل عادة لا يطلق الاسم عليه حقيقة تسمية ولطفا
وبهذا تبين ان قلة الحقيقة وجودا لا يسلب اسم الحقيقة عن الحقيقة ۔ بخلاف ما اذا حلف لا ياكل من
هذه الشجرة او من هذا القدر لان هنا لا يمكن جعل هذه الكلمة للتبعيض ما دخلت عليه لخروج الشجرة ه
والقدر من ان يكون محلا للاكل لا يمكن جعلها لابتدا الغاية الاكل لان حقيقة الاكل لا يحصل من
من المكان بل من اليد لان الماكول يستعمل من نفسه فلم يمكن جعلها لابتدا الغاية فاضمر فيه ما
يتاتي فيه الاكل وهو الثمرة من الشجرة والمطبوخ في القدر فكانت من للتبعيض وهنا امكن جعلها
لابتدا الغاية لان الما يشرب من مكان لا محالة لعدم استمساكه في نفسه والشرب هو البلع من غير
مضغ وما يكون ابتلاعه من غير مضغ لا يكون له من نفسه استمساك فلا يكون شاربا منه ۔ ولو شرب
من نهر ياخذ من الفراة لم يحنث في قولهم جميعا اما عنده فلا يشكل لان هذا النهر ليس مداه فصار
فصار كما لو شرب من انيه واما عندهما فلانهما يعتبران العرف والعادة ومن شرب من نهر ياخذ من
الفراة لان الشرب من الفراة عندهما هو اخذ الما المفضي الي الشرب من الفراة ولم يوجد هنا
لانه اخذ من نهر لا يسمي فراتا ۔ ولو حلف لا يشرب من ما الفراة فشرب من نهر اخذ من الفراة فان
شرب منه بالاغتراف او بالاستقا حنث اجماعا فان شرب بالكرع منه فكذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
لا يحنث ۔ وجهه ان النهر لما اخذ الما من الفراة فقد صار مضافا اليه فانقطعت الي الفراة وجه
ظاهر الرواية انه منع نفسه عن شرب جزء من ما الفراة لان كلمة من الما دخلت في الما صله للشرب وهو ما
بالنقل الشرب فكانت للتجزية وبالدخول من نهر ينشعب من الفراة لا ينقطع النسبة اليه كما لا ينقطع
بالاغتراف بالانية والاستقا بالراوية الا تري ان ما زمزم ينقل البنا ويتبرك به ويقول شربنا من ما
زمزم ۔ ولو حلف لا اشرب من ما دجلة فهذا وقوله لا اشرب من دجلة سوا لانه ذكر الشرب
من النهر فكان علي الخلاف ۔ وروي المعلي عن محمد فيمن حلف لا يشرب من نهر يجري ذلك النهر الي
الدجلة فاخذ من دجلة من ذلك الما فشربه لم يحنث لانه قد صار من ما دجلة لزوال الاضافة الي
النهر الاول بحصوله في دجلة ۔ ولو حلف لا يشرب من هذا الحب فعلي الخلاف حتي لو اغترف منه بانية
في انا اخر فشرب لم يحنث حتي يضع فاه علي حب في قول ابي حنيفة وعندهما يحنث ومن مشايخنا من
فسر الجواب في الحب فقال ان كان ملان فعلي الخلاف لان الحقيقة متصورة الوجود وان كان ملان
فاغترف يحنث اجماعا العدم تصور الحقيقة فتنصرف يمينه الي المجاز ۔ ولو حلف لا يشرب من هذا
الكوز انصرفت يمينه الي الحقيقة اجماعا لتصور الحقيقة عنده وعندهما للعرف فان نقل الما من كوز

في الجملة صح

الكوز وشرب من الثاني لا يسمى شاربا من الكوز الاول ٭ ولو حلف من ما هذا الحب فاغترف منه بانا حنث اجماعا لانه عقد يمينه على ذلك الحب وقد شرب من مايه فان حول ماه الى حب اخر فشرب منه فالكلام فيه كالكلام فيمن حلف لا يشرب من ما الفراة فشرب من نهر ياخذ الما من الفراة وقد مر ٭ ولو قال لا اشرب من ما هذا الجب فالكلام فيه كالكلام في قوله لا اشرب من ما دجلة وقد ذكرناه ٭ ولو حلف لا يشرب من هذه البير او من مايها فاستقى منها وشرب حنث لان الحقيقة غير مقصورة الوجود فينصرف الى المجاز وقالوا فيمن حلف لا يشرب من ما المطر فمدت الدجلة من المطر فشرب لم يحنث لانه اذا حصل في الدجلة انقطعت الاضافة الى المطر فان شرب من ما وادي سال من المطر لم يكن فيه ما قبل ذلك او من ما مطر مستنقع في قاع حنث لانه لما لم يضف الى نهر بقيت الاضافة الى المطر كما كانت ٭ ولو حلف لا يشرب من ما فراة فشرب من ما دجلة او من نهر اخر او من بير عذب حنث لانه منع نفسه عن شرب ما عذب اذ الفراة في اللغة عبارة عن العذب قال الله تعالى واسقيناكم ما فراتا ولم يعين الما ولم يضفه الى الفراة فقد جعل الفراة نعتا للما وقد شرب من الما المنعوت فيحنث وفي الفصل الاول اضاف الما الى الفراة وعرف الفراة بحرف التعريف فينصرف الى النهر المعروف المسمى بالفرات ٭ واما الحلف على الذوق فالذوق هو ايصال المذوق الى الفم ابتلعه او لا بعد ان وجد طعمه لانه من احدى الحواس الخمس الموضوعة للعلم بالمدركات كالسمع والبصر والشم واللمس للعلم بالمسموعات والمبصرات والمشمومات والملموسات والعلم بالطعم يحصل بحصول المذوق في فمه سوا ابتلعه او لا فان مجه فكل اكل فيه ذوق وليس كل ذوق اكلا ٭ اذا عرفنا هذا نقول اذا حلف لا يذوق طعاما او شرابا فادخله في فيه بحصول الذوق لوجود معناه وهو ما ذكرنا فان قال اردت بقولي لا اذوقه لا اكله ولا اشربه دين ديانة لا قضا لانه قد يراد بالذوق الاكل والشرب يقال في العرف ما ذقت اليوم شيا وما ذقت الا الما ويراد به الاكل والشرب ولا يصدق قضا لعدوله عن الظاهر ٭ قال هشام سالت محمدا عن رجل حلف لا يذوق في منزل فلان طعاما ولا شرابا فذاق منه شيا ادخله فاه ولم يصل الى جوفه فقال محمد هذا على الذوق الا ان يكون تقدمه كلام فلت فان كان قال له المحلوف عليه تغد عندي اليوم فحلف لا يذوق في منزله طعاما ولا شرابا قال محمد هذا على الاكل ليس على الذوق وانما كان كذلك لما بينا ان حقيقة الذوق هو اكتسا[ب] سبب العلم بالمذوق وقد يستعمل ذلك في الاكل والشرب فان تقدمت هناك دلالة حال الخروج الكلام عليها حملت اليمين عليها والا عملت بحقيقة اللفظ ٭ ولو حلف لا يذوق الما فتمضمض للصلاة لا يحنث وان حصل له العلم بطعم الما لان ذلك لا يسمى ذوقا عرفا وعادة اذ المقصود منه التطهير لا معرفة طعم المذوق ٭ ولو حلف لا ياكل طعاما ولا يشرب شرابا او لا يذوق ونوى طعاما دون طعام او شرابا دون شراب فجملة الكلام في هذا ان الحالف لا يخلو اما ان نوى تخصيص ما هو مذكور واما ان نوى تخصيص ما هو ليس بمذكور فان نوى تخصيص ما هو مذكور فان ذكر لفظا عاما واراد به بعض ما دخل تحت اللفظ العام من حيث الظاهر يصدق ديانة لا قضا لان التكلم بالعام على ارادة الخاص جايز الا انه خلاف الظاهر لان اللفظ وضع دلالة العموم والظاهر من اللفظ الموضوع دلالة على العموم في اللغة ارادة العموم فكان نية الخصوص خلاف الظاهر فلا يصدق قضا فان نوى تخصيص ما ليس بمذكور لا يصدق قضا ولا ديانة سوا كان التخصيص راجعا الى الذات او الى الصفة والحال لان الخصوص والعموم من صفات الالفاظ دون المعاني فغير الملفوظ لا يحتمل العموم من التخصيص والاطلاق والتقييد فاذا نوى التخصيص فقد نوى ما لا يحتمله كلامه فلم يصح نيته اصلا ٭ اذا عرف هذا نخرج عليه مسايل اذا قال ان اكلت طعاما او ان شربت شرابا او ان ذقت طعاما او شرابا فعبدي حر وقال عنيت اللحم والخبز فاكل غيره لا يصدق ويصدق ديانة لانه نوى التخصيص من اللفظ المذكور

من موضع العموم لما بينا فيما تقدم ان قوله ان اكلت طعاما معنى قوله لا اكل طعاما فيتناول نظاهره كل طعام فاذا نوى به بعض الاطعمة دون بعض فقد نوى الخصوص من اللفظ العام وانه يحتمله ولكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضا ويصدق ديانة ٭ ولو قال ان اكلت وشربت او ذقت فعبدي حر وهو ينوي طعاما بعينه او شرابا بعينه فاكل او شرب غيره فان عبده يعتق في القضا والديانة لانه نوى تخصيص من غير المذكور اذ الطعام والشراب ليسا بمذكورين بل يثبتان بطريق الاقتضا والمقتضا لا عموم له وعند الشافعي يدين ديانة ويزعم ان للمقتضا عموما والصحيح قولنا لما ذكرنا ان العموم والخصوص من صفات الموجود دون المعدوم اذ المعدوم لا يحتمل الصفة بحقيقته الا انه يجعل موجودا بطريق الضرورة لتصحيح الكلام فيبقى الكلام فيما وراه على العموم ٭ واما التخصيص الراجع الى الصفة والحال نحو ما حكى بشر عن ابي يوسف في رجل والله لا اكلم هذا الرجل وهو قايم وعنى به ما دام قايما لكنه لم يتكلم بالقيام كانت نيته باطلة وحنث ان كلمه لان الحال والصفة ليست بمذكورة فلا يحتمل التخصيص ٭ ولو حلف لا يكلم هذا القايم وعنى به ما دام قايما صدق في ديانة لورود التخصيص على الملفوظ ٭ وكذلك لو قال والله لا اضرب فلانا خمسين ونوى بسوط بعينه فباي شي ضربه فقد خرج من يمينه والنية باطلة لان الة الضرب ليست بمذكورة فبطلت نية التخصيص ٭ ونظير هذا ما حكى بن سماعة عن محمد في رجل حلف وقال لا اتزوج امراة وهو ينوي كوفية او بصرية وقال ليس في هذا نية بينه وبين الله تعالى ولا في القضا ولو قال والله لا اتزوج امراة كان ابوها يعمل كذا وكذا فهذا كله لا يجوز فيه النية ولو قال والله لا اتزوج امراة يعني امراة عربية او حبشية فقال هذا جايز هذا احسن فيما فقد جعل عربية او حبشية بيان النوع وقوله كوفية او بصرية وصفا يجوز تخصيص النوع ولا يجوز تخصيص الوصف لان الصفة ليست بمذكورة والجنس مذكور وهو قوله امراة لانه يتناول كل امراة لانه في موضع النفي فتعمل نيته في نوع دون نوع لاشتمال اسم الجنس على الانواع ٭ وقال بن سماعة عن محمد في رجل قال والله لا اتزوج امراة على ظهر الارض ينوي امراة بعينها قال يصدق فيما بينه وبين الله تعالى لان اللفظ عام فاحتمل تخصيص بعض افراد العموم الا انه خلاف الظاهر فلا يصدق في القضا ٭ قال ولو قال لا اشتري جارية ونوى مولدة فان نيته باطلة لانه نوى تخصيص نوع من جنس وانما هو تخصيص صفة فاشبه الكوفية والبصرية ٭ ولو قال والله لا اكل الطعام او لا اشرب الما او لا اتزوج النسا فيمينه على بعض الجنس على ما بينا فان اراد الجنس صدق لانه نوى ما هو حقيقة كلامه ٭ واما الحلف على الغدا والعشا فلا بد من معرفتهما ومعرفة وقتهما اما الاول فالغدا والعشا كل واحد منهما عبارة عن اكل يقصد به الشبع عادة فيعتبر في ذلك العادة في كل بلد فما كان عندهم غدا حملت اليمين عليه لهذا قالوا في اهل الحضر اذا حلفوا على ترك الغدا فشربوا اللبن لم يحنثوا لانهم لا يعتادون ذلك للشبع عادة ولو حلف البدوي فشرب اللبن حنث لان ذلك غدا عندهم ٭ واذا حلف رجل لا يتغدى فاكل غير الخبز من ارز او تمر او غيره حتى شبع لم يحنث ولم يكن ذلك غدا وكذا اذا اكل لحما بغير خبز لم يحنث في قول ابي يوسف ومحمد كذا ذكر الكرخي قال وقالا ليس الغدا في مثل الكوفة والبصرة الا على البر والمرجع في هذا الى العادة فما كان غدا معتادا عند الحالف حنث وما لا فلا وروى هشام عن ابي حنيفة من اكل الهريسة والارز حنث وروى عن ابي يوسف في الهريسة والفالوذج والخبيص انه لا يحنث الا ان يكون ذلك غدا من الاصل اي عند كل بلد ما تعارفوه غدا فيعتبر عادة الحالف فيما يحلف عليه فان كان الحالف كوفيا يقع على خبز الحنطة وخبز الشعير ولا يقع على اللبن والسويق وان كان بدويا يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على السويق وفي بلادنا يقع على خبز الحنطة ٭ واما الثاني فنقول وقت الغدا من طلوع الفجر الى وقت الزوال لان الغدا عبارة عن اكل الغدوة وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة والعشا من وقت الزوال الى نصف الليل لانه ماخوذ من اكل العشا واول اوقات العشا ما بعد الزوال وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم فصلى احدى صلاتي العشا ركعتين يريد به الظهر

او العصر وفي عرف ديارنا وقت العشا ما بعد صلاة العصر • فاما السحور فما بعد نصف الليل الى طلوع الفجر
لانه ماخوذ من السحر وهو وقت السحر • ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الغدا والعشا وقد روي بن
سماعة عن ابي يوسف فيمن قال لامراته ان لم تتعشي فعبدي حر فاكلت لقمة واحدة لم تزد عليها فليس
هذا بعشا ولا يحنث حتى تاكل اكثر من نصف شبعها لان من اكل لقمة يقول في العادة ما تغديت ولا
تعشيت فاذا اكل اكثر اكله يسمي ذلك غدا في العادة • وروي المعلي عن محمد فيمن حلف لياتينه
غدوة انه اذا اتاه بعد طلوع الفجر الى نصف النهار فقد بر وهو غدوة لما ذكرنا ان هذا وقت الغدا
ولو قال لياتينه ضحوة فهو من طلوع الشمس من الساعة التي تحل فيها الصلوة الى نصف النهار لان هذا
وقت صلاة الضحي • قال محمد ولو حلف لا يصبح فالتصبح عندي ما بين طلوع الشمس وبين ارتفاع
الضحي الاكبر فهو وقت التصبح لان التصبح تفعيل من الصباح والتفعيل للتكثير فيقتضي زيادة ما
يفيده الاصباح • وروي المعلي عن محمد فيمن حلف لا يكلمه في السحر قال اذا دخل ثلث الليل
الاخر فليكلمه لان وقت السحر ما قرب من الفجر والمسا مسا ان قال هشام عن محمد ان احدهما اذا
زالت الشمس الا ترى انك تقول اذا زالت الشمس كيف امسيت والمسا الاخر اذا غربت الشمس فاذا حلف
بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسي كان ذلك على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمل اليمين على المسا الاول
فيحمل على الثاني والله اعلم •

فصل

واما الحلف على اللبس والكسوة اذا حلف لا يلبس
قميصا او سراويل او ردا فاتزر بالسراويل او القميص او الردا لم يحنث وكذا اذا اعتم بشي من ذلك لان
المطلق يعتبر فيه العادة والاتزار والتعميم ليس بمعتاد في هذه الاشيا فلا يحنث • ولو حلف لا يلبس هذا
القميص او هذا الردا او هذا السراويل فعلى اي حال لبس ذلك حنث فان اتزر بالردا او ارتدى بالقميص
او اغتسل فلف القميص على راسه لا يحنث وكذا لو حلف لا يلبس هذه العمامة فالقاها على عاتقه لان اليمين
اذا تعلقت بعين يعتبر فيها وجود الاسم ولا يعتبر فيها الصفة المعتادة لان الصفة في الحاضر غير معتبرة
والاسم باق وهذا لبس الا انه ليس بمعتاد فيحنث به • ولو حلف لا يلبس حريرا فلبس مصمتا حنث لان
الثوب ينسب الى اللحمة دون السدي لانها هي الظاهرة منه والسدي ليس بظاهر • نظير هذه
المسايل ما قال في الجامع فيمن حلف لا يلبس قميصين فلبس قميصا ثم نزعه ثم لبس اخر لا يحنث حتى يلبسهما
معا لان المفهوم من لبس القميص في العرف هو ان يجمع بينهما ولو قال والله لا البس هذين القميصين فلبس
احدهما ثم لبس احدهما ثم نزعه ولبس الاخر حنث لان اليمين هنا وقعت على عين فاعتبر فيها الاسم دون
اللبس المعتاد وقالوا فيمن حلف لا يلبس شيا ولا نية له فلبس درعا من حديد او درع امراة او خفين او
قلنسوة انه يحنث لان ذلك كله يتناوله اسم اللبس • ولو حلف لا يلبس سلاحا فتقلد سيفا
او تنكب قوسا او ترسا لم يحنث لان هذا لا يسمي لبسا يقال تقلد السيف ولا يقال لبسه • ولو لبس
درعا من حديد حنث لان السلاح هكذا يلبس • وقالوا فيمن حلف لا يلبس قطنا فلبس ثوب قطن حنث
لان القطن لا يحتمل اللبس حقيقة فيحمل على لبس ما يتخذ منه فان لبس قبا ليس بقطن وحشوه قطن لم
يحنث الا ان يعني الحشو لان الحشو ليس بملبوس فلا يتناوله اليمين • فان لبس ثوبا من قطن وكان
حنث لان اليمين على القطن يتناول ما يتخذ منه وبعض الثوب يتخذ منه • وروي بشر عن ابي يوسف
في رجل حلف ليقطعن من هذا الثوب قميصا وسراويل فقطعه قميصا فلبسه ما شا الله ثم قطع من
القميص سراويل فلبسه فانه بر في يمينه لان القميص يسمي ثوبا فقد قطع السراويل واسم الثوب لم
يزل فلا يحنث • ولو حلف على قميص ليقطعن منه قبا وحلا سراويلا فقطع منه قبا فلبسه او لم
يلبسه ثم قطع من القبا سراويلا فانه قد حنث في يمينه حين قطع القميص قبا لانه قطع السراويل
مما لا يسمي قميصا ويمينه اقتضت ان يقطع السراويل من قميص لا من قبا • وقال في الزيادات
عبد حران لم يجعل من هذا الثوب قبا وسراويلا ولا نية له فجعله كله قبا وخاطه ثم نقض القبا وجعله

سراويلا لا يحنث الا ان يكون حتى ان يجعل من بعضه هذا ومن بعضه هذا وهو على الحالة الاولى • فقال عمرو
عن محمد في رجل حلف لا يلبس هذا الثوب فقطعه سراويلين فلبس سراويلا بعد سراويل لا يحنث قال محمد اذا
صار سراويل خرج ان يكون ثوبا لان لبس الثوب المشار اليه يلبس جميعه دفعة واحدة وروي عن محمد انه
قال سمعت ابا يوسف يقول فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب فاخذ منه قلنسوات فلبسها لم يحنث لانه لما
قطعه قلنسوات لم يبق اسم الثوب لان القلنسوة لا تسمي ثوبا وان قطعه قميصا ففضل منه
فضلة غير القميص رقعة صغيرة يتخذ منها لبنة او ما اشبه ذلك فانه يحنث لان هذا لا يعتد به فكان
لابسا كمن حلف لا ياكل رمانة فاكل الا حبة وكذا لو اتخذ من الثوب جوارب فلبسها لم يحنث لانه
لما قطعه جوارب زال اسم الثوب عنها • ولو حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة فقطع بعضه فلبسه
فان كان لا يكون ما قطع ازارا او ردا لا يحنث فان بلغ ذلك حنث فان قطعه سراويل فلبسه حنث لان اسم
الثوب انما يقع على ما يستر العورة وادنى ذلك الازار فما دونه ليس يلبس ثوب • وكذا المراة حلفت لا تلبس
ثوبا فلبست خمارا او مقنعة لم يحنث والمراد بذلك الخمار الذي لا يبلغ مقدار الازار فاذا بلغ ذلك الازار
حنث بلبسه وان لم يستر به العورة وكذا ان لبس الحالف عمامة لم يحنث الا ان يلف على راسه قدر ما
يكون ازارا او ردا او يقطع من مثلها قميصا او درعا او سراويل لان العمامة اذا لم تبلغ مقدار الازار فلبس
لا يسمي لابس ثوب فلم يحنث فاذا بلغت مقدار الازار او الردا فقد لبس ما يسمي ثوبا الا ان لبسه في موضع
مخصوص من بدنه فهو كما لو لبس القميص على راسه ولو حلف لا يلبس من غزل فلانة ولم يقل ثوبا لم يحنث
في التكة والزر والعروة واللبنة روي ذلك عن محمد لان هذا ليس يلبس في العادة لا يقال لمن كان
عليه لابس • وقال ابو يوسف ان لبس رقعة في ثوبه شبرا حنث لان ما عنده في حكم الكثير
يصار لابسا • وقال محمد اذا حلف لا يلبس ثوبا لا يحنث في العمامة والمقنعة ويحنث في السراويل
وقد قالوا اذا حلف لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوب خز غزلته حنث لان ذلك ينسب الى
الثوب فان كان كسا من غزلها سداه قطن فان كان يسمي ثوبا حنث والا لم يحنث • وان
حلف لا يلبس ثوبا من نسج فلان فنسجه غلمانه فان كان فلان يعمل بيده لم يحنث الا ان يلبس
عمله وان كان فلان لا يعمل بيده حنث لان حقيقة النسج ما فعل الانسان بنفسه فان امكن الحمل
على الحقيقة يحمل عليها وان لم يمكن على المجاز واذا كان فلان لا ينسج بيده لم تكن الحقيقة مراده
باليمين فيحمل على المجاز وهو الامر بالعمل • وروي بشر عن ابي يوسف فيمن حلف لا يلبس شيا من
السواد قال هذا على ما يلبس مثله ولا يحنث في التكة والزر والعروة لان ذلك ليس يلبس • ولو
حلف لا يكسو فلانا شيا ولا نية له فكساه قلنسوة او خفين او نعلين حنث لان الكسوة اسم
لما يكسي به وذلك يوجد في القليل والكثير • وروي عن محمد اذا حلف لا يكسو امراته فبعث
اليها مقنعة قال لا يحنث فجعل الكسوة عبارة عما يجري في عادة اليمين واجري ذلك مجرى
قوله لا البس ثوبا • ولو حلف لا يكسو فلانا فاعطاه دراهم يشتري بها ثوبا لم يحنث لانه لم
يكسه وانما وهب له دراهم وشاوره فيما يفعل بها ولو ارسل اليه ثوب كسوة حنث لان الحقوق
لا يتعلق بالرسول وانما يتعلق بالمرسل •

فصل

واما الحلف على الركوب اذا حلف
لا يركب دابة فهو على الدواب التي يركبها الناس في حوايجهم في مواضع اقامتهم فان ركب بعيرا او بقرة
لم يحنث والقياس ان يحنث في كل حيوان لان الدابة اسم لما يدب على وجه الارض قال الله تعالى وما من
دابة في الارض وقال تعالى ان شر الدواب عند الله الا انهم استحسنوا وحملوا اليمين على ما يركبه
الناس في الامصار لقضا الحوايج غالبا وهو الخيل والبغال والحمير للعموم والعرف والعادة لانا نعلم
انه ما اراد به كل حيوان فحمل مطلق كلامه على العادة ومعلوم ان الفيل والبقر والبعير لا تركب ايضا لقضا
الحوايج في الامصار عادة فان نوى بيمينه الخيل خاصة دين ديانة لان اللفظ يحتمل ولا يدين قضا لانه

خلاف ظاهر العموم. فان حلف لا يركب فرسا فركب برذونا او حلف لا يركب برذونا فركب فرسا لم يحنث لان الفرس
عبارة عن العربي والبرذون عبارة عن التتري فصار كمن حلف لا يكلم رجلا عربيا فكلم عجميا. ولو حلف لا
يركب وقال نويت الخيل لا يصدق ديانة ولا قضاء لان المركوب ليس بمذكور فلا يحتمل التخصيص. فان حلف لا
يركب الخيل فركب برذونا او فرسا حنث لان الخيل اسم الجنس قال الله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها
وزينة وقال عليه السلام الخيل في نواصيها الخير الى يوم القيمة والمراد به الجنس فتعم جميع انواعه. ولو
حلف لا يركب دابة وهو راكبها فمكث على حاله ساعة واقفا او سائرا حنث لما ذكرنا ان الركوب يحتمل الابتداء
بتجدد امثاله. وكذلك ولو حلف لا يلبس وهو لابس او لا يجلس على هذا الفرش وهو جالس لما قلنا فان نزل
عقيب يمينه او نزع او قام لم يحنث خلافا لزفر وقد تقدم فيما تقدم. ولو حلف لا يركب دابة لفلان
فركب دابة لعبده وعليه دين او لا دين عليه لا يحنث عندهما وعند محمد يحنث اما اذا كان عليه دين فلانه
لا يملكها عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف هي مضافة الى العبد دون المولى واما اذا لم يكن عليه دين
فهي مضافة الى العبد فلم يحنث وعند محمد هي ملك المولى حقيقة فيحنث بركوبها ولو حلف لا يركب مركبا ولا
ينوي شيئا فركب في سفينة او محمل او دابة باكاف او سرج حنث لوجود الركوب اما في الدابة بالسرج
والاكاف فلا شك فيه واما في السفينة فلان الله تعالى سمى ذلك ركوبا بالاية.

فصل

واما الحلف على الجلوس حلف لا يجلس على الارض لا يحنث الا ان يجلس عليها وليس بينه وبينها شيء غير ثيابه فان كان
بينه حصير وبين الارض حصيرا او بورياء او بساط او كرسي لم يحنث لان الجالس على الارض من باشر الارض
ولم يحل بينها وبينه شيء هذا هو الجلوس على الارض حقيقة الا ان الجلوس عليها هو متصل بها من ثيابه يسمى
جلوسا عليها فان كان بينهما ما هو منفصل عنه من البساط والحصير لا يسمى جلوسا الا ترى انه يقال
جلس على البساط والحصير لا على الارض. فان حلف لا يجلس على هذا الفراش او هذا الحصير او هذا
البساط فجعل عليه مثله ثم جلس لم يحنث لان الجلوس مضاف الى الثاني دون الاول الا ترى ان الطنفسة اذا
جعلت على البوري لا يقال جلس على البوري بل يقال جلس على الطنفسة وكذا اذا جعل الفراش على
الفراش والبساط على البساط. وخالف ابو يوسف في الفراش خاصة فقال اذا حلف لا ينام على هذا
الفراش فجعل فوقه فراشا اخر ونام عليه حنث لانهما جميعا مقصودان بالنوم لان ذلك انما يجعل
للتوطئة واجمعوا على انه لو حلف لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه قراما او محبسا حنث لان ذلك
لا يمنع من ان يقال نام على الفراش. ولو حلف لا يجلس على هذا السرير او على هذا الدكان او لا ينام على
هذا السطح فجعل فوقه مصلى او فراشا او بساطا ثم جلس فيه حنث لانه يقال جلس على السرير وان كان
فوقه فراش ويقال نام على السطح وان كان نام على فراش. فلو جعل فوق السرير سريرا او بنى فوق
الدكان دكانا او فوق السطح سطحا اخر لم يحنث لان الجلوس يضاف الى الثاني دون الاول. وقال
محمد ان كان نوى مباشرته وهي ان يكون فوقه شيء لم يدين في القضاء يعني به اذا حلف لا ينام على السرير
فنام على فراش فوق السرير لانه نوى غير ظاهر كلامه. ولو قال والله لا انام على الواح هذا السرير
او الواح هذه السفينة ففرش على ذلك فراشا لم يحنث لانه ما نام على الالواح. وذكر في الاصل اذا
حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها وفي رجله خف او نعل حنث لان المشي على الارض هكذا يكون عادة الا ترى
انه لم يحل بينه وبينها ما هو منفصل عنه وان مشى على بساط لم يحنث لانه يقال مشى على البساط وجاء
في الشعر ∴ نحن بنات طارق نمشي على النمارق ∴ ولو مشى على السطح حنث لانه يقال
هذه ارض السطح ويقال لمن قام على الارض. [على السطح لا يقم صح]

فصل

واما الحلف على السكنى
والمساكنة والايواء والبيتوتة اما السكنى. اذا حلف لا يسكن هذه الدار اما ان كان فيها ساكنا او لم يكن
فان لم يكن فيها ساكنا فالسكنى فيها ان يسكنها بنفسه وينقل اليها من متاعه ما يبات فيه ويستعمله في منزله
فاذا فعل ذلك فهو ساكن وحانث في يمينه لان السكنى هو الكون في المكان على طريق الاستقرار فان من جلس
في المسجد وبات فيه لا يسمى ساكنا. ولو اقام فيه بما يتأثث به يسمى به فدل ان السكنى ما ذكرنا وذلك
انما يكون بما يسكن به في العادة وذلك ما قلناه. وان كان فيها ساكنا فحلف لا يسكنها فانه لا يبر حتى ينتقل
عنها بنفسه واهله وولده الذين معه ومتاعه ومن كان يأويها لخدمته والقيام بامره في منزله. فان لم
يفعل ذلك ولم يأخذ في النقلة من ساعته وهي ممكنة حنث. ههنا مسائل ثلاثة فصول احدها
اذا حلف لا يسكن فانتقل باهله ومتاعه في الحال لم يحنث في قول علمائنا الثلاثة. وعند زفر يحنث وعلى هذا
الخلاف الذي ذكرنا في الراكب حلف لا يركب ونزل من ساعته. ولو حلف لا يسكن فاذا انتقل بنفسه
ولم ينتقل باهله ومتاعه قال اصحابنا يحنث. وقال الشافعي لا يحنث. وجه قوله ان شرط
حنثه سكناه ولم يسكن فلا يحنث كما لو حلف لا يسكن في بلد فخرج بنفسه وترك اهله فيه وقال الشافعي
محتجا علينا اذا خرجت من مكة وحلفت رجعت اليها انا اكون ساكنا بمكة. ولنا ان سكنى الدار
انما تكون بما يسكن به في العادة لما ذكرنا انه اسم الكون على وجه الاستقرار ولا يكون الكون على هذا
الوجه الا بما يسكن به عادة فاذا حلف لا يسكنها وهو فيها فاذا لم يزل ما كان فيه ساكنا لم يحنث وهذا
لان قوله لا اسكن هذه الدار منع نفسه عن سكنى الدار وكره سكناها بمعنى يرجع الى الدار والانسان
كان يصون نفسه عما يكرهه يصون اهله عنه عادة فكانت يمينه واقعة على السكنى وما يسكن به عادة
فاذا خرج بنفسه وترك اهله ومتاعه لم يوجد شرط البر فيحنث والدار لا يسكن فيها الدور عادة
فبقاؤها لا يوجب بقاء السكنى فكان هذا في غير موضعه ولان من حلف لا يسكن هذه الدار فخرج بنفسه
واهله ومتاعه فيها يسمى في العرف ساكن الدار الا ترى انه اذا قيل له وهو في السوق اين تسكن يقول
في موضع وان لم يكن هو فيها وبهذا فارق البلد لانه لا يقال لمن بالبصرة انه ساكن بالكوفة والثالث
اذا انتقل بنفسه واهله وماله ومتاعه وترك من اثاثه شيئا يسيرا قال ابو حنيفة يحنث وقال ابو
يوسف اذا كان المتاع المتروك لا يشغل بيتا ولا بعض الدار لا يحنث ولست احد في هذا حدا وانما هو على
الاستحسان على ما يعرفه الناس وقيل معنى قول ابي حنيفة اذا ترك شيئا يسيرا يعني به ما يعتد به في
التاثث ويسكن بمثله فاما اذا خلف فيها وتدا او مكنسة لم يحنث لابي يوسف ان اليسير من الاثاث
لا يعتد به لانه لا يسكن بمثله فصار كالوتد. ولابي حنيفة ان شرط البر ازالة ما به صار ساكنا فاذا
بقي منه شيء لم يوجد شرط البر بكماله فيحنث فان منع من التحول والخروج بنفسه ومتاعه واوثقوه
وقهروه لا يحنث وان اقام على ذلك لانه ما سكنها بل اسكن فيها فلا يحنث ولان البقاء على السكنى يجري
مجرى الابتداء. ومن حلف لا يسكن هذه الدار وهو خارج الدار فحمل اليها مكرها لم يحنث كذا البقاء
اذا كان باكراه. وقال محمد اذا خرج من ساعته وخلف متاعه كله في المسكن فمكث في طلب المنزل
اياما ثلاثا ولم يجد ما يستاجره وكان يمكنه ان يخرج من المنزل ويضع متاعه خارج الدار لا يحنث لان
هذا من عمل النقلة اذا النقلة محمولة على العادة والمعتاد هو الانتقال من منزل الى منزل ولانه
ما دام في طلب المنزل فهو متشاغل بالانتقال كما لو خرج بطلب من يحمل رحله. وقال محمد ان كان
الساكن موسرا وله متاع كثير وهو يقدر على ان يستاجر من ينقل متاعه في يوم فلم يفعل وجعل ينقل
بنفسه الاول فالاول حتى حملت في ذلك سنة قال اذا كان النقلان لا يفتر لا يحنث لان الحنث يقع
بالاستقرار في الدار والمتشاغل بالانتقال غير مستقر ولانه لا يلزمه الانتقال على اسرع الوجوه الا ترى
انه بالانتقال المعتاد لا يحنث وان كان غيره اسرع منه فان تحول ببدنه وقال ذلك اردت فان كان
حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكن فيها لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله
تعالى لانه نوى ما يحتمله كلامه فان كان حلف وهو غير ساكن وقال نويت الانتقال ببدني دين لانه
نوى ما يحتمله وفيه تشديد على نفسه واما المساكنة فاذا قال رجل ساكنا مع رجل في دار فحلف
احدهما لا يساكن صاحبه فان اخذ في النقلة وهي ممكنة على المكان والا حنث والنقلة على ما وصفت لك

اذا كان ساكنا في الدار فحلف لا يسكنها لان المساكنة هي ان يجمعهما منزل واحد فان لم ينتقل في الحال فالبقا
على المساكنة مساكنة فيحنث فان وهب الحالف متاعه للمحلوف عليه او اودعه او اعاره ثم خرج في طلب
فلم يجد منزلا اياما ولم يات الدار التي فيها صاحبه قال محمد ان كان وهب له المتاع وقبضه منه وخرج من
ساعته وليس من رايه العود فليس بمساكن له فلا يحنث وكذا ان اودعه المتاع ثم خرج لا يريد العود الى ذلك
المنزل وكذا العارية لانه اذا وهب واقبضه وخرج فليس بمساكن اياه بنفسه ولا بماله وكذا اذا اودعه
فليس بساكن به وانما هو في يد المودع وكذا اذا اعاره فلا يحنث ۰ ولو كان له زوجة فراودها على الخروج
فابت وامتنعت وحرص على خروجها واجتهد فلم تفعل لا يحنث لعدم اختياره السكنى وكذا اذا بقي ما يسكن
به بغير اختياره ۰ واذا حلف لا يساكن فلانا فساكنه في عرصة دار او بيت او غرفة حنث لان المساكنة
هي القرب والاختلاط فاذا سكنا في موضع صالح للسكنى فقد وجد الفعل المحلوف عليه فيحنث فان
ساكنه في دار هذا في حجرة وهذا في حجرة وهذا في منزل وهذا في منزل حنث الا ان يكون دارا كثيرة وقال
ابو يوسف مثل دار الرقيق ونحوها ودار الوليد بالكوفة لا يحنث وكذا كل دار عظيمة فيها مقاصير ومنازل
قال هشام عن محمد اذا حلف لا يساكن فلانا ولم يسم دارا فسكن هذا في حجرة وهذا في حجرة لم يحنث
الا ان يساكنه في حجرة واحدة قال هشام قلت فان حلف لا يساكنه في هذه الدار فسكن هذا في حجرة منها
وهذا في حجرة قال يحنث لمحمد ان الحجرتين المختلفتين كالدارين بدليل ان السارق من احدهما اذا
نقل المسروق الى الاخرى قطع وليس كذلك اذا حلف لا يساكنه في دار لانه حلف ان لا يجمعهما دار
واحدة وقد جمعتهما وان كانا في حجرها ۰ لابي يوسف ان المساكنة الاختلاط والقرب فاذا كان في
حجرتين من دار عظيمة صغيرة فقد وجد القرب فهو كبيتين من دار وان كانا في حجرتين من دار
عظيمة فلا يوجد القرب فهو كدارين في محلة فان سكن هذا في بيت من دار وهذا في بيت وقد حلف
لا يساكنه ولم يسم دارا حنث في قولهم لان بيوت الدار الواحدة كالبيت الواحد الا ترى ان السارق لو
نقل المسروق من احد البيتين الى الاخر لم يقطع ۰ وقال ابو يوسف فان ساكنه في حانوت في السوق
يعملان فيه عملا او يعملان فيه تجارة لا يحنث وانما اليمين على المنازل التي فيها الماوى والاهل والعيال
فاما من حوانيت البيع والعمل فليس يقع اليمين عليها الا ان ينويها ويكون بينهما كلام قبل اليمين يدل عليها
فيكون اليمين على ما تقدم من كلامهما ومعانيهما لان السكنى عبارة عن المكان الذي ياوي فيه الناس في العادة
الا ترى انه لا يقال فلان يسكن السوق وان كان يتجر فيها فان جعل السوق ماواه قيل انه يسكن السوق
فان كان هناك دلالة تدل على انه اراد باليمين ترك المساكنة في السوق ايضا فقد شدد على نفسه قالوا
اذا حلف لا يساكن فلانا بالكوفة ولا نية له فسكن احدهما في دار والاخر في دار اخرى في قبيلة واحدة او
محلة واحدة او دور لا يحنث حتى يجمعهما السكنى في دار لان المساكنة هي المقاربة والمخالطة ولا يوجد ذلك
اذا كانا في دارين وذكر الكوفة لتخصيص اليمين بها حتى لا يحنث بمساكنته في غيرها ۰ فان قال نويت ان لا تسكن
الكوفة والمحلوف عليه بالكوفة حنث لانه شدد على نفسه وكذا لو حلف لا يساكنه في الدار فاليمين على
المساكنة في دار واحدة على ما بينا ۰ ولو ان فلانا حلف لا يساكن فلانا في سفينة ومع كل واحد منهما اهله
ومتاعه واتخذها منزلا حنث وكذا اهل البادية اذا جمعتهم خيمة وان تفرقت الخيام لم يحنث وان
تقاربت لان السكنى محمولة على العادة وعادة الملاحين السكنى في السفن وعادة اهل البادية السكنى
في الاخبية فيحمل يمينهم على عاداتهم ۰ واما الايواء اذا حلف لا ياوي مع فلان او ياوي مع فلان في مكان
قليلا كان المكث او كثيرا ليلا كان او نهارا وهو قول ابي يوسف الاخير وقول محمد الا ان يكون نوى ان يكون
اكثر من ذلك يوما او اكثر فيكون على ما نوى روى هشام ابن رستم في رجل حلف بالطلاق لا ياويه وفلانا
بيت وذلك لان الايواء عبارة عن المصير في الموضع قال الله تعالى ساوي الى جبل يعصمني من الما
اي التجي وذلك موجود في قليل الوقت وكثيره وقد كان قول ابي يوسف الاول ان الايواء مثل البيتوتة

وانه

وانه لا يحنث حتى يقيم في المكان اكثر الليل لانهم يذكرون الايواء كما يذكرون البيتوتة فيقولون فلان ياوي
في هذه الدار كما يقولون يبيت فيها فاما اذا نوى اكثر من ذلك فالامر على ما نوى لان اللفظ يحتمل فانهم
يذكرون الايواء ويريدون به السكنى والمقام ۰ وروى ابن رستم عن محمد فيمن قال ان اواني واياك
بيت ابدا انه على طرفة عين في قول ابي يوسف الاخر وقولنا الا ان يكون نوى اكثر من ذلك يوما
او اكثر ۰ وقال ابن سماعة عن ابي يوسف اذا حلف لا ياوي فلانا وقد كان المحلوف عليه في عيال
الحالف ومنزله لا يحنث الا ان يعيد المحلوف عليه مثل ما كان عليه وان لم يكن المحلوف عليه في عيال الحالف
فهذا على نية الحالف وان نوى ان لا يقوله فهو كما نوى وكذا اذا نوى ان لا يدخل عليه بيته لان قوله
اويه يذكر ويراد به ضمه الى نفسه ومنزله ويراد به القيام بامره فان كان في اللفظ دليل على شي
والا يرجع الى نيته فان دخل المحلوف عليه بغير اذنه فراه فسكت لم يحنث لانه حلف على فعل نفسه
فاذا لم يامره لم يوجد فعله وقال عمر عن محمد الايواء عندي البيتوتة والسكنى فان نوى المبيت
فهو على ذهاب الاكثر من الليل وان لم ينو شيا فهو على ذهاب جمه ساعة واما البيتوتة اذا حلف لا
يبيت مع فلان او لا يبيت في مكان كذا فالمبيت بالليل حتى يكون فيه اكثر من نصف الليل وان كان اقل
لا يحنث وسوا نام في الموضع او لا لان البيتوتة عبارة عن الكون في مكان اكثر من نصف الليل الا
ترى ان الانسان يدخل على غيره ليلا ويقيم عنده قطعة من الليل ولا يقال بات عنده في منزله
وان كان في اول الليل في غيره ولا يعتبر النوم لان اللفظ لا يقتضيه لغة كما لا يقتضي اليقظة فلم يكن
شرطا فيه ۰ وقال ابن رستم عن محمد في رجل حلف لا يبيت الليلة في هذه الدار وقد ذهب ثلثا الليل
ثم بات بقية ليلة قال يحنث لان البيتوتة اذا كانت تقع على اكثر الليل فقد حلف على ما لا يتصور
فلا ينعقد يمينه ۰ **فصل** واما الحلف على الاستخدام اذا حلف الرجل لا يستخدم
خادمه وقد كانت تخدمه ولا نية له فجعل الخادمة تخدمه من غير ان يامرها حنث لانه لما ملكها فقد
تركها على الاستخدام السابق ولانه لما لم يمنعها فقد استخدمها دلالة وان لم يوجد نصا وصريحا ۰ وان كان
الحالف على خادمه لا يملكها فخدمته بغير امره لم يحنث لعدم سبق الاستخدام ليكون التمكن من الخدمة
لبقائها على الاستخدام ولتعذر جعل التمكن دلالة الاستخدام لان الاستخدام بجارية بغير اذنه فلا
يمكن اثباته من طريق الدلالة حتى لو كان نهى خادمته التي كانت تخدمه عن الخدمة ثم خدمته
بغير امره قيل لم يحنث لانه بالنهي قطع استخدامها السابق فقد وجد منه بغير استخدام فلا يحنث ولو
حلف لا تخدمه فلانة فخدمته بامره او بغير امره وهي خادمته او خادمة غيره حنث لانه عقد اليمين على
فعلها وهو ضد منها لا على فعله وهو استخدامها وقد وجد ۰ وكل شي من عمل بيته فهو خدمة لان
الخدمة عبارة عن عمل البيت الذي يحتاج اليه في الغالب ۰ وان حلف لا يستخدم خادما لفلان
فسال له وضوءا او شرابا او ما يدلك اليه ولم يكن له نية حين حلف حنث ان فعل ذلك او الا ان
يكون عني حين حلف ان لا يستعين به فيعينه فلا يحنث حتى يعينه لانه عقد يمينه على فعله وهو الاستخدام
وقد استخدم وان لم يعنه فان عني ان يخدمه فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق ديانة ۰ وان
حلف لا يخدمني خادم لفلان فقد نوى ما يحتمله كلامه فيصدق ديانة ۰ وان حلف لا يخدمني
غلام لفلان يجمع الذكر والانثى والصغير والكبير اذا كان الصغير ممن يقدر على الخدمة ۰

فصل الحلف على المعرفة واخذ الحق وقبضه وقضائه اذا حلف على انسان لا يعرفه
وهو يعرفه بوجهه لكنه لا يعرف اسمه فقد بر في يمينه ولا يحنث لانه اذا لم يعرف اسمه فلم يعرفه
بدليل ما روي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سال رجلا عن رجل وقال له هل تعرفه فقال
الرجل نعم فقال له هل تدري ما اسمه فقال لا فقال انك لم تعرفه ولانه اذا لم يعرفه باسمه فان
عرفه بوجهه لم يكن بها عارفا له على الاطلاق بل من وجه دون وجه ومن شرط حنثه المعرفة على

الاطلاق ولم يوجد فلا يحنث • وقال خلف بن ايوب عن محمد في رجل تزوج امراة ودخل بها ولا يدري ما
اسمها فحلف انه لا يعرفها لا يحنث لما بينا ولو ولد له مولود فاخرجه الى جار له ولم يكن سماه بعد فحلف جاره
هذا لا يعرفه لا يحنث لانه لم يعرف اسمه بعد • اذا حلف ليأخذن من فلان حقه او ليقبضن حقه فاخذ منه
بنفسه او وكيل او اخذها من ضامن عنه او محتال عليه بامر المطلوب بر لان حقوق القضا لا ترجع الى الفاعل
فترجع الى الآمر فكان قبض وكيل الطالب وقبضه معنى وكذا القبض من وكيل المطلوب او كفيله او المحتال
عليه بامره فيصير قابضا منه من حيث المعنى • ولو قبض من رجل بغير امر المطلوب او كانت الكفالة او الحوالة بغير امره
حنث في يمينه ولم يبر لانه لم يقبض من المطلوب حقه حقيقة في الوجهين جميعا الا انه جعل قابضا منه معنى
في موضع الامر وجعل القبض من الغير كالقبض منه فاذا لم يكن ذلك بامره لم يمكن الاضافة اليه لهذا لم يرجع
الدافع اليه بما اعطاه فلم يوجد منه قبض حقه فلم يبر • وكذا لو كان الحالف هو الذي عليه المال • فحلف
ليقضين فلانا حقه او ليقضين فاعطاه بنفسه او برسوله او باحالة او امر من ضمنه له فاخذه الطالب
بر الحالف في يمينه لان حقوق القضا لا تتعلق بالفاعل فيتعلق بالامر فكان هو القاضي والمعطي من حيث
المعنى ولو كان ذلك بغير امره حنث الحالف لانه لم يقض حقه ولا اعطاه اصلا ولهذا الا ترى انه لا يرجع الدافع
عليه • ولو قال الحالف في هذين الوجهين اردت ان يكون ذلك بنفسي كان كما قال فان لم يفعل ذلك بنفسه
حنث لانه شدد على نفسه فان كان المطلوب حلف ان لا يعطيه فاعطاه على احد هذه الوجوه حنث فان قال
انما اردت ان لا اعطيه انا بنفسي لم يدين في القضا ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لان العطا بفعله وبغير
فعله سوا في القصد يتعلق بهما في اليمين فاذا نوى ان لا يعطيه بنفسه فقد نوى خلاف الظاهر
واراد به التخفيف على نفسه فلا يصدق في القضا • ولو اخذ به ثوبا او عرضا فقبض العرض فهو بمنزلة
قبض المال لانه يصير مستوفيا باخذ العرض كما يصير مستوفيا باخذ نفس الحق • ولو حلف الطالب لياخذن
ماله منه او ليقبضنه او ليستوفينه ولم يوقت فابراه من المال او وهبه له حنث في يمينه لان الابرا
ليس بقبض ولا استيفا ففات شرط البر فحنث ولو كان وقت وقتا فقال اليوم او الى كذا وكذا فابراه
قبل ذلك او وهبه لم يحنث اذا جاوز ذلك الوقت • وعند ابي يوسف يحنث بنا على ان اليمين المؤقتة
يتعلق انعقادها باخر الوقت عندهما فكانه قال في اخر الوقت لا اقبضن ديني ولا دين عليه فلا
تنعقد اليمين وتنعقد عنده فيحنث اصل المسئلة اذا حلف ليشربن الما الذي في هذا الكوز اليوم
فاهريق الما قبل انقضا اليوم لما تقدم • فان قبض الدين فوجده زيوفا او نبهرجة فهو قبض وبر في يمينه
سوا كان الحلف على القبض او على الدفع لانها من جنس حقه من حيث الاصل الا ترى انه يجوز اخذها في ثمن
الصرف لو وقع بها الاقتضا وان كانت ستوقة فليس هذا بقبض لانها ليست من جنس الدراهم لهذا لا يجوز
التجوز بها في الصرف • وكذا لو رد الثوب الذي اخذ عن الدين بعيب او استحق كان قد بر في يمينه
وهذا قبض لان العيب لا يمنع صحة القبض وكذا المستحق يصح قبضه ثم يبطل لعدم الاجازة فانحلت اليمين
فلا يتصور الحنث بعد ذلك • وكذا قالوا اذا اشترى بدينه عبدا بيعا فاسدا وقبضه فان كان في
قيمته وفا بالحق فهو قابض لدينه ولا يحنث وان لم يكن فيه وفا حنث لان المضمون في البيع الفاسد القيمة
لا المسمى • ولو غصب الحالف مالا يمثل دينه بر لانه وقع الاقتضا به وكذا لو استهلك له دنانير او عروضا
لان القيمة تجب في ذمته فيصير قابضا • وقال محمد اذا قال لم ازن من فلان مالي عليه او لم اقبض
مالي عليه في كيس او قال ان لم اقبض مالي عليك دراهم او بالميزان او قال ان لم اقبض دراهم قضا من
الدراهم التي لي عليك فاخذ بذلك عرضا او شيئا مما يوزن من الزعفران وغيره فهو حانث لانه لما
ذكر الوزن والكيس والدراهم فقد وقعت يمينه على جنس حقه فاذا اخذ عرضا عنه حنث

فصل

واما الحلف على الهدم • قال بن سماعة سمعت ابا يوسف قال في رجل
قال والله لاهدمن هذه الدار فان هدم سقوفها بر لانه لا يقدر ان يزيل اسم الدار بالهدم لانه

لو هدم جميع بنائها لكان ذلك يسمى دارا لما ذكرنا انها اسم للعرصة فحملت اليمين على الكثير • قال محمد اذا
حلف لينقضن هذا الحائط او ليهدمنه اليوم فنقض بعضه او هدم بعضه ولم يهدم ما بقي حتى مضى
اليوم يحنث • قال والهدم عندنا ان يهدم حتى يبقى منه ما لا يسمى حائطا لان الحائط يمكن هدمه حتى يزول
الاسم عنه فوقعت اليمين على ذلك بخلاف الدار فان نوى هدم بعضه صدق ديانة لان ذلك يسمى هدما
بمعنى الكسر • ولو حلف ليكسرن هذا الحائط فكسر بعضه بر لانه يقال له حائط مكسور فلا يعتبر
ما يزيل اسم الحائط • فالحاصل ان هذه الفاظ ثلثة الهدم والنقض والكسر والمسائل مبنية على معرفة
معنى كل فرد • فالهدم اسم لازالة البنا لانه ضد البنا فان فعل في الحائط فعلا ينظر ان بقي معه ما يسمى
مبنيا حنث لانه لا وجود للشي مع وجود ما يضاده وان لم يبق ما يسمى مبنيا بر لتحققه في نفسه قال
الله تعالى ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لهدمت صوامع والمراد استيصالها • وكذلك النقض
يقال نقض بنيته اي ازاله ولو نقض بعض الحائط او هدم بعضه وقال عنيت به البعض صدق ديانة
لانه نوى تخصيص العموم وانه يحتمل ولا يصدق قضا لانه عدول عن الكلام • والكسر عبارة عن
احداث صدع او شق فيما صلب من الاجسام بمنزلة الخرق فيما استرخى منها فاذا اثبت فيه هذا
فقد بر في يمينه وان بقي التركيب والله اعلم •

فصل

واما الحلف على الضرب
والقتل • قال المعلى سالت محمدا عن رجل حلف بطلاق امراته ليضربنها حتى يقتلها او قال
حتى ترفع يمينه ولا نية له قال ان ضربها ضربا شديدا كاشد الضرب بر في يمينه لانه يراد بمثل
هذا القول في العادة شدة الضرب دون الموت • قال محمد فان حلف ليضربنها حتى يغشى عليها او يبول
فلم يوجد ذلك لم يبر في يمينه لان هذا يحدث عنده شدة الضرب غالبا فيراعى وجود البر • وان
حلف ليضربن غلامه في كل حق وباطل فمعناه ان يضربه في كلما شكي اليه بحق او بباطل لانه يمكن حمله
على الحقيقة وهو الضرب عند كل حق وباطل لان العبد لا يخلو عن ذلك فاذا يكون المولى في ضربه
ابدا فحمل الضرب على الشكاية للعرف ولا يكون المضروب هنا عند الشكاية اي لا يحمل الضرب على
قول الشكاية لان اليمين الواقعة على فعل مطلقا عن زمان لا يتوقف على نفسه فيصدق فان شكي
اليه فضربه ثم شكي اليه في ذلك الشي مرة اخرى والمولى يعلم انه في ذلك الشي او لا يعلم فذلك سوا
وليس عليه ان يضربه للشكاية الثانية لانه قد ضربه فيها مرة واحدة ولا يتعلق بالفعل الواحد الذي
وقعت الشكاية عنه اكثر من ضرب واحد في العرف كما لو قال ان اخبرتني بكذا فلك درهم فاخبره مرة
بعد اخرى لا يجب الا درهم واحد وان كان الثاني اخبارا كالاول كذا هذا • قال المعلى سالت محمدا
عن رجل حلف ليقتلن فلانا الغمرة فقتله ثم قال نويت ان اني على نفسه بالقتل قال اديته في القضا لان
العادة الغمرة يريدون بهذا تشديد القتل دون تكرره لعدم تصوره • وقال بن سماعة عن ابي يوسف
فيمن قال لامراته ان لم اضربك حتى اتركك لا حية ولا ميتة فهذا على ان يضربها ضربا يوجعها فاذا فعل
ذلك فقد بر لان المراد منه انه لا اتركها حية سليمة ولا ميتة وذلك بالضرب الشديد فينصرف اليه
وقال محمد فيمن حلف بالطلاق لقد سمع فلانا يطلق امراته الغمرة وقد سمعها طلقها ثلاثا يدين فيما
بينه وبين الله تعالى لان الثلاث حكمها حكم الالف في الايقاع ولانه يراد بمثله اكثر عدد الطلاق في العادة
وهو الثلاث • ولو قال امراته طالق ان لم يكن لقي فلانا الغمرة وقد لقيه مرارا كثيرة الا ان ذلك لا
يكون الف كرة وانما اراد كثرة اللقا ولم يرد العدد اني اديته لان مثل ذلك يذكر في العادة والعرف
للتكثير دون العدد المخصوص قال الله تعالى استغفر لهم او لا تستغفر لهم الاية ليس ذلك على عدد السبعين
بل ذكره للتكثير كذا هذا • ولو قال والله لا اقتل فلانا بالكوفة او قال والله لا اتزوج فلانة بالكوفة فضربه
الحالف ببغداد فبلغها الخبر بالكوفة فمات بالكوفة او زوجه المولى امراة كبيرة ببغداد فبلغها الخبر
بالكوفة فاجازت حنث في اليمين جميعا • وكذا لو حلف على الزمان فقال لا افعل ذلك يوم الجمعة فمات

يوم الجمعة حنث الحالف وان كان حلف لا يفعل ذلك بالكوفة او يوم الجمعة فكان ما ذكرنا بر في يمينه وانما كان ذلك
لان الفعل الذي هو قتل ان وجد ببغداد ويوم السبت لكنه غير موصوف بصفة الاضافة الى المخاطب وانما
يصير موصوفا بالاضافة وقت سوي سره وهو زهوق الروح وذلك وجد بالكوفة يوم الجمعة فيحنث في
يمينه ۔ نظيره لو قال ان خلق الله تعالى لفلان ابنا في هذه السنة فعبدي حر فحصل له ولد في هذه السنة
يحنث وان كان خلق الله تعالى ازليا لكن الاضافة الى المخلوق انما تثبت عند وجود اثره وهو وجود الولد كذا
هذا والنكاح في عرف الشرع اسم لما يفيد الحل وذلك انما يوجد عند الاجازة ۔ وكذا البيع اذا اشترى عبدا
بغير اذن مولاه ثم بلغ المولى فاجازه فانه مشتر يوم اجازه المولى لانه يوم ثبوت الملك ۔ وقال محمد البيع
الموقوف والفاسد انه بايع يوم باع ومشتري يوم اشترى وقال في القتل كما قال ابو يوسف لمحمد
ان الملك عند الاجازة يتعلق بالعقد كما يتعلق به عند اسقاط الخيار ۔ ولابي يوسف ان الاحكام لا يتعلق
بالعقد الموقوف وانما يتعلق بالاجازة ۔ ولو كانت الضربة قبل اليمين ومات بالكوفة او يوم الجمعة
لا يحنث وان وجد القتل المضاف الى المخاطب يوم الجمعة لان هذا القتل وجد منه قبل اليمين فلا يتصور
امتناعه عن اتصافه بصفة الاضافة والانسان لا يمنع نفسه عما ليس في وسعه الامتناع عنه او مقصود
الحالف البر لا الحنث ۔ لهذا لو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقلة من ساعته لا يحنث
وان وجد السكنى وعرف بدلالة الحال انه اراد منع نفسه عن قتل مضاف الى المخاطب باشره بعد
اليمين ۔ نظيره ما ذكر محمد انه لو قال لامراته انت طالق غدا ثم قال لها ان طلقتك فعبدي حر
فجاء غد فطلقت لم يعتق عبده ۔ ولو قال لها ان طلقتك فعبدي حر ثم قال لها اذا جاء غد فانت طالق
فجاء غد فطلقت عتق عبده لهذا المعنى كذا هذا ۔

فصل

واما الحلف على المفارقة والوزن وما اشبه ذلك اذا حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفي ما عليه فاشترى منه شيا على ان البايع بالخيار
ثم فارقه حنث لان الثمن لم يستحق على المشتري فلم يصر مستوفيا اخذ به رهنا او كفيلا من غير براة
المكفول عنه ثم فارقه يحنث لان الحق في ذمة الغريم بحاله لم يستوف ۔ فان هلك الرهن قبل الافتراق
بر في يمينه لانه صار مستوفيا وان هلك بعد الافتراق لا لم يبر لانه فارقه قبل الاستيفا فحنث قال
ابو يوسف في رجل له على امراة دين فحلف لا يفارقها حتى يستوفي دينه ثم تزوجها عليه وفارقها وكانت
عقدة النكاح جايزة فقد بر في يمينه لانه قد وجب في ذمته بالنكاح مثل دينه وصار قصاصا
فجعل مستوفيا ۔ وان كان النكاح فاسدا ولم يدخل بها حنث لان المهر لم يجب فلم يصر مستوفيا
فان دخل بها قبل ان يفارقها ومهر مثلها مثل الدين او كثر لم يحنث لان المهر وجب عليه بالدخول
فصار مستوفيا ۔ فان كان العقد صحيحا فوقعت الفرقة بسبب من جهتها وسقط مهرها وفارقها لم يحنث
لان المهر الواجب بالعقد قد سقط وانما عاد له دين بالفرقة بعد انحلال اليمين فلا يحنث ولو
حلف ليزنن ما عليه فاعطاه عددا فان كانت وازنة حنث لان حلفه على الوزن والوزن فعله ولم
يفعل ۔ وقال بن سماعة عن ابي يوسف اذا قال والله لا اقبضن مالي عليك الا جميعا وله
عشرة دراهم وعلى الطالب لرجل خمسة فامر الذي له خمسة هذا الحالف ان يحنث المطلوب بخمسة
التي عليه وجعلها قصاصا ودفع فلان المطلوب الى الحالف خمسة فكانه قال اذا كان متواترا فهو
جايز ولا يحنث لان الاستيفا وقع واحدة بقع على القبض حالة واحدة وان تفرق الوزن الا ترى ان الدين
اذا كان مالا كثيرا لا يمكنه وزنه في دفعة واحدة وقد قبض الخمسة حقيقة والخمسة بالمقاصة
وقد روى بن رستم عن محمد فيمن حلف مالي عليك الا ضربة واحدة فوزن خمسمايه فاخذها
ثم وزن خمس مائة فاخذها فقد اخذها ضربة واحدة لان هذا لا يعد متفرقا قال وكذلك
لو جعل يزنها درهما درهما ۔ وقال محمد في الجامع اذا كان له على عبده الف فقال عبده حر ان
اخذها منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منه خمسة ولم ياخذ منه ما بقي لم يحنث لان

يمينه وقعت على اخذ الالف متفرقة في اليوم ولم ياخذ الالف متفرقة بل بعض الالف ۔ ولو قال
عبده حر ان اخذ منها اليوم منك درهما دون درهم فاخذ منها خمسة دراهم ثم لم ياخذ ما بقي حتى
غربت الشمس يحنث حين اخذ الخمسة لان يمينه ما وقعت على اخذ الكل متفرقا بل على اخذ البعض
لان كلمة من للتبعيض ۔ ولو قال عبده حر ان اخذها اليوم درهما دون درهم فاخذ في اول
النهار وبعضه في اخره الباقي حنث لانه اضاف الاخذ الى الكل فقد اخذ الكل في يومه متفرقة
وقال اصحابنا اذا حلف لا يفارقه حتى يستوفي ماله عليه فهرب او كابره على نفسه او منعه
منه انسان كرها حتى ذهب لم يحنث الحالف لانه اخذ على فعل نفسه وهو مفارقته اياه ولم يوجد منه
فعل المفارقة ولو كان قال لا تفارقني حتى اخذ مالي عليك حنث لانه حلف على فعل الغير وقد وجد

فصل

الحلف على ما يضاف الى غير الحالف بملك او غيره ۔ وجملة الكلام فيه ان
الحالف لا يخلو اما ان اقتصر على الاضافة ۔ واما ان جمع بين الاضافة والاشارة ۔ والاضافة لا
تخلو اما ان تكون اضافة ملك ۔ او اضافة نسبة من غير الملك لا ۔ فان اقتصر في يمينه على
الاضافة اضافة ملك واضافة نسبة ۔ فان اقتصر في يمينه على الاضافة والاضافة اضافة
ملك فيمينه على ما في ملك فلان يوم فعل ما حلف عليه يحنث سوا كان الذي اضافه الى ملك
فلان في ملك فلان يوم حلف او لم يكن ۔ فان حلف لا ياكل طعام فلان او لا يشرب شراب فلان او
لا يدخل دار فلان او لا يركب دابة فلان او لا يلبس ثوب فلان او لا يكلم عبد فلان ۔ وان لم
يكن شي في ملكه ثم استحدث الملك منها هذا جواب ظاهر الرواية في الاصل اي ما دامت وهو
احدى الروايتين عن ابي يوسف وعن ابي يوسف رواية اخرى لان الاضافة ان كانت فيما
يستحدث الملك فيها حالا فحالا في العادة فان اليمين على ما في ملكه يوم فعل كالطعام والشراب
وان كانت الاضافة فيما يستدام فيه الملك ولا يستحدث من ساعته ساعة عادة فاليمين على ما
كان في ملكه يوم حلف ولا خلاف انه اذا حلف لا يكلم زوج فلانة او امراة فلان او صديق فلان
او ابن فلان او اخ فلان ولا نية له ان كل ذلك على ما كان في ملكه يوم حلف ولا يقع على ما يحدث
من الزوجية ونحوها فنفرق في ظاهر الرواية بين الاضافتين وسوى بينهما في النوادر ووجهها
ان الاضافة تقتضي الوجود حقيقة اذ الموجود يضاف لا المعدوم فلا يقع يمينه الا على الموجود
يوم حلف لهذا وقعت على الموجود في احدى الاضافتين ان اضافة الملك عقد يمينه على مذكور
يضاف الى فلان فالملك مطلقا عن الجهة وهي لم يكن مضافا اليه بملك كان وقت الحلف او بملك
مستحدث ولا يجوز تقييد المطلق الا بدليل وقد وجد من الاضافة عند الفعل فيحنث وفي اضافة
النسب قام دليل التقييد وهي ان اعيانهم مقصودة فاليمين عرفا وعادة لما بينا فانعقدت على
الموجود وصار كما لو ذكرهم باساميهم او اشار اليهم فاما الملك فلا يقصد باليمين لذاته بل للمالك
فنزول بزوال الملك وابو يوسف على ما روى عنه ادعى التقييد المطلق بالعرف وقال استحداث
الملك في الدار ونحوها غير متعارف بل هو من حكم الندرة حتى يقال الدار اول ما تشترى واخر
ما تباع ويقيد المطلق بالعرف جار فينعقد اليمين فيها بالموجود وقت الحلف للعرف بخلاف الطعام
والشراب ونحوهما لان استحداث الملك فيهما متعارف فلم يوجد دليل التقييد الجواب
دعوى العرف على الوجه المذكور ممنوعة بل العرف مشترك فلا يجوز تقييد المطلق بعادة
مشتركة ۔ ولو حلف لا يدخل دارا لفلان فالصحيح انه على هذا الخلاف لان كل اضافة بقدر فيها
اللام فكان الفصلان على الاختلاف في اضافة الملك من الطعام والشراب ونحوهما اذا كان المحلوف
عليه في ملك الحالف وقت الحلف فخرج عن ملكه ثم فعل لا يحنث بالاجماع واما اضافة النسبة من
الزوجية والصديق ونحوهما اذا طلق زوجته فبانت منه او عادي صديقه ثم كلمه ذكر في الجامع

الصغير لا يحنث وذكر في الزيادات يحنث وقيل المذكور في الجامع قولهما والمذكور في الزيادات
قول محمد • **وجه** المذكور في الزيادات ان يمينه وقعت على الموجود وقت الحلف فحصل
تعريف الموجود اليه فتعلق الحكم بالمعرف لا بالاضافة • **وجه** المذكور في الجامع ان الانسان
قد يمنع نفسه يكلم امراة لمعنى فيها وقد يمتنع لمعنى في زوجها فلا يسقط اعتبار الاضافة مع الاحتمال
ولو جمع بين اضافة الملك والاشارة بان قال لا اكلم عبد فلان هذا او لا ادخل دار فلان هذه
ونحوه فباع عبده او داره او دابته او ثوبه فكلم او دخل او ركب او لبس لم يحنث في قول ابي حنيفة
الا ان يعني عن ذلك الشي خاصة • وعند محمد الا ان يعني ما دامت ملكا لفلان فهما يعتبران الاشارة
والاضافة جميعا وقت الفعل للحنث فلم يوجد لا يحنث ومحمد يعتبر الاشارة دون الاضافة فاما في
اضافة النسبة فلا يشترط قيام الاضافة وقت الفعل للحنث بالاجماع حتى لو حلف لا نكلم زوجة
فلان هذه او صديق فلان هذا فبانت منه او عاداه فكلمه يحنث • محمد **يقول** مسلة الخلاف
بين الاضافة والاشارة كل واحدة منهما للتعريف والاشارة ابلغ في التعريف لانها تحضر العين
وتقطع الشركة فتعلق الاضافة كما في اضافة النسبة • وكما لو حلف لا يكلم هذا الشاب
فكلمه بعدما شاخ يحنث لما قلنا ان الحالف لما جمع بين الاضافة والاشارة لزم اعتبارهما
ما امكن لان تصرف العاقل واجب الاعتبار وامكن اعتبار الاضافة ها هنا مع وجود الاشارة لانه
باليمين منع نفسه عن مباشرة المحلوف عليه والظاهر ان العاقل لا يمنع نفسه عن شي منعا موكدا
باليمين الا لداع يدعوه اليه وهذه الاعيان لا تقصد بالمنع لذواتها بل لمعنى في المالك • اما
الدار ونحوها فلا شك فيه وكذا العبد لانه لا يقصد بالمنع بجنسه وانما يقصد به مولاه وقد
زال بزوال الملك عن المالك فصار كانه قال ما دمت ملكا لفلان بخلاف المراة والصديق لانهما
يقصدان بالمنع لانفسهما فيتعلق اليمين بذاتهما والذات لم تتبدل بالبينونة والمعاداة فيحنث
فكلمه بعدما صار شيخا • ولو حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فكلمه حنث لان الطيلسان مما
لا يقصد بالمنع وانما يقصد ذات صاحبه وانها باقية • وذكر محمد في الزيادات اذا حلف
لا يركب دواب فلان او لا يلبس ثيابه او لا يكلم غلمانه ان ذلك على ثلثة لانه اقل الجمع الصحيح وكذا
لا اكل اطعمة فلان او لا اشرب اشربته ان ذلك ثلثة اطعمة وثلثة اشربة لما قلنا ويعتبر قيام الملك
فيهما وقت الفعل لا وقت الحلف في ظاهر الروايات • فان قال اردت جميع ما في ملكه من الاطعمة
لم يدين في القضا لانه خلاف ظاهر كلامه كذا ذكر القدوري وذكر في الزيادات يدين في القضا
لانه نوى حقيقة ما تلفظ به فيصدق • كما اذا حلف لا يتزوج النسا او لا يشرب الما او يكلم
الناس ونحو ذلك ونوى فان كانت اليمين على اخوة فلان او بني فلان او نسا فلان لا يحنث ما
لم يكلم الكل منهم على الحقيقة لان اللفظ يتناول الموجودين وقت الحلف لان هذه اضافة نسبة
وقال ابو يوسف ان كان ذلك مما يحصى فاليمين على جميع ما في ملكه لانه صار معرفا بالاضافة
ويمكن استيعابه فكان كالمعرف بالالف واللام وان كان لا يحصى الاكثاب حنث بالواحد منه
لتعذر استغراق الجنس فينصرف الى ادناه كقوله لا اتزوج النسا • ولو جانس الفصل الاول
كما قال خلف بن ايوب سالت اسدا عن رجل حلف لا يتزوج بنت فلان او بنتا لفلان فولدت بنتا
ثم بنتا فتزوجها او قال والله لا اتزوج من بنات فلان او بنات له ثم ولد له او قال والله لا
اشرب من لبن بقرة فلان ولا بعزة له ثم اشترى بقرة فشرب من لبنها او قال لصغير والله لا
لا اتزوج من بناتك فبلغ وولد له فتزوج منهن ايحنث ام لا وقال لا اكل من ثمرة شجرة فلان
ولا شجرة لفلان ثم اشترى شجرة فاكل من ثمرها • قال اما اذا حلف لا يتزوج بنت فلان ولا
يشرب من لبن بقرة فلان ولا ياكل من ثمرة شجرة فلان فلا يحنث في شي من هذا • واما قوله

اتزوج بنتا من بنات فلان او بنتا لفلان فانه يحنث ويلزمه اليمين في قول ابي حنيفة • واما انا اقول
لا يحنث لانه حلف يوم حلف على ما لم يخلق قال خلف وسالت الحسن فقال مثل قول ابي حنيفة • لابي حنيفة
ان قوله لا اتزوج بنت فلان يقتضي بنتا موجودة في الحال فلم يعقد اليمين على الاضافة فيعتبر وجودها
يوم حنث كقوله عبدا لفلان واما اسد فانه اعتبر وجود المحلوف عليه وقت اليمين فما كان بعد وما لا
تصح الاضافة فيه فلا يحنث • **وقال** خلف سالت اسدا عن رجل قال لا اتزوج امراة من اهل هذه
الدار وليس للدار اهل ثم اسكنها قوم فتزوج منهم قال يحنث في قول ابي حنيفة ولا يحنث في قولي بنا
على اعتبار الاضافة • **فصل** واما النوع الثاني وهو الحلف على امور شرعية وما يقع منها
على الصحيح والفاسد او على الصحيح دون الفاسد مثل البيع والشرا والهبة والعارية والنحلى والعطية والصدقة
والقرض والصلاة والتزويج والصوم ونحو ذلك • اذا حلف لا يشتري ذهبا ولا فضة فاشترى دراهم او
دنانير او انية او مصوغا او غير ذلك مما هو ذهب او فضة يحنث في قول ابي يوسف وقال محمد لا يحنث في الدراهم
والدنانير • والاصل في جنس هذه المسايل ان ابا يوسف يعتبر الحقيقة ومحمد يعتبر العرف لمحمد ان اسم
الذهب والفضة اذا اطلق لا يراد الدراهم والدنانير عرفا الا ترى انها اختصت باسم على حدة فلا يتناولها
مطلق الذهب والفضة • ولابي يوسف ان اسم الذهب والفضة يقع على الكل لانه اسم جنس وكونه
مضروبا ومصوغا وتبرا اسم النوع له واسم الجنس يتناول الانواع واسم الادمي • والدليل عليه قوله
تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الاية دخل تحت هذا الوعيد المضروب وغيره • ولو حلف لا يشتري
حديدا فهو على مضروب ذلك وتبره سلاحا كان او غيره بعد ان يكون حديدا في قول ابي يوسف وقال محمد ان
اشترى شيا تسمي بايعه حدادا يحنث فان كان بايعه لا يسمى حدادا لا يحنث وبايع التبر لا يسمى حدادا فلا
يتناولها اسم الحديد ولها اسم يخصها فلا يدخل تحت اليمين • ولابي يوسف ان الحديد اسم جنس فيتناول
المعمول وغيره وقال في الذهب والفضة ان كانت له نية فهي فيما بينه وبين الله تعالى والنية في هذا
واسعة لانها تخصيص المذكور • **وقال** في باب الحديد لو قال عنيت التبر فاشترى انا لم يحنث
ولو قال عنيت قمقما فاشترى سيفا او ابرا او سكاكين او شيا من السلاح لم يحنث ويدين في القضا وهذا
مشكل على مذهبه لان الاسم عنده عام فاذا نوى شيا منه بعينه فقد عدل عن ظاهر العموم فينبغي ان
لا يصدق في القضا وان صدق فيما بينه وبين الله تعالى • **قال** محمد في الزيادات لو حلف لا يشتري
حديدا ولا نية له فاشترى درع حديد وسيفا او سكينا او ساعدين وبيضة او ابرا او مسال لا يحنث
ولو اشترى شيا غير مضروب او انا من انية الحديد او مسامير او كانون حديد يحنث لان بايع السلاح
ونحوه لا يسمى حدادا والذي يبيع ما وصفت لك يسمى حدادا • وقال ابو يوسف ان اشترى باب حديد
او كانون حديد او انا حديد مكسورا او نصل سيف مكسور حنث فابو يوسف اعتبر الحقيقة وهو
ان ذلك كله حديدا فيتناوله اليمين ومحمد اعتبر العرف وهو انه لا يسمى حديدا في العرف حتى لا يسمى
بايعه حدادا • **قال** ابو يوسف ولو حلف لا يشتري صفرا فاشترى طست صفر او كوزا او تورا
حنث وكذلك عند محمد اما عند ابي يوسف فالاعتبار للحقيقة واما عند محمد فلان بايع ذلك يسمى
صفارا • وقال محمد لو اشترى فلوسا لا يحنث لانها لا تسمى صفرا في كلام الناس • ولو حلف لا يشتري
صوفا فاشترى شاة على ظهرها صوف لم يحنث والاصل فيه ان من حلف لا يشتري شيا فاشترى غيره
ودخل المحلوف عليه في البيع تبعا لا يحنث وان دخل مقصودا يحنث والصوف هنا لم يدخل في العقد مقصودا
لان التسمية لم يتناول الصوف وانما ادخل في العقد تبعا للشاة • وكذا لو حلف لا يشتري اجرا او خشبا
او قصبا فاشترى دارا لم يحنث لان البنا يدخل في العقد بغير تسمية فلم يكن مقصودا بالعقد • ولو
حلف لا يشتري تمر نخل فاشترى ارضا فيها نخل وفي النخل ثمرة وشرط المشتري الثمرة يحنث لان الثمرة
دخلت في العقد مقصودا الا على وجه التبع الا ترى انه لو لم يسمها لا تدخل في البيع • وكذا حلف لا يشتري

بقلا فاشتري ارضا فيها بقل واشترط المشتري البقل يحنث لدخول البقل في البيع مقصودا لا تبعا
ولو حلف لا يشتري لحما فاشتري شاة حية لا يحنث لان العقد لم يتناول لحمها لان لحم الشاة الحية حرام
لا يجوز العقد عليه ۔ وكذا لو حلف لا يشتري زيتا فاشتري زيتونا لان العقد لا يقع علي الزيت الا
تري انه ليس في ملك البايع ۔ وعلي هذا قالوا فيمن حلف لا يشتري قصبا ولا خوصا فاشتري بوريا او
زنبيلا من خوص لم يحنث لان الاسم لا يتناول ذلك ۔ وكذا لو حلف لا يشتري جديا فاشتري شاة حاملا
بجدي ۔ او حلف لا يشتري مملوكا صغيرا فاشتري امة حاملا ۔ او حلف لا يشتري لبنا فاشتري شاة
في ضرعها لبن او حلف لا يشتري دقيقا فاشتري حنطة ۔ وقالوا لو حلف لا يشتري شعيرا فاشتري حنطة
فيها شعير لم يحنث لان الشعير ليس بمعقود عليه مقصودا وانما يدخل في العقد تبعا بخلاف ما اذا حلف
ما اذا حلف لا ياكل شعيرا فاكل حنطة فيها شعير لان الاكل فعل فاذا وقع في عينين لم يتبع احداهما للاخري
فاما الشري فهو عقد وبعض العين مقصودة وبعضها غير مقصودة وقد كان قول ابي يوسف الاول اذا
حلف لا يشتري صوفا فاشتري شاة علي ظهرها صوف حنث ۔ ولو حلف لا يشتري لبنا فاشتري شاة في
ضرعها لبن لا يحنث قال لان الصوف ظاهر بينا وله العقد فاما اللبن فباطن فلم يتناوله ثم رجع فسوي
بينهما لما بينا ۔ وان حلف لا يشتري دهنا فهو علي دهن جرت عادة الناس ان يدهنوا به فان كان مما ليس في
العادة ان يدهنوا به مثل الزيت والبزر ودهن الخروع ودهن الاكارع لم يحنث لان الدهن عبارة عما يدهن به
والايمان محموله علي العادة فحملت اليمين علي الادهان الطيبة ۔ وان حلف لا يدهن بدهن ولا نية له
فادهن بزيت حنث وان ادهن بسمن لم يحنث لان الزيت لو طبخ بالطيب صار دهنا فاجراه مجري الادهان
من وجه ولم يجره مجراها من وجه حتي قال في الشرا لا يحنث وفي الادهان يحنث فاما السمن فانه لا يدهن
به بحال في الوجهين فلم يحنث وكذا دهن الخروع والبزر ۔ ولو اشتري زيتا مطبوخا ولا نية له حتي حلف
يحنث لان الزيت المطبوخ بالنار والزنبق دهن يدهنونه كساير الادهان ۔ ولو حلف لا يشتري
بنفسجا او حنا وذكر في الاصل اذا حلف لا يشتري بنفسجا انه علي الدهن دون الورق وهذا علي عادة اهل
الكوفة انهم اذا اطلقوا البنفسج يراد به الدهن فاما في عرف غيرهم فالاسم علي الورق فيحمل اليمين عليه
والكرخي حمله عليهما وهو رواية عن ابي يوسف ۔ واما الحنا والورد فهو علي الورق دون الدهن الا ان
ينوي فيدين فيما بينه وبين الله تعالي وفي القضا لان اسم الورد والحنا اذا اطلق يراد به الورق لا
الدهن وذكر في الجامع الصغير ان البنفسج علي الدهن والورد علي ورق الورد وجعل في الاصل الخيري
مثل الورد والحنا فحمله علي الورق ۔ ولو حلف لا يشتري بزرا فاشتري دهن بزر قال في المحيط
وهذا في عرفهم فاما في عرفنا يراد بالبزر الحب لا الدهن فلا يحنث في عرفنا ما لم يشتري الحب حنث وان
اشتري حبا لم يحنث لان اطلاق اسم البزر يقع علي الدهن لا علي الحب ۔ ولو حلف لا يبيع او لا يشتري
فامر غيره ففعل ۔ فجملة الكلام فيمن حلف علي فعل فامر غيره ففعل ان الفعل المحلوف عليه ۔ لا يخلو اما ان
كان له حقوق او لا ۔ فان كان له حقوق ۔ فاما ان ترجع حقوقه الي الفاعل والي الامر ۔ فان كانت ترجع
الي الفاعل كالبيع والشرا والاجارة والقسمة لا يحنث لان حقوق العقود اذا كانت راجعة الي فاعلها لا الي الامر
كانت العقود مضافة الي الفاعل لا الي الامر علي ان الفاعل هو العاقد في الحقيقة لان العقد فعله وانما هو
من حكم العقد شرعا لا فعله ۔ وعند بعض مشايخنا يقع الحكم له ثم ينتقل الي الامر فلم يوجد منه فعل
المحلوف عليه فلا يحنث الا اذا كان الحالف ممن لا يتولي العقد بنفسه فيحنث بالامر لانه انما يمتنع عما يوجد منه
عادة وهو الامر بذلك لا الفعل بنفسه ۔ ولو كان الوكيل هو الحالف قالوا يحنث لما ذكرنا ان الحقوق راجعة
اليه وانه هو العاقد حقيقة لا الامر ۔ وان كانت حقوقه راجعة الي الامر او كان مما لا حقوق له كالنكاح
والطلاق والعتاق والكتابة والهبة والصدقة والكسوة والانفصا والقضا والخصومة والشركة بان حلف
لا يشارك رجلا فامر غيره فعقد عقد الشركة والذبح والضرب والقتل والبنا والخياطة والنفقة ونحو

ذلك فاذا حلف لا يفعل شيا من هذه الاشيا ففعله بنفسه او امر غيره حنث لان ما لا حقوق له او ترجع
حقوقه الي الامر لا الي الفاعل يضاف الي الامر لا الي الفاعل الا تري ان الوكيل بالنكاح لا يقال تزوجت وانما
يقول زوجت فلانا والوكيل بالطلاق يقول طلقت امراة فلان فكان فعل المامور مضافا الي الامر ۔ واختلفت
الرواية عن ابي يوسف في الصلح روي بشر بن الوليد عنه ان من حلف لا يصالح فوكل بالصلح لم يحنث
لان الصلح عقد معاوضة كالبيع ۔ وروي ابن سماعة عنه انه يحنث لان الصلح اسقاط حق كالابرا
فان قال الحالف فيما لا ترجع حقوقه الي الفاعل بل الي الامر كالنكاح وغيره نويت ان لا الي ذلك بنفسي يدين
فيما بينه وبين الله تعالي ولا يدين في القضا لان هذه الافعال حكمية مضافة الي الامر لرجوع حقوقها
اليه لا الي الفاعل فقد نوي خلاف الظاهر فلا يصدق في القضا ويصدق فيما بينه وبين الله تعالي لانه
نوي المحتمل وان كان خلاف الظاهر ۔ ولو قال فيما لا حقوق له من الضرب والذبح او غيره عنيت ان الي
ذلك بنفسي يصدق فيما بينه وبين الله تعالي وفي القضا ايضا لان الضرب والذبح من افعال الحقيقة
واية الحقيقة وجد من المباشر وليس يتصرف حكمي فيه يعتبر فيه وقوعه حكما لغير المباشر فكانت العبرة فيه
للمباشر فاذا نوي به ان يلي بنفسه فقد نوي الحقيقة فيصدق قضا وديانة ۔ ولو حلف لا يبيع من
فلان فاوجب البيع لا يحنث ما لم يقبل المشتري ۔ ولو حلف لا يهب لفلان شيا ولا يتصدق عليه
او لا يعيره او لا ينحل ولا يعطيه ثم وهب له او تصدق عليه او اعاره او نحله او اعطاه فلم يقبل المحلوف
عليه عليه يحنث عند اصحابنا الثلثة وعند زفر لا يحنث والمسلة والفرق بين الهبة واخواتها وبين البيع
يعرف في كتاب البيع ان شا الله تعالي ۔ ولما القرض فقد روي عن محمد لا يحنث ما لم يقبل وعن ابي
يوسف روايتان في رواية كما قال محمد وفي رواية يحنث من غير قبول وجه هذه الرواية
ان القرض لا يقف صحته علي تسمية عوض فاشبه الهبة وجه الرواية الاخري ان القرض يشبه
البيع لانه تمليك بعوض ۔ وقد قال ابو يوسف علي هذه الرواية لو حلف لا يستقرض من فلان شيا
فاستقرضه فلم يقرضه انه حانث وفرق بين القرض والاستقراض لان الاستقراض ليس بقرض بل هو
طلب القرض كالسوم في باب البيع ۔ ولو حلف لا يبيع فباع بيعا فاسدا وقبل المشتري وقبض يحنث لان
اسم البيع يتناول الصحيح والفاسد وهو مبادلة شي مرغوب فيه بشي مرغوب ولان المقصود من البيع
الوصول الي العوض وهذا يحصل بالبيع الفاسد اذا اتصل به القبض لانه يفيد الملك بعد القبض
ولو باع بالميتة والدم لا يحنث لانه ليس ببيع لانعدام معناه وهو ما ذكرنا ولانعدام حصول المقصود
منه وهو الملك وهو انه لا يفيد الملك ۔ ولو باع بيعا فيه خيار البايع او المشتري لا يحنث في قول
ابي يوسف ويحنث في قول محمد لان اسم البيع كما يقع علي البيع الفاسد يقع علي البيع الذي فيه خيار
فان كل منهما يسمي في العرف بيعا الا ان الملك فيه يقف علي امر زايد وهو سقوط الخيار فاشبه البيع
الفاسد ولابي يوسف ان شرط الخيار يمنع انعقاد البيع في حق الحكم فاشبه الايجاب بدون القبول
قال محمد سمعت ابا يوسف قال فيمن قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه علي ان البايع
بالخيار ثلثة ايام فمضت المدة ووجب البيع يعتق وانه علي اصله صحيح لان اسم البيع عنده لا يتناول
البيع المشروط فيه الخيار فلا يصير مشتريا بنفس القبول بل عند سقوط الخيار والعبد في ملكه
عند ذلك فيعتق ۔ وذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي في البيع بشرط خيار البايع او المشتري
انه يحنث واصل فيه اصلا وهو ان كل بيع يوجب الملك او بجهة الاجارة يحنث به وما لا فلا هذا
اذا حلف علي البيع والشرا بطلاق وعتاق ۔ اما اذا حلف علي ذلك بعتق العبد المشتري او المبيع
فان كان الحلف علي الشرا بان قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتري ينظر ان اشتراه شرا
جايزا باتا يعتق بلا شك وكذا لو قال المشتري فيه الخيار اما علي قولهما فلا يشكل لان خيار المشتري
لا يمنع وقوع الملك واما علي قول ابي حنيفة فلان المعلق بالشرط يصير كالمتكلم به عند الشرط

فيصير كانه اعتقه بعد ما اشتراه بشرط الخيار ولو اعتقه يعتق لان اقدامه على الاعتاق يكون فسخا للخيار
ولو اشتراه على ان البايع فيه بالخيار لا يعتق لانه لم يملكه لان خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه بالاجماع
وسوا اجاز البيع او لم يجز لان ملكه بالاجازة لا بالعقد وذكر الطحاوي اذا اجاز البايع البيع يعتق لان الملك
ثبت عند الاجازة مستندا الى وقت العقد بدليل ان الزيادة الحادثة بعد العقد قبل الاجازة تدخل في العقد
هذا كله اذا اشتراه شرا صحيحا فان اشتراه شرا فاسدا فان كان في يد البايع لا يعتق لانه على ملك البايع بعد
وان كان في يد المشتري وكان حاضرا عنده وقت العقد لانه صار قابضا له عقيب العقد فملكه وان كان غايبا في بيته
او نحوه فان كان مضمونا بنفسه كالمغصوب يعتق لانه يصير قابضا عقيب العقد هذا اذا كان الحلف على الشرا
فان كان على البيع فقال ان بعتك فانت حر فباعه بيعا جايزا وكان المشتري بالخيار لا يعتق لانه زال ملكه
عنه بنفس العقد والعتق لا يصح بدون الملك وان كان الخيار للبايع يعتق لانه كان في ملكه وقد وجد
شرطه فيعتق • ولو باعه بيعا فاسدا فان كان في يد البايع او في يد المشتري غايبا عنه بامانة او رهن
يعتق لانه لم يزل ملكه عنه وان كان في يد المشتري حاضرا او غايبا مضمونا بنفسه لا يعتق لانه بالعقد
زال ملكه عنه • ولو حلف لا يتزوج هذه المراة فهو على الصحيح دون الفاسد حتى لو تزوجها نكاحا فاسدا
لا يحنث لان المقصود من النكاح الحل ولا يثبت بالفاسد بخلاف البيع لان المقصود منه الملك وانه يحصل
بالفاسد • وكذا لو حلف لا يصلي او لا يصوم فهو على الصحيح حتى لو صلى بغير طهارة او صام بغير نية لا يحنث
لان المقصود منها التقرب الى الله تعالى ولا يحصل ذلك بالفاسد • وان كان في الماضي فان قال ان كنت تزوجت
او صليت او صمت فهو على الصحيح والفاسد لان الماضي لا يقصد به الحل والتقرب وانما يقصد به الاخبار عن
المسمى بذلك فيطلق على الصحيح والفاسد فان عنى به الصحيح دين في القضا لانه النكاح المعنوي • ولو حلف
لا يصلي فكبر ودخل في الصلوة لا يحنث حتى يركع ويسجد استحسانا والقياس ان يحنث بنفس الشروع لانه كما
شرع فيه يقع عليه اسم المصلي فيحنث كما لو حلف لا يصوم فنوى الصوم وشرع فيه • وجه
الاستحسان وهو الفرق بين الصلوة وبين الصوم ان الحالف جعل شرط حنثه فعل الصلوة وهي فعل
في عرف الشرع اسم لعبادة مركبة من افعال مختلفة من القيام والقراة والركوع والسجود والمركب
من اجزا مختلفة لا يقع اسم كله على بعضه كالسكنجبين ونحوه فما لم يوجد هذه الافعال لا يوجد فعل
الصلوة بخلاف الصوم لانه يصوم ساعة يحصل بعد به صوم كامل لانه اسم لعبادة مركبة من اجزا
متفقة وهي الامساكات وما هذا حاله فاسم كله ينطلق على بعضه حقيقة كاسم الما كما ينطلق على ما
البحر ينطلق على قطرة منه وكقطرة خل من جملة دن من خل انه يسمى خلا حقيقة فاذا صام ساعة فقد
وجد منه فعل الصوم الذي منع نفسه منه فيحنث بخلاف ما لو حلف لا يصلي صلاة لا يحنث حتى
يصلي ركعتين لانه لما ذكر الصلوة فقد جعل شرط الحنث ما هو صلوة شرعا واقل ما اعتبره الشرع
من الصلاة ركعتين بخلاف الفصل الاول لان شرط الحنث هناك فعل الصلوة وفعل الصلوة يوجد
بوجود هذه الافعال وما يوجد بعد ذلك الى تمام ما يصير عبادة معهودة شرعا هذه الافعال فلا يقف
تسمية فعل الصلوة على وجوده وقد وجد ذلك كله في اية واحدة من كتاب الله تعالى وهو قوله
واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلوة واراد به الركعتين جميعا لانه في صلوة السفر لقوله ولتات
طايفة اخرى لم يصلوا فليصلوا معك واراد به ركعة لان الطايفة الثانية لا يصلون الا ذلك
ولو حلف لا يصوم من يوما لا يحنث حتى يصوم يوما تاما لانه جعل شرط الحنث صوما مقدرا باليوم
لانه جعل كل اليوم ظرفا له ولن يكون كل اليوم ظرفا له الا باستيعاب الصوم جميع اليوم وكذا لو حلف
لا يصوم يوما لانه ذكر المصدر وهو الصوم والصوم اسم لعبادة مقدرة باليوم شرعا فينصرف
الى المعهود من الشرع بخلاف ما اذا حلف لا يصوم لانه جعل فعل الصوم شرطا او يصوم ساعة
واحدة وجد فعل الصوم • ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث حتى يتشهد بعد الاربع لان الظهر

البايع صح

اربع

اربع ركعات فما لم يوجد الاربع لا يوجد الظهر فلا يحنث • ولو قال عبده حر ان ادرك الظهر مع الامام
فادركه في التشهد فقال الله اكبر ادركنا ودخل معه حنث لان ادراك الشي لحوق اخره يقال ادرك
فلان زمن النبي عليه السلام ويراد به لحوق اخره • وروي عن معاذ بن جبل عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال من ادرك الامام يوم الجمعة في التشهد فقد ادرك الجمعة وروي عن عبد الله بن مسعود
انه انتهى يوما الى الامام فادركه في التشهد فقال الله ادركنا معه الصلوة • ولو حلف لا يصلي الجمعة
مع الامام فادرك معه ركعة فصلاها معه ثم سلم الامام واتم هو الثانية لا يحنث لانه لم يصل الجمعة مع
الامام اذ هي اسم للكل وهو ما صلى الكل مع الامام • ولو افتتح الصلوة مع الامام ثم انه احدث فذهب
وتوضا فجا وقد سلم الامام فاتبعه في الصلوة حنث وان لم يوجد ادا الصلوة مقارنا للامام لان
كلمة مع ههنا لا يراد بها حقيقة القران بل كونه متابعا له مقتديا به الا ان افعاله وانتقاله من ركن الى
ركن لو حصل على التعاقب دون المقارنة عرف مصليا معه كذا ههنا وقد وجد لبقاء به مقتديا به متابعا
له • ولو نوى حقيقة المقارنة صدق فيما بينه وبين الله تعالى والقضا لانه نوى حقيقة كلامه • ولو
حلف لا يحج حجة او قال لا احج ولم يقل حجة لم يحنث حتى يطوف اكثر طواف الزيارة لان الحجة اسم لعبادة
تركب من اجناس افعال كالصلوة من الوقوف بعرفة وطواف الزيارة فما لم يوجد كل الطواف او اكثره لا يوجد
الحج فان جامع فيها لا يحنث لان الحج عبادة فيقع اليمين على الصحيح منه كالصلوة • ولو حلف لا يعتمر
فاحرم وطاف اربعة اشواط حنث لان ركن العمرة هو الطواف وقد وجد لان للاكثر حكم الكل قال
ابن سماعة سمعت ابا يوسف قال في رجل قال ان تزوجت امراة بعد امراة فهي طالق فتزوج واحدة ثم
ثنتين في عقدة فانه يقع الطلاق على احدى الاخريين لانه قد تزوج امراة بعد امراة وان كان معها غيرها
فوقع الطلاق على احديهما فكان له التعيين • ولو تزوج امراتين في عقدة ثم تزوج امراة بعدهما طلقت
الاخيرة لانه قد تزوجها بعد امراة والاولتان كل واحدة منهما لا توصف بانها بعد الاخرى فكانت الاخرى
هي المستحقة للشرط • ولو قال ان تزوجت امراة فهي طالق فتزوج صبية طلقت لان غرضه بهذه اليمين
هو الامتناع من النكاح فيتناول البالغة فصار قوله امراة كقوله انثى • قال ابن سماعة عنه ان قال
ان تزوجت امراتين في عقدة فهما طالقان فتزوج ثلاثا في عقدة فانه تطلق امراتان من نسايه فيوقع على
ثنتين من الثلاث لانه قد تزوج باثنتين وان كان معهما ثالثة وليس احداهن بالطلاق باولى من الاخرى
فيرجع الى تعيينه • وقال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره في رجل قال والله لا اتزوج انثى
الصغيرة فتزوجها رجل بغير امره فاجاز قال هو حانث لان حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد فيتعلق بالمجيز
ولو حلف لا يزوج ابنا له كبيرا فامر رجلا يزوجه ثم بلغ الاب فاجاز او زوجه فاجاز الاب ورضي الابن لم
يحنث لان حقوق العقد لما لم يتعلق بالعاقد تعلقت بالمجيز فنسب العقد اليه • وقال هشام عن محمد في
نوادره في رجل حلف بطلاق امراته ثلثا لا يزوج بنتا صغيرة له فزوجها رجل من اهله او غريب والاب
حاضر ذلك المجلس حين زوجت الا انه ساكت حتى قال للذي تزوج للذي خطب قد زوجتكها
وقال الاخر قد قبلت والاب ساكت ثم قال بعدما وقعت عقدة النكاح وهو في ذلك المجلس قد
اجزت النكاح فزعم محمد انه لا يحنث لان الذي زوج غيره وانما اجاز هو وكذا اذا حلف على امته
لانه حلف على التزويج والاجازة لا تسمى نكاحا وتزويجا فقد فعل ما لم يثبتا وله الاسم فلا يحنث وقال
ابن سماعة عن محمد في نوادره في رجل تزوج امراة بغير امرها ووجه اليها ثم حلف المتزوج ان لا
يتزوجها ابدا ثم بلغها فرضيت بالنكاح او كان رجل زوجها منه وهو لا يعلم ثم حلف بعد ذلك
انه يتزوجها ثم بلغه النكاح فاجاز لم يحنث في واحد من الوجهين لانه لم يتزوج بعد يمينه
انما اجاز نكاحا قبل يمينه واجازته المراة • قال ابن سماعة عن محمد لو قال لا اتزوج فلانة بالكوفة
فزوجها ابوها اياه بالكوفة ثم اجازت ببغداد كان حانثا وانما جاز الساعة باجازتها الذي كان

النكاح صح

بالكوفة وكذلك قال في الجامع لما ذكرنا ان الاجازة ليست بنكاح لان النكاح هو الايجاب والقبول فعند
انضمام الاجازة اليهما كان النكاح حاصلا بالكوفة فوجد شرط الحنث فيحنث • قال ابن سماعة عن محمد
في رجل قال ان تزوجت فلانة فهي طالق فصار معتوها فزوجه اياها ابوه قال هو حانث لان حقوق العقد
والنكاح ترجع الي المعقود له فكان هو المتزوج فحنث • قال المعلي سالت محمدا عن امراة حلفت
لا تزوج نفسها من فلان فزوجها رجل منه بامرها فهي حانثة وكذا لو تزوجها رجل فرضيت وكذا لو كانت
بكرا فزوجها ابوها وسكتت لان العقد لما جاز برضاها وحقوقه تتعلق بها فصار كانها عقدت بنفسها
وهذه الرواية تخالف ما ذكرنا من رواية هشام • وكذلك لو حلف لا ياذن لعبده في التجارة فراه يشتري
ويبيع انه ان سكت كان حانثا في يمينه لان السكوت اذن منه فكانه اذن له بالنطق • وروى بشر وعلي عن
ابي يوسف انه لا يحنث لان السكوت ليس باذن وانما هو اسقاط حقه عن المنع من تصرف العبد ثم العبد
يتصرف بمالكية نفسه بعد زوال الحجر • فان حلف لا يسلم لفلان شفعة فبلغه انه اشترى دارا هو
شفيعها فسكت لا يحنث لان الساكت ليس بمسلم وانما سقط هو حقه بالاعراض عن الطلب • قال
عمرو عن محمد رحمه الله في رجل حلف لا تزوج عبده فتزوج العبد بنفسه ثم اجاز المولي يحنث • ولو
حلف ان لا تزوج ابنته فزوجها عمها واجاز الاب لم يحنث لان غرض المولي باليمين ان لا تعلق رقبة عبده
حقوق النكاح وقد علق بالاجازة وغرض الاب ان لا تفعل ما سمي نكاحا والاجازة ليست بنكاح قال
علي وبشر عن ابي يوسف لو حلف لا يوخر عن فلان حقه شهرا فلم يوخره شهرا وسكت عن تقاضيه
حتي مضي الشهر لم يحنث وهذا قول ابي حنيفة لان التاخير هو التاجيل وترك التقاضي ليس بتاجيل
قال ولو ان امراة حلفت لا تاذن في تزويجها وهي بكر فزوجها ابوها فسكتت لا يحنث والنكاح لها
لازم لان السكوت ليس باذن حقيقة وانما اقيم مقام الاذن بالسنة • وروى بشر عن ابي يوسف اذا
حلف لا يبيع ثوبه الا بعشرة فباعه بخمسة ودينار حنث لانه منع نفسه عن كل بيع واستثني بيعه
بصفة وهو ان يكون بعشرة ولم يوجد فبقي تحت المستثنا منه • فان باعه بعشرة ودينار لم يحنث
لانه باعه بعشرة وغيرها والعشرة مستثناة • وروى هشام عن ابي يوسف في رجل قال والله لا
ابيعك هذا الثوب بعشرة حتي تزيدني فباعه بتسعة لا يحنث في القياس وفي الاستحسان يحنث
وبالقياس اخذ وجهه ان شرط حنثه البيع بعشرة وما باع بعشرة بل بتسعة • وجه الاستحسان
ان المراد مثل هذا الكلام في العرف بان لا يبيعه الا باكثر من عشرة وقد باعه لا باكثر من عشرة فيحنث
وقال المعلي عن محمد اذا حلف لا يبيع هذا الثوب بعشرة الا بزيادة على عشرة لانه منع نفسه من كل
بيع واستثنا بيعا واحدا وهو الذي ثمنه علي عشرة لان معني قوله لا ابيع هذا الثوب بعشرة الا بزيادة
اي لا ابيعه الا بزيادة علي عشرة لا يصح الاستثنا وما باعه بزيادة علي عشرة يحنث ولو قال حتي ازداد ما
فباعه بعشرة حنث وان باعه باقل او باكثر لم يحنث لانه حلف علي بيع بصفة وهو ان يكون بعشرة فاذا باع
بتسعة لم يوجد البيع المحلوف • ولو قال عبده حر ان اشتراه باثني عشرة فاشتراه بثلثة عشر او
باثني عشر ودينار يحنث لانه اشتراه بما حلف عليه وان كان معه زيادة • ولو قال اول عبد اشتريه
فهو حر او احر او عبد او اوسط عبد فالاول اسم لفرد سابق والاخر من المحدثات اسم لفرد لاحق
والاوسط اسم لفرد اكتنفته حاشيتان متساويتان • اذا عرف هذا نقول اذا قال اول عبد
اشتريه فهو حر فاشتري عبدا واحدا بعد يمينه عتق لانه اول عبد اشتراه لوجود فرد لم يتقدمه غيره
فان اشتري عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لا غير لان نصف العبد لا يسمي عبدا وصار كما لو اشتري
عبدا وثوبا بخلاف ما اذا قال اول كر اشتريه صدقة فاشتري كرا ونصفا لم يتصدق بشيء لان ذلك
ليس باول بدليل لانا لو عزلنا كرا فالنصف الثاني في موضع النصف الاول المعزول يسمي كرا فلم يكن
اول كر اشتراه • فان كان اول ما اشتري عبدين لم يعتق واحد منهما ولا يعتق بعد ما اشتري

بعدهما ايضا لانعدام معني الانفراد فيهما ولانعدام معني السبق فيما بعدهما • ولو قال اخر عبد
اشتريه فهو حر فهذا علي ان يشتري عبدا واحدا بعد غيره ويموت المولي لان عنده يعلم انه اخر لجواز
ان يشتري غيره ما دام حيا واختلف في وقت عتقه فعلي قول ابي حنيفة يعتق يوم اشتراه حتي يعتق من
جميع المال وعلي قولهما يعتق في اخر جزء من اجزاء حيوته ويعتق من الثلث وقد ذكرنا هذه المسايل في كتاب
العتاق • ولو قال اوسط عبد اشتريه فهو حر فكل فرد له حاشيتان متساويتان فيما قبله وبعده فهو
اوسط فلا يكون الاول ولا الاخر وسطا ابدا ولا يكون الوسط الا في وتر ولا يكون في شفع فاذا اشتري
عبدا ثم عبدا ثم عبدا فالثاني هو الاوسط فاذا اشتري رابعا خرج الثاني من ان يكون اوسط فان
اشتري خامسا صار الثالث هو الاوسط فان اشتري سادسا خرج من ان يكون اوسط وعلي هذا كلما
صار العدد شفعا فلا اوسط له وكل من حصل في النصف الاول خرج من ان يكون وسطا •

فصل

الحلف علي امور متفرقة • اذا قال ان كانت هذه الجملة حنطة فامراته طالق
ثلاثا فاذا هي حنطة وتمر لم يحنث لانه جعل شرط حنثه كون الجملة حنطة والجملة ليست بحنطة فلم
يوجد الشرط • ولو قال ان كانت هذه الجملة الا حنطة فامراته طالق ثلاثا فكانت تمرا وحنطة يحنث
في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولا يحنث عند محمد • فان كانت الجملة كلها حنطة لا يحنث بلا خلاف
وجه قوله ان معني هذا الكلام ان كانت هذه الجملة غير حنطة فقد وجد شرط الحنث
فيحنث ومحمد يقول ان المستثنا لا يعتبر وجوده لانه ليس بداخل تحت اليمين انما الداخل تحتها
المستثنا منه فيعتبر وجوده لا وجود المستثنا واذا لم يعتبر وجوده لا يعلم المستثنا منه انه وجد
ام لا فلا يحنث • ونظير هذا ما قال في الجامع ان كان لي الا عشرة دراهم فامراته طالق
فكان له اقل من عشرة لم يحنث لان العشرة مستثناة فلا يعتبر وجودها • وروي عن محمد
ابي يوسف رواية اخري انه ان كان الحلف بطلاق او عتاق او حج او عمرة او قال لله علي كذا يحنث
وان كان بالله تعالي لم يلزمه لان هذا علي امر موجود فان كان بطلاق او عتاق او نذر لزمه وان
كان بالله تنعقد يمينه وكذا لو قال ان كانت الجملة سوي حنطة او غير حنطة فهو مثل قوله
الا حنطة لان غير وسوي من الفاظ الاستثنا • وروي بشر عن ابي يوسف فيمن قال والله
ما دخلت هذه الدار ثم قال عبده حر ان لم يكن دخلها فان عبده لا يعتق ولا كفارة عليه في اليمين
بالله تعالي وهو قول محمد ثم رجع ابو يوسف ما عدم وجوب الكفارة في اليمين بالله تعالي لانه ان
كان صادقا في قوله والله ما دخلت هذه الدار فلا كفارة عليه وان كان كاذبا وهو عالم فلا كفارة عليه
ايضا لانها يمين الغموس وان كان جاهلا فهي يمين اللغو فلا كفارة فيهما • واما عدم عتقه فلان
الحنث في اليمين الاولي ليس مما يحكم بها الحاكم حتي يصير الحكم به اكما ما الثانية لانها يمين
بالله تعالي وانها لا تدخل تحت الحكم فلا يصير مكذبا في اليمين الثانية بالاولي في الحكم فلا يعتق
وان كانت اليمين الاولي بعتق او بطلاق حنث فيهما جميعا في قول محمد وهو قول ابي يوسف
الاول ثم رجع وقال اذا قال بعد ما حلف بالاولي اوهمت او نسيت او حلف بطلاق اخر او عتاق انه
دخلها لزمه الاول ولم يلزمه الاخر • وجه قوله الاول انه اكذب نفسه في كل واحدة من اليمينين
بالاخري واعترف بوقوع ما حلف به فيحنث • وجه قوله الاخر انه اكذب نفسه في اليمين
الاولي بالاخيرة ولم يكذب نفسه في اليمين الثانية بعد ما عقدها والاكذاب قبل عقدها
لا يتعلق به حكم فلم يحنث فيها • فان رجع فحلف ثالثا لم يعتق الثالث وعتق الثاني لانه اكذب
نفسه بعد ما حلف عليه • اذا تزوج امة فقال ان مات مولاك فانت طالق ثنتين فمات وهو وارثه
لا غير طلقت ثنتين وحرمت عليه عند ابي يوسف وقال محمد لا تطلق ولا تحرم • ولو قال
الزوج اذا مات مولاك فانت حرة فمات وهو وارثه لا يعتق في قولهما ويعتق عند زفر والكلام

في هذا المسلك يرجع الي معرفة اوان ثبوت الملك للوارث فزفر يقول وقته عقيب موت المولى بلا فصل
فلما مات ثبت الملك له فقد اضاف العتق الي حال الملك فتصح اضافته اليه ولم يصح اضافة الطلاق لان
حال الملك حال زوال فلم يصح كما اذا قال لها اذا نكحتك فانت طالق وابو يوسف يقول ان الملك ثبت
له عقيب زوال ملك الميت فزوال ملك الميت عقيب الموت اولا ثم يثبت للوارث والطلاق والعتاق
مضافان الي ما بعد الموت بلا فصل فاذا لم يكن ذلك زمان ثبوت الملك للوارث لم يصح اضافة العتق
اليه اذ العتق لا يصح الا في الملك او مضافا اليه وصحت اضافة الطلاق لانعدام الاضافة الي حال
زوال النكاح فصحت الاضافة ووقع الطلاق وحرمت عليه ومحمد يقول القياس ما قاله زفر ان الملك
ثبت له عقيب الموت بلا فصل فقد اضاف الطلاق الي زمان بطلان النكاح فلم يصح • وكان ينبغي
ان يصح اضافة العتق اليه الا اني استحسنت ان لا يصح لان الاعتاق ازالة الملك والازالة تستدعي
تقدم الثبوت والعتق مع العتق لا يجتمعان في محل واحد في زمان واحد • ولو قال اذا مات
مولاك فملكتك فانت حرة ثم مات المولى والزوج وارثه عتقت لانه اضاف العتق الي الملك • ولو قال
اذا مات مولاك فملكتك فانت طالق لم يقع بطلق في قولهم لانه اذا ملكها فقد زال النكاح فلا يتصور
الطلاق • ولو قال رجل لامته اذا مات فلان فانت حرة ثم باعها من فلان ثم تزوجها ثم قال لها اذا مات
مولاك فانت طالق ثنتين ثم مات المولى وهو وارثه قال ابو يوسف يقع الطلاق لا العتق وقال
محمد لا يقعان جميعا وقال زفر يقع العتاق ولا يقع الطلاق اما علي وقوع الطلاق وعلي قول ابي يوسف
وعدم الوقوع علي قول محمد وعدم ثبوت العتق علي قولهما فلما ذكرنا وزفر يقول وجد عقد اليمين في
ملكه والشرط في ملكه فما من ذلك لا يعتبر كمن قال لامته ان دخلت الدار فانت حرة ثم باعها
واشتراها فدخلت الدار • والله اعلم بالصواب • واليه المرجع والماب

وهذا اخر كتاب البدايع في علم الشرايع والحمد لله وحده

وكان الفراغ من هذا الجز المبارك بعد صلاة الظهر يوم الاحد
خامس عشر شهر شوال سنة ثلث وسبعين وتسعمايه علي
يد اقل عباد الله واحوجهم اليه الفقير الحقير المسكين جمال الدين
ابن الشيخ شمس الدين محمد بن الشيخ شهاب الدين احمد بن
عمر ولي الله تعالى سيدي ابراهيم المتبولي الانصاري
غفر الله له ولوالديه ولمن دعا له بالمغفرة
ولكل المسلمين امين وصلي الله علي
سيدنا محمد واله وصحبه اجمعين
سبحان ربك رب العزة عما
يصفون وسلام علي
المرسلين
والحمد لله
رب العالمين
م وكل